

**Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna**



**Hugo Miguel Pereira Gonçalves**

Aspirante a Oficial de Polícia

**Dissertação de Mestrado Integrado em Ciências Policiais**

XXV Curso de Formação de Oficiais de Polícia

# **O Valor Probatório das Imagens Recolhidas nas Redes Sociais**

Orientador:

**Mestre João da Costa Andrade**

Lisboa, 24 de Abril de 2013



**Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna**



**Hugo Miguel Pereira Gonçalves**

Aspirante a Oficial de Polícia

**Dissertação de Mestrado Integrado em Ciências Policiais**

XXV Curso de Formação de Oficiais de Polícia

# **O Valor Probatório das Imagens Recolhidas nas Redes Sociais**

Orientador:

**Mestre João da Costa Andrade**

Lisboa, 24 de Abril de 2013



**Estabelecimento de Ensino:** Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna

**Curso:** XXV CFOP

**Orientador:** João da Costa Andrade

**Título:** O Valor Probatório das Imagens Recolhidas nas Redes Sociais

**Autor:** Hugo Miguel Pereira Gonçalves

**Local de Edição:** Lisboa

**Data de Edição:** Abril de 2013



*A todos que me apoiaram,  
simplesmente obrigado...*

## AGRADECIMENTOS

---

Esta Dissertação demonstra o trabalho desenvolvido, não só no último ano do Curso de Formação de Oficiais de Polícia, mas também no ensinamento recebido ao longo de toda a formação. O mérito da sua concretização é partilhado por diversas pessoas que contribuíram para a sua realização.

Assim, neste espaço reservado para o efeito, desejo expressar os meus sinceros agradecimentos:

Ao Mestre João da Costa Andrade, meu orientador, pelos ensinamentos que ministrou enquanto docente do ISCPSI, pela competência demonstrada, pelo apoio, críticas, correcções e sugestões relevantes ao longo do trabalho e pela autonomia que me deu na elaboração deste trabalho.

A todos os elementos do ISCPSI, corpo docente, e quadro orgânico. Aos primeiros pelos ensinamentos transmitidos ao longo do curso, sendo fundamentais na nossa evolução e formação enquanto alunos. Aos segundos pela simpatia e gratidão demonstrados. A todos os Cadetes-alunos e ex-alunos com quem privei.

Ao meu curso, XXV CFOP – *pretium argenti nostri* – especialmente aqueles que, mais próximo de mim, contribuíram para a minha integração nesta nobre instituição, fazendo com que a minha vida académica e pessoal, dentro do ISCPSI, mais agradável.

A todos os militares do 1ºBIMec/BrigMec em especial aos Oficiais que contribuíram para a minha formação militar e como pessoa, foram e são uma referência e motivação. Aos que comigo realizaram missões no estrangeiro, Timor-Leste e Kosovo, estando sempre presentes nos bons e maus momentos.

Aos meus primos e amigos de infância porque as amizades e os valores alcançados estão sempre presentes, obrigado.

Ao Joel e à Vanessa por todo o apoio dado na elaboração desta dissertação, correcção e debates que tivemos.

À Marlene, que já a conhecendo há longos anos, pelo importante momento em que entrou na minha vida, pelo apoio, dedicação e incentivo imensuráveis.

Por último, mas mais importante a minha família, os meus pais, irmãs e avó, pilar fundamental da minha vida, pelo apoio, compreensão, tolerância e amor demonstrado em todas as situações.

A todos eternamente grato.

Viseu, 02 de Abril de 2013.

## RESUMO

---

As imagens, por vezes obtidas de forma ilícita, colocadas a circular nas redes sociais podem nos dias de hoje consubstanciar-se num excelente meio de prova, de forma a fazer-se justiça. O carácter intrinsecamente probatório da prova, mesmo que seja ilícita nunca deixa de existir, pelo que podemos dizer que continua a conter em si uma, possível, solução da investigação e conseqüente processo.

Num Estado de direito Democrático a salvaguarda da dignidade da pessoa é essencial, sendo mesmo um objectivo, a par da realização da justiça/descoberta da verdade. A realização da justiça e a descoberta da verdade e a salvaguarda dos direitos fundamentais podem ser, em processo penal, conflituantes entre si. A procura da concretização de uma finalidade, por vezes, suprime-se a outra.

Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser limitados, mas sempre, de acordo com princípio da proporcionalidade. A protecção penal é um direito e dever fundamental de um Estado. Por conseguinte, o regime da Prova garante que os direitos individuais sejam, dentro do possível, os menos afectados/lesados.

**Palavras-chave:** Imagens; Direitos Fundamentais; Descoberta da Verdade e Realização da Justiça; Conflito de interesses; Princípio da proporcionalidade.

## ABSTRACT

---

Images sometimes are obtained through an illegal way and are put in circulation on the internet, an issue that can, nowadays become an excellent means of proof, in order to obtain justice. The inherently probationary aspect of evidence, even though it's illegally provided, never cease to exist, so we can confirm that continues to be one possible solution of the investigation.

In a Democratic Estate, Human Dignity is essential, becomes an objective itself, as well as justice's realization/discover of truth. The justice's realization and the discovery of truth can have, as the protection of fundamental rights in the criminal procedure, conflicting points between themselves. In order to reach the realization of one of them, sometimes, others are put behind.

The fundamental rights are not absolute because they can be limited, always according to the issue of proportionality. Criminal protection is a Fundamental Right and one of the tasks of State. Therefore, the proof's regime assures that individual rights are, as much as possible, the least affected.

**Key-words:** Images; Fundamental Rights; Discover of the Truth and Justice's realization; Conflict of Interests; Issue of Proportionality

## LISTA DE SIGLAS

---

<b>Ac.</b>	– Acórdão
<b>AJ</b>	– Autoridade Judiciária
<b>Al.</b>	– Alínea
<b>Art.</b>	– Artigo
<b>CC</b>	– Código Civil
<b>CEDH</b>	– Comissão Europeia dos Direitos do Homem
<b>CP</b>	– Código Penal
<b>CPP</b>	– Código de Processo Penal
<b>CRP</b>	– Constituição da República Portuguesa
<b>DIAP</b>	– Departamento de Investigação e Acção Penal
<b>DL</b>	– Decreto-lei
<b>DLG</b>	– Direitos, Liberdades e Garantias
<b>DUDH</b>	– Declaração Universal dos Direitos Humanos
<b>FSS</b>	– Força e Serviços de Segurança
<b>ISCPSI</b>	– Instituto Superior de Ciências Sociais e Segurança Interna
<b>JIC</b>	– Juiz de Instrução Criminal
<b>LC</b>	– Lei do Cibercrime
<b>MP</b>	– Ministério Público
<b>NTIC</b>	– Novas Tecnologias de Informação e Comunicação
<b>OPC</b>	– Órgão de Polícia Criminal
<b>PGR</b>	– Procuradoria-Geral da República
<b>PSP</b>	– Polícia de Segurança Pública
<b>STJ</b>	– Supremo Tribunal de Justiça
<b>TC</b>	– Tribunal Constitucional
<b>TRC</b>	– Tribunal da Relação de Coimbra
<b>TRG</b>	– Tribunal da Relação de Guimarães
<b>TRL</b>	– Tribunal da Relação de Lisboa
<b>TRP</b>	– Tribunal da Relação do Porto

# ÍNDICE

---

<b>AGRADECIMENTOS.....</b>	<b>V</b>
<b>RESUMO .....</b>	<b>VI</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>VII</b>
<b>LISTA DE SIGLAS.....</b>	<b>VIII</b>
<b>ÍNDICE.....</b>	<b>IX</b>
<b>ÍNDICE DE ANEXOS .....</b>	<b>XI</b>

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
1. Apresentação e Justificação do Tema .....	1
2. Objecto e Objectivos de Estudo.....	2
3. Hipóteses de Estudo .....	3
4. Metodologia Adoptada.....	3

## **CAPITULO 1 – ENQUADRAMENTO TEMÁTICO - REDES SOCIAIS, DO DIREITO À PROVA....5**

1.1. Introdução Capitular .....	5
1.2. O Processo-crime .....	5
1.2.1. Conceito, Função e Finalidades do Processo Penal.....	5
1.2.2. O Modelo Processual Penal Português .....	7
1.3. Da Prova .....	9
1.3.1. Conceito e Função .....	9
1.3.2. Princípios Relativos à Prova .....	11
1.3.3. Proibições de Prova e Nulidades .....	13
1.4. Reproduções Mecânicas .....	15
1.5. A Internet e as Redes Sociais .....	19
1.5.1. Evolução Histórica .....	19
1.5.2. Perfil do utilizador nas Redes Sociais.....	21

<b>CAPITULO 2 – CAPTAÇÃO DE IMAGENS – ENQUADRAMENTO E LIMITAÇÕES .....</b>	<b>23</b>
2.1. Introdução Capitular .....	23
2.2. Gravações (i)lícitas e a Restrição de Direitos Fundamentais .....	23
2.2.1. Direitos de Personalidade – art. 26.º, da CRP .....	24
2.2.2. O Consentimento como forma de exclusão da ilicitude .....	26
2.3. Conflito de Direitos – ponderação de interesses.....	27
2.4. Captação de Imagens pelas FSS e Agentes de Protecção .....	30
2.5. Vinculação dos Particulares ao Regime das Proibições de Prova .....	34
2.5.1. Sistema Alemão.....	35
2.5.2. Sistema Norte-americano .....	37
2.5.3. O Direito Português .....	38
<b>CAPITULO 3 – DAS IMAGENS À PROVA DIGITAL.....</b>	<b>41</b>
3.1. Introdução Capitular .....	41
3.2. As Imagens (I)lícitas como Notícia de um Crime .....	42
3.3. Recolha das Imagens como Prova Electrónica/Digital .....	45
3.4. Valor e Validade da Prova Electrónica/Digital .....	49
3.5. Possibilidade da Valoração de Imagens (I)licitamente Captadas e Colocadas nas Redes Sociais .....	51
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>57</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>62</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>72</b>

## ÍNDICE DE ANEXOS

---

**ANEXO 1** – Guião da Entrevista.....72

**ANEXO 2** – Entrevista à Dr.<sup>a</sup> Maria José Morgado, Directora do DIAP.....73

*“A realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito susceptível de ser levado à balança da ponderação com os direitos fundamentais”<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra. 1992. p. 30.

## INTRODUÇÃO

---

### 1. Apresentação e Justificação do Tema

A realização desta Dissertação de Mestrado encontra-se inserida no Curso de Mestrado Integrado em Ciências Policiais, ministrado pelo ISCP SI, a realizar no 5º Ano, do Curso de Formação de Oficiais de Polícia.

Longínquo o tempo, séculos XVII e XVIII, em que o modelo processual penal a vigorar em Portugal consentia “às autoridades judiciais tanto promover e instruir, quanto a crimes públicos, os processos, como julga-los”<sup>2</sup>. O julgador, à data, possuía uma liberdade inteiramente discricionária exercida a favor do Estado de forma a evitar a insegurança da comunidade<sup>3</sup>. O processo-crime poderia iniciar-se sem acusador e a investigação dos crimes realizava-se oficiosamente<sup>4</sup>. Estava-se perante o Modelo Inquisitório, estrutura “inadequada a um Estado de Direito Democrático fundado nos valores de respeito da dignidade da pessoa humana”<sup>5</sup>. A História demonstra que, muitas das vezes, as finalidades persecutórias do Estado não foram prosseguidas em comunhão com o devido respeito que cada pessoa merece.

Com a evolução do processo penal, o juiz (de julgamento) deixa de ser o órgão com todas as competências acima enunciadas. O MP passou a ser o *dominus* do processo na fase de inquérito, estando sujeito à intervenção hierárquica e à sindicância do JIC, conhecido também por Juiz das Liberdades, quando o processo penal coloca em causa DLG’s defendidos constitucionalmente e por outros diplomas supraconstitucionais<sup>6</sup>.

Desde as últimas décadas do séc. XX tem-se assistido a um progresso técnico e científico de diversas formas de comunicação e em especial da internet. Actualmente a comunicação vai muito para além do contacto pessoal, dado que vive-se numa era digital, em que a distância e os meios não são barreiras para o homem comunicar. Desenvolvimento ocorrido graças a serviços que permitem aos utilizadores da “rede” a colocação e transmissão de imagens e textos gerados por eles próprios - as redes sociais. Muitas são as vezes em que o conteúdo colocado e transmitido é ilícito, provocando danos a terceiros.

Hodiernamente o nosso país é inundado por notícias de vídeos gravados por

---

<sup>2</sup> M. Cavaleiro de Ferreira. *Curso de Processo Penal*. Vol. I. Lisboa. 1986. p. 149.

<sup>3</sup> Cfr. Guedes Valente. *Processo Penal – Tomo I*. 3.ª Ed.. Coimbra. 2010. p. 55.

<sup>4</sup> Cfr. M. Cavaleiro de Ferreira. *Curso de Processo....* 1986. p. 23.

<sup>5</sup> Tornaghi, *apud* Guedes Valente. *Processo Penal....* 2010. p. 56.

<sup>6</sup> Cfr. Guedes Valente. *Processo Penal....* 2010. p. 77.

telemóveis, em que se assiste a “agressões” de adolescentes a outros adolescentes, de alunos a professores, de educadores de infância a crianças, entre outros. Esses vídeos depois de gravados, são colocados a circular nas redes sociais como sendo o “trunfo” dos agressores e/ou de quem assistiu serenamente.

Tais factos exaltam questões interessantes sobre a oportunidade de utilizar no processo penal essas imagens. Neste encadeamento surge a pergunta de partida da presente Dissertação: *face aos direitos fundamentais pessoais dos visados, poderão servir como prova as imagens (obtidas ilicitamente), de acto criminoso praticado, quando gravadas e colocadas nas redes sociais?*

Face à questão da possibilidade das imagens serem admissíveis como meio prova no processo penal, surgem algumas dúvidas e até mesmo perturbações. Emergiu, então, a necessidade e o desejo de clarificar os aspectos teóricos e práticos que alimentam esta querela – O fim do processo penal num Estado de direito democrático é a procura da verdade material e a realização da justiça<sup>7</sup>, mas salvaguardando “*que os direitos fundamentais são integralmente respeitados, e o seu núcleo essencial jamais possa ser afectado*”<sup>8</sup> é o grande dilema com que os agentes promotores da justiça se deparam. Concorda-se com as palavras de COSTA ANDRADE que “*sobre o pano de fundo deste consenso subsiste, porem, uma extensa margem de discórdia e desencontro de opiniões que os desenvolvimentos mais recentes não têm deixado de acentuar*”<sup>9</sup>.

Com esta Dissertação procura-se ilustrar as principais questões que se podem colocar no âmbito da prova, da responsabilidade criminal dos autores das imagens, dos autores da colocação e difusão das imagens na internet, tendo sempre como referência os Direitos Fundamentais dos intervenientes.

O tema apresentado não se pode considerar fútil, pois mesmo conhecendo-se o regime das proibições de prova, acredita-se que a ilicitude de uma prova não condena automaticamente à sua não valoração, ao seu apagamento puro e simples do processo penal.

## **2. Objecto e Objectivos de Estudo**

O objecto de estudo da presente Dissertação, face ao anunciado anteriormente, é a possibilidade de valoração de imagens recolhidas nas redes sociais em que é praticado um

---

<sup>7</sup> Cfr. Ac. Uniformizador do STJ n.º 7/2008, consultado em <http://dre.pt/pdf1s/2008/07/14600/0513805145.pdf>, no dia 18 de Setembro de 2012. p. 5140.

<sup>8</sup> Francisco Marcolino Jesus. *Os Meios de Obtenção de Prova em processo Penal*. Coimbra. 2011. p. 25.

<sup>9</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 240.

ilícito criminal, reunindo a opinião e fundamentação de alguns dos mais reputados especialistas da doutrina e jurisprudência que se debruçaram sobre esta temática.

Nesta problemática joga também outro pilar do Estado de Direito Democrático que é a defesa dos direitos fundamentais das pessoas, muitas vezes violado pela captação e divulgação das imagens.

Pelo exposto, estabelecem-se os seguintes objectivos:

a) Abordar a matéria da prova de forma geral e das gravações como meio de prova em particular (arts. 124.º; 125.º; 126.º; 127.º; 167.º; 283.º; 292.º; 340.º e 355.º do CPP; arts. 192.º; 199.º, do CP);

b) Averiguar qual o conflito direitos em causa aquando a gravação e divulgação de imagens;

c) Clarificar a capacidade de os vídeos/imagens poderem servir como ponto de partida para uma investigação criminal;

d) Abordar a recolha das imagens das redes sociais como prova electrónica/digital, enunciando o seu valor e validade;

e) Verificar a capacidade do juiz de julgamento avaliar livremente as imagens como meio de prova – convicção do juiz em visionar as imagens.

### **3. Hipóteses de Estudo**

Em função da pergunta de partida, *supra* enunciada, são apresentadas as seguintes hipóteses:

a) As imagens servem como ponto de partida para uma investigação criminal, podendo depois as autoridades procurar outras provas.

b) As imagens obtidas nas redes sociais podem ser utilizadas em processo criminal contra os autores do ilícito criminal, que nos mostram as mesmas.

c) As imagens gravadas e divulgadas só podem ser usadas como prova do crime de gravações e fotografias ilícitas (art. 199.º, CP) e não do crime que foi filmado.

### **4. Metodologia Adoptada**

A presente Dissertação apoia-se numa componente essencialmente teórica assente em análise documental, de alguns dos mais estimados especialistas da doutrina e da jurisprudência, que se abatem sobre o tema. A base para este trabalho é uma abordagem descritiva cujo objectivo “*é o permitir que a investigação possa recolher e reflectir*

sobretudo aspectos enraizados”<sup>10</sup>. O método teórico consoma-se através da leitura de bibliografia na área de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, particularmente da jurisprudência, trabalhos, publicações e artigos relacionados. Complementa-se a investigação, socorrendo de um método qualitativo, a realização de entrevistas<sup>11</sup> a pessoas possuidoras de elevados conhecimentos específicos sobre a matéria. Procura-se com este método um aprofundar da informação, efectuando uma “*recolha de dados intensiva ou em profundidade, privilegiando a qualidade da informação*”<sup>12</sup> que seria impossível de outra forma.

O critério para a escolha da literatura consistiu na consulta da bibliografia, existente na Biblioteca do ISCPSI e outras Faculdades, que aborda ou que se relaciona com o objecto de estudo. Efectuou-se ainda o estudo de obras de referência, doutrinárias e jurisprudenciais para sustentar a matéria que retrata o tema de forma a evitar “*o obscurantismo e a arbitrariedade*”<sup>13</sup>.

De forma a responder ao que a Ciência procura e para que o trabalho se apresente claro, simples e com fundamentação metodológica<sup>14</sup>, o mesmo foi estruturado em três partes: *Introdução, Desenvolvimento e Considerações Finais*.

O Desenvolvimento, por sua vez, divide-se em três capítulos, que estreitam a matéria para o ponto-chave deste trabalho. No primeiro capítulo aborda-se a matéria eminentemente de direito de forma a enquadrar o tema e assim, garantir uma melhor compreensão do objecto em estudo. Aborda-se o processo-crime, da prova em processo penal e ainda da internet e redes sociais, como meio de transmissão de informação. No segundo capítulo alude-se ao conflito de direitos em causa aquando as gravações ilícitas. De seguida procura-se demonstrar quais os requisitos legais para se efectuar a captação e tratamento de imagens em espaços públicos ou abertos ao público, bem como uma comparação com outros ordenamentos das proibições de prova e da respectiva vinculação ou não dos particulares a esta temática. Por último, o terceiro capítulo constituirá o núcleo central deste trabalho. Deseja-se fazer uma ligação à actividade da Polícia, fazendo o percurso que as imagens podem seguir durante o processo, desde as mesmas como notícia do crime, passando pela sua recolha como prova electrónica/digital e terminando no seu valor ou não em sede de julgamento.

---

<sup>10</sup> Paula Espírito Santo. *Introdução à Metodologia das Ciências Sociais - Génese, Fundamentos e Problemas*. Lisboa. 2010. p. 25.

<sup>11</sup> Entrevistas Individuais, Estruturadas, realizadas presencialmente.

<sup>12</sup> Paula Espírito Santo. *Introdução à Metodologia*.... 2010. p. 31.

<sup>13</sup> Paula Espírito Santo. *Introdução à Metodologia*.... 2010. p. 8.

<sup>14</sup> Cfr. Paula Espírito Santo. *Introdução à Metodologia*.... 2010. p. 8.

## CAPÍTULO 1 – ENQUADRAMENTO TEMÁTICO - REDES SOCIAIS, DO DIREITO À PROVA

---

### 1.1. Introdução Capitular

O propósito do presente capítulo atende à necessidade de se enquadrar a temática desta Dissertação, de forma a sustentar a informação apresentada nos restantes capítulos. O capítulo encontra-se dividido em seis secções.

Inicialmente aborda-se o processo-crime, focando-se no seu âmbito e suas características no ordenamento jurídico português. Intimamente ligada a esta secção, encontra-se a prova em processo penal. *Thema*, este que é o fundamento da própria existência do processo penal.

Seguidamente aludir-se-á às reproduções mecânicas, salientando a sua importância dentro dos meios de prova e quais os aspectos relevantes que entroncam nas proibições de prova.

Por fim, procura-se demonstrar e clarificar, ainda que brevemente, sobre o que seja a internet e as redes sociais, enquanto ferramentas de desenvolvimento da sociedade, mas também como um meio de transmissão de informação por vezes de origem duvidosa e, não raras vezes, ilícita.

### 1.2. O Processo-crime

#### 1.2.1. Conceito, Função e Finalidades do Processo Penal

Enunciar uma definição de processo-crime não é uma tarefa que se afigura fácil, pois existem muitas. A mais consensual é a apresentada por FIGUEIREDO DIAS como sendo “*uma sequência de actos juridicamente preordenados e praticados por certas pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo, sobre as respectivas consequências jurídicas e sua justa aplicação*”<sup>15</sup>.

O Direito Penal, por si só, estabelece quais são os comportamentos desviantes que são considerados crimes e quais as penas e medidas de segurança que lhes correspondem,

---

<sup>15</sup> Figueiredo Dias *apud* Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal I – Noções Gerais, Elementos do Processo Penal*. 6.ª Ed.. Lisboa. 2010. p. 31.

com o fim de proteger bens jurídicos relevantes para a vida em sociedade<sup>16</sup>. Constitui-se, assim, o crime<sup>17</sup> como o *res judicanda*, ou seja, o objecto do processo.

O Direito Processual Penal surge como o conjunto das normas jurídicas que norteiam e doutrinam o direito penal<sup>18</sup>, cabendo-lhe a função de “*disciplinar o procedimento para a averiguação e decisão sobre a ocorrência dum facto qualificado como crime e a aplicação da sanção penal aos responsáveis pela sua prática*”<sup>19</sup>.

Como forma necessária de conferir ao Estado uma pretensão punitiva surge uma das finalidades primárias<sup>20</sup> do processo penal, ou seja, a *descoberta da verdade material e realização da justiça*, procurando que nenhum responsável, pelo cometimento de facto típico e ilícito, passe sem punição nem nenhum inocente seja condenado<sup>21</sup>. O crime coloca em dúvida a paz jurídica vivida na sociedade, criando alarme social, consubstanciando-se também enquanto finalidade, o *restabelecimento da paz jurídica*. Esta finalidade “obriga” a que os agentes do ilícito sejam chamados à responsabilidade exaltando a norma do direito penal subjectivo violada, de forma que continue em vigor e com a anterior força jurídica. Neste sentido, a perseguição penal não pode ser efectuada a todo e qualquer custo, devendo sempre *salvaguardar os direitos, liberdades e garantias* das pessoas envolvidas no processo perante o Estado. A dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1.º da CRP, “*concretiza-se em múltiplas normas, sobretudo no campo dos direitos fundamentais*”<sup>22</sup>. Os direitos fundamentais das pessoas, nomeadamente do arguido, não podem, nem devem ser sacrificados em detrimento das restantes finalidades.

Em resumo do que se referiu anteriormente apontar-se-ão como finalidades primárias do processo penal:

- a) A descoberta da verdade material e a realização da justiça;
- b) A protecção dos direitos fundamentais das pessoas;
- c) O restabelecimento da paz jurídica.

Estas finalidades devem ser procuradas de “*modo processualmente válido e admissível e, portanto, com o integral respeito dos direitos fundamentais das pessoas que*

<sup>16</sup> Cfr. Germano Marques da Silva. *Direito Penal Português - Parte Geral I – Introdução e Teoria da Lei Penal*. 2.ª Ed.. Lisboa. 2001. pp. 14 e 15.

<sup>17</sup> Conferir sentido enunciado pelo CPP, art. 1.º, al. a).

<sup>18</sup> Cfr. Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal I...* 2010. p. 29.

<sup>19</sup> Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal I...* 2010. p. 32.

<sup>20</sup> Cfr. Figueiredo Dias. *Os Princípios Estruturantes do Processo Penal e a Revisão de 1998 do Código de Processo Penal*. 1998. p. 202.

<sup>21</sup> Cfr. Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal I...* 2010. p. 39.

<sup>22</sup> Jorge Miranda e Rui Medeiros. *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*. Coimbra. 2005. p. 53.

no processo se vêem envolvidas”<sup>23</sup>.

Conforme reconhece FIGUEIREDO DIAS, e de acordo com outros Autores, é impossível uma integral harmonização das finalidades do processo, o que implica, quando estamos perante um conflito irreductível, a aplicação do princípio da concordância prática – tarefa penosa e delicada – em que se deve atribuir a cada uma das finalidades a máxima eficácia possível, otimizando ganhos e minimizando perdas axiológicas e funcionais, excepção feita à hipótese de estar em causa a intocável dignidade da pessoa humana, caso em que se impõe a eleição da finalidade que a protege e respeita<sup>24</sup>.

### 1.2.2. O Modelo Processual Penal Português

É correcto afirmar-se que o Direito Processual Penal é direito constitucional aplicado, isto porque é a Constituição que define a estrutura do Estado, as relações entre o Estado e os cidadãos e ainda, os direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas<sup>25</sup>. De acordo com a Lei Fundamental, nos termos do art. 32.º – o artigo que condensa “os mais importantes *princípios materiais do processo criminal*”<sup>26</sup> – n.º 5, determina-se que o processo criminal português possui uma estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios sujeitos ao princípio do contraditório.

A estrutura acusatória, vigente “*procura a igualdade de poderes de actuação processual entre a acusação e a defesa*”<sup>27</sup>, sendo integrada por um princípio de investigação, mas sem prejudicar a *natureza publicística* do processo penal<sup>28</sup>. Segundo GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, a estrutura acusatória desenvolve-se através de uma estreita articulação entre as dimensões material e orgânico-subjectiva do processo. Na primeira dimensão encontram-se as diversas fases do processo, inquérito, instrução e julgamento. Na segunda estão presentes as diversas entidades com competência distinta, o órgão acusador (MP), o juiz de instrução e o juiz julgador<sup>29</sup>. A cada fase do processo corresponde uma entidade competente, responsável, podendo-se afirmar que a “*cada*

<sup>23</sup> Figueiredo Dias *apud* Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal I*.... 2010. p. 39.

<sup>24</sup> Cfr. Figueiredo Dias. *Os Princípios Estruturantes do Processo*.... 1998. p. 202.

<sup>25</sup> Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros. *Constituição Portuguesa Anotada*.... 2005. p. 353.

<sup>26</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada (art. 1.º a 107.º)*. 4.ª Ed.. Coimbra. 2007. p. 515.

<sup>27</sup> Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal I*.... 2010. p. 72.

<sup>28</sup> Cfr. Figueiredo Dias. *Os Princípios Estruturantes do Processo*.... 1998. p. 202. A regra é que no processo vigora a publicidade. Podendo decorrer em Segredo de Justiça se o juiz determinar em despacho ou se o MP determinar, tendo em vista os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais, sendo que neste caso esta decisão esta sujeita a validação do JIC. Cfr. CPP, art. 86.º.

<sup>29</sup> Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa*. 2007. p. 522.

*função (...) cabe um órgão próprio*<sup>30</sup>. Verifica-se também a proibição de acumulações orgânico-subjectivas tanto a jusante como a montante do processo, isto é, o órgão que acusa (MP) não pode ser órgão julgador, assim como, em geral, o juiz de instrução não pode participar na audiência de julgamento<sup>31</sup>, garantindo assim a indispensável cisão entre entidades.

Não se pode afirmar que o modelo português seja totalmente acusatório, porque de acordo com GERMANO M. DA SILVA, na fase de inquérito, não está assegurada, liminarmente, a proclamada igualdade de armas entre a acusação e a defesa. Esta só tem lugar na fase da instrução e de julgamento, existindo, ainda, a possibilidade de aplicação ao arguido de medidas privativas e restritivas da sua liberdade com base exclusivamente nas provas recolhidas pela acusação<sup>32</sup>.

O inquérito é uma estrutura “*predominantemente inquisitória e não acusatória*”<sup>33</sup>, pois “*não se pode falar do contraditório numa fase em que não vale a regra da participação contemporânea e oposta da altera pars na reconstituição dos factos e suas circunstâncias*”<sup>34</sup>. A direcção do inquérito é da competência do MP, devendo realizar, de acordo com o CPP, art. 262.º, n.º1, o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação. Nesta tarefa, o MP é assistido pelos OPC que actuam sob sua directa orientação e dependência funcional.

A promoção processual por parte do MP, na sua essência, tem de atender aos princípios da oficialidade, da legalidade e da acusação<sup>35</sup>. No final do inquérito o MP deduz acusação desde que estejam reunidos os pressupostos do art. 283.º, do CPP, ou arquiva o processo de acordo com o art. 277.º, do CPP<sup>36</sup>. Neste caminho traçado pelo processo penal, o MP encontra-se sujeito à intervenção hierárquica<sup>37</sup>, e à sindicância do JIC, subsistindo assim um “*controlo judicial da acusação de modo a evitar*”<sup>38</sup> que sejam violados direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão.

<sup>30</sup> Guedes Valente. *Processo Penal*.... 2010. p. 89.

<sup>31</sup> Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa*. 2007. p. 522.

<sup>32</sup> Cfr. Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal I*.... 2010. p. 77.

<sup>33</sup> Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal I*.... 2010. p. 77.

<sup>34</sup> Delfino Siracusano *apud* Parecer da PGR, n.º 45/2012. Consultado em: <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/a734913d16b0f89480257af00043b68a?Opendocument&Highlight=0,parecer,26%2F2012>, no dia 28 de Fevereiro de 2013. p. 26.

<sup>35</sup> De acordo e com as restrições impostas pelo CPP, no Livro I, Título II – Do MP e dos OPC

<sup>36</sup> Para acusar deve verificar-se a existência de indícios da prática de um crime e de quem foi o seu agente.

O Arquivamento ocorre quando o MP não se recolhe prova suficiente que o agente cometeu aquele facto típico e ilícito, ou desconhece quem o praticou.

<sup>37</sup> Conferir CPP, art. 278.º.

<sup>38</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa*. 2007. p. 522.

A instrução, fase facultativa, compreende uma fase obrigatória sendo de debate instrutório e outra fase, esta opcional, de diligências probatórias. Segundo PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, a instrução, consiste na discussão da “*decisão de arquivamento apenas no que respeita ao juízo do MP de inexistência de indícios suficientes e discutir a decisão de acusação apenas no que respeita ao juízo do MP de existência de indícios suficientes*”<sup>39</sup>. Nesta fase processual “*dominada pelo princípio do inquisitório*”<sup>40</sup>, um sucedâneo do inquérito, a direcção cabe ao Juiz de Instrução, que possui o poder de investigação “autónoma” do caso, ainda que sujeito aos limites do objecto da instrução fixados aquando da dedução da acusação, ou no requerimento de abertura de instrução no caso de arquivamento<sup>41</sup>.

Na fase de julgamento, perante uma estrutura essencialmente acusatória, a acusação encontra-se em igualdade, no mesmo patamar, que a defesa. Fase processual, esta, temperada “*pelo princípio da investigação judicial*”<sup>42</sup>. FIGUEIREDO DIAS defende que este princípio atribui ao tribunal o poder/dever de esclarecer e instruir autonomamente o facto sujeito a julgamento, independentemente das contribuições da acusação e da defesa, criando aquele mesmo as bases necessárias à sua decisão. Esta situação, integração do princípio da investigação judicial na estrutura acusatória, reforçou a indisponibilidade do objecto do processo e seu conteúdo, impondo ao tribunal julgar apenas, e somente, os factos constantes da acusação, resultante da investigação durante o inquérito – sempre perseguindo a procura da verdade material<sup>43</sup>. É nesta fase processual, de plena jurisdição, que as provas devem ser produzidas, reproduzidas ou examinada com total respeito das garantias de defesa e do contraditório<sup>44</sup>.

### 1.3. Da Prova

#### 1.3.1. Conceito e Função

Em Portugal, o processo penal “*assume a prova como meio de estabelecimento da verdade no processo*”<sup>45</sup>, cujo objectivo essencial é procurar “*demonstrar a realidade dos*

<sup>39</sup> Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed.. Lisboa. 2009. p. 750.

<sup>40</sup> Guedes Valente. *Processo Penal*.... 2010. p. 78.

<sup>41</sup> Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código de Processo Penal*.... 2009. pp. 756 e 757.

<sup>42</sup> Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal I*.... 2010. p. 78.

<sup>43</sup> Cfr. Figueiredo Dias. *Os Princípios Estruturantes do Processo*.... 1998. p. 203.

<sup>44</sup> Conferir CPP, art. 327.º, n.º 2 e art. 340.º.

<sup>45</sup> Maria C. Calheiros. *Prova e Verdade no Processo Judicial. Aspectos Epistemológicos e Metodológicos*. 2008. p. 71.

*factos que interessam conhecer para aplicação do direito*<sup>46-47</sup>.

À prova ainda pode ser acrescentada a finalidade de garantir a realização de um processo justo, isto porque a verdade material não se pode procurar a qualquer preço, mas apenas de acordo as normas processuais. A prova, enquanto facto provado, é a verdade processual, sendo a expressão da realidade material: “*a verdade processual não é senão o resultado probatório processualmente válido, isto é, a convicção de que certa alegação singular de facto é justificadamente aceitável como pressuposto de decisão*”<sup>48</sup>.

Desta forma, a prova pode ser entendida como<sup>49</sup>:

- a) *Actividade probatória* – acto(s) que conduzem a entidade decisora a formar a convicção sobre uma determinada situação factual;
- b) *Meio* – instrumento utilizado para formar a convicção, ou os elementos que estiveram na base da demonstração dos factos;
- c) *Resultado* – convicção formada pela entidade decisora sobre a existência ou não da situação factual.

O ordenamento jurídico português admite, por força do CPP, no art. 125.º, todas as provas que não forem proibidas por lei. Não são só os meios de prova tipificados que são admitidos, mas antes todos os meios, mesmo que atípicos, desde que não sejam proibidos, no pressuposto de não ofenderem os valores prestigiados pelo ordenamento jurídico, aplicando-se “*a regra da não taxatividade dos meios de prova*”<sup>50</sup>.

Delimitado o objecto da prova<sup>51</sup>, através dos argumentos de facto da acusação e da defesa, a prova é o instrumento utilizado para o demonstrar. Mas, de acordo com PAULO PINTO de ALBUQUERQUE o objecto da prova vai para além do descrito na letra do art. 124.º, n.º 1, do CPP. Para o referido Autor, o objecto engloba “*os factos relevantes para a verificação dos pressupostos processuais, das nulidades, das irregularidades e das proibições de prova (...) os factos relevantes para a decisão sobre as questões prévias, interlocutórias ou incidentais verificadas na pendência do processo, incluindo a determinação dos factos relevantes para a verificação dos pressupostos das medidas de*

<sup>46</sup> Factos relevantes para a (in)existência do *crime* imputado ao arguido, mas também novos factos que consubstanciem uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na denuncia. Cfr. Marques Ferreira. *Meios de Prova*. Coimbra. 1991. p. 222.

<sup>47</sup> M. Cavaleiro de Ferreira. *Curso de Processo*.... 1986. p. 204.

<sup>48</sup> João Mendes *apud* Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal*. Vol. II. 5.ª Ed.. 2010. p. 160.

<sup>49</sup> Cfr. Paulo de Sousa Mendes. *As proibições de Prova no Processo Penal*. Coimbra. 2004. p. 133; Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal*. Vol. II. 2010. pp. 143 e 144.

<sup>50</sup> Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código de Processo Penal*.... 2009. p. 316.

<sup>51</sup> O CPP, no art. 124.º revela como objecto de prova os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis.

coacção e de garantia patrimonial e da credibilidade das testemunhas, peritos e consultores técnicos”<sup>52</sup>.

### 1.3.2. Princípios Relativos à Prova

#### a) Princípio da Presunção da Inocência

O suspeito, ou o acusado, é possuidor de direitos constitucionalmente<sup>53</sup> defendidos, assim como pelo direito internacional<sup>54</sup>, de forma a evitar que se repitam os abusos do passado e impedindo uma condenação sem provas, assegurando as garantias de defesa do inocente<sup>55</sup>.

Este princípio “*natural, lógico, de prova*”<sup>56</sup> considera que todas as pessoas são consideradas inocentes até prova em contrário em audiência de julgamento, isto é, deve ser dada “*predominância ao valor da liberdade em relação ao valor da sua privação, como se deve dar predominância ao valor da inocência sobre o valor da culpabilidade*”<sup>57</sup>. A imputação dos factos só se pode transformar em condenação quando se provêm todos os pressupostos para aplicação da sanção, porque “*na dúvida [sobre determinado facto], o juiz deve decidir a favor do arguido, no sentido da sua inocência e não da sua culpa*”<sup>58</sup> – princípio do *in dubio pro reo*. Se o tribunal não se obtiver a certeza dos factos, se permanecer alguma dúvida, importante e séria, impõe-se uma sentença absolutória, rejeitando a posição da acusação em relação aos factos sobre os quais recaem essas mesmas dúvidas.

#### b) Princípio da Livre Apreciação da Prova

Princípio que se encontra intimamente ligado ao modo de apreciação das provas no processo penal, sendo válido em todas as fases processuais, assumindo relevância na fase de julgamento, e para as diversas entidades<sup>59</sup> participantes no processo.

O CPP, no art. 127.º, dispõe que a prova é apreciada segundo a livre convicção da AJ. Isto significa a ausência de critérios legais que predeterminem o valor a atribuir à

<sup>52</sup> Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código de Processo Penal*.... 2009. p. 314.

<sup>53</sup> De acordo com CRP, art. 32.º, n.º 2, todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação.

<sup>54</sup> Conferir DUDH, art. 11.º e CEDH, art. 6.º, n.º 2.

<sup>55</sup> Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros. *Constituição Portuguesa Anotada*.... 2005. p. 355.

<sup>56</sup> Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal*. Vol. II. 2010. p. 153.

<sup>57</sup> Ana Prata; Catarina Veiga; José Vilalonga. *Dicionário Jurídico*. 2.ª Ed.. Coimbra. 2008. p. 391.

<sup>58</sup> Ana Prata; Catarina Veiga; José Vilalonga. *Dicionário Jurídico*. 2.ª Ed.. Coimbra. 2008. p. 395.

<sup>59</sup> Autoridades Judiciais e Órgãos de Polícia Criminal, estes em sentido amplo.

prova ou hierarquizem o valor probatório<sup>60</sup> dos vários meios de prova, permitindo às autoridades que apreciam a prova com base a sua convicção pessoal<sup>61</sup>. Segundo GERMANO M. DA SILVA a livre convicção é um meio de descoberta da verdade, não uma afirmação infundada, e desenvolve-se num contexto delimitado pelas regras da lógica, da ciência e da experiência corrente. De modo a que estas regras sejam respeitadas, a lei exige que a decisão do juiz seja fundamentada, nela constando uma análise crítica das provas<sup>62</sup>.

O princípio da livre apreciação da prova não significa que a AJ ou os OPC usem essa liberdade de modo discricionário e arbitrário. Estas entidades encontram-se obrigadas a uma fundamentação<sup>63</sup> concreta e abrangente das decisões: a apreciação da prova deve conduzir-se por critérios objectivos<sup>64</sup>. Este princípio não pode ofender princípios básicos do Direito Penal e, por isso, a prova para a condenação do arguido tem que ser plena, enquanto existir dúvidas ou incertezas impõe-se a absolvição do arguido<sup>65</sup>.

Existem limites ao princípio da livre apreciação da prova, nomeadamente, quanto à prova pericial<sup>66</sup>, visto que o juízo técnico, científico ou artístico presume-se subtraído à livre apreciação do julgador<sup>67</sup>. Neste caso, o resultado da perícia não é livremente valorado pelo julgador, porque este poderá não possuir conhecimentos técnicos (principalmente em matéria de ambiente electrónico/digital) para compreender a realidade da prova com que se depara, podendo-se dizer que as perícias possuem um valor reforçado<sup>68</sup>.

### **c) Princípio da Investigação**

Princípio consagrado no CPP, art. 340.º, dispõe que o tribunal ordena a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e a boa decisão da causa. O tribunal possui, como já referido, o poder/dever de investigar o facto sujeito a julgamento, objecto do processo, devendo esclarecer e instruir autonomamente de modo a criar as bases para a sua tomada de decisão.

<sup>60</sup> Atenção que, ainda assim, existe regras para a produção de prova em sede de julgamento e uma ordem de produção da respectiva prova. Conferir CPP, art. 340.º e 341.º.

<sup>61</sup> Cfr. Marques Ferreira. *Meios de Prova*. 1991. pp. 227 e 228.

<sup>62</sup> Cfr. Germano Marques da Silva. *Produção e Valoração da Prova em Processo Penal*. 2006. p. 47.

<sup>63</sup> Sem prejuízo dos demais actos decisórios terem que ser sempre fundamentados (através de matéria de facto e de direito) pela entidade que os profira.

<sup>64</sup> Cfr. Henrique Eiras. *Processo Penal Elementar*. 8.ª Ed.. Lisboa. 2010. p. 65.

<sup>65</sup> Cfr. M. Cavaleiro de Ferreira. *Curso de Processo...* 1986. p. 212.

<sup>66</sup> Em relação ao tema desta Dissertação a prova Pericial é fundamental, porque em ambiente digital, devido à sua complexidade, as técnicas e linguagem utilizada, apenas um especialista/perito pode retirar o máximo de informação/prova. A perícia facilita a produção de prova e a percepção desses mesmos factos pelos julgadores. Cfr. Pedro Venâncio. *Lei do Cibercrime: anotada e comentada*. Coimbra. 2011. pp. 91 e 92.

<sup>67</sup> Conferir CPP, art. 163.º, n.º 1.

<sup>68</sup> Cfr. Pedro Venâncio. *Lei do Cibercrime...* Coimbra. 2011. p. 91.

Esta acção não contraria a estrutura acusatória do processo penal, pois não impede a actividade probatória do MP, do arguido ou da defesa, dado que estes podem continuar a carrear meios de prova para o processo. O juiz não se deve contentar com o resultado da prova apontada pela acusação e pela defesa, devendo ordenar, se necessário, a produção de prova necessária para a formação do seu juízo<sup>69</sup>.

#### **d) Legalidade, Liberdade da Prova**

Este princípio traduz-se no facto de a defesa e a acusação, através de qualquer meio legítimo, poderem provar os factos que alegam no processo penal. O CPP, art. 125.<sup>o</sup><sup>70</sup>, consagra o princípio geral sobre a admissibilidade da prova, ou seja, todas as provas são admissíveis para o processo penal desde que não sejam proibidas por lei. Segundo ensina GERMANO M. DA SILVA “a norma pressupõe que existam ou possam existir meios de prova proibidos e proíbe que esses meios de prova sejam utilizados no processo penal”<sup>71</sup>. Os intervenientes, defesa e a acusação, podem fazer uso de todos os meios de prova, sejam eles típicos ou atípicos, para poderem provar todos os factos relevantes para o processo, desde que esse meio seja idóneo e legítimo – a liberdade da prova. Apesar de a regra existente ser da liberdade da prova, tantos dos factos provando, como dos meios de prova a utilizar, existem excepções ou limitações a essa regra; é neste contexto que surgem as proibições de prova ou, segundo GÖSSEL, “proibições de investigação”<sup>72</sup>.

#### **1.3.3. Proibições de Prova<sup>73</sup> e Nulidades**

A problemática das proibições de prova assenta na conflitualidade entre Estado e o Indivíduo. De um lado, encontra-se o Estado como promotor da justiça penal, detentor do *jus puniendi*, que procura a descoberta da verdade, muitas vezes alegando, para efeito, um “estado de necessidade investigatório”, por outro lado, encontram-se os indivíduos possuidores de direitos fundamentais que podem, e devem, ser vistos como valores ou fins de um Estado de Direito Democrático<sup>74</sup>.

De acordo com GERMANO M. DA SILVA a verdade material não pode ser

<sup>69</sup> Cfr. Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal*. Vol. II. 2010. p. 160.

<sup>70</sup> O CPP, art. 125.<sup>o</sup> dispõe que são admitidas no processo as provas que não forem proibidas por lei.

<sup>71</sup> Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal*. Vol. II. 2010. p. 167.

<sup>72</sup> Karl-Heinz Gössel. *As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha*. Coimbra. 1992. p. 397.

<sup>73</sup> Em Portugal as fontes para as proibições de Prova são: A CRP; o CP; o CPP; a doutrina e a jurisprudência. Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. pp. 12 - 14.

<sup>74</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. pp. 66 - 75.

investigada a qualquer preço, principalmente quando o preço em causa é a Dignidade Humana<sup>75</sup>. As proibições de prova procuram desincentivar o recurso a meios proibidos de obtenção de prova, servindo como efeito dissuasor às entidades promotoras da justiça, isto porque, estas, não podem procurar a verdade material usando todos e quaisquer meios, mas tão-somente, através dos meios legalmente admissíveis. Como se pode confirmar pelas palavras de COSTA ANDRADE, o regime das proibições de prova estabelece a “*crença da existência de limites intransponíveis à prossecução da verdade em processo penal*”<sup>76</sup>.

As proibições de prova representam meios processuais de imposição do direito material que visam prevenir determinadas manifestações de danosidade social e garantem a integridade de bens jurídicos prevalentemente pessoais<sup>77</sup>, constituindo-se como limites legais à descoberta da verdade.

No ordenamento jurídico português as proibições de prova assumem uma importância tal, que o legislador “*reconheceu[-lhe] dignidade constitucional*”<sup>78</sup>, no art. 32.º, n.º 8<sup>79</sup>, o que não acontece *p. ex.* no ordenamento jurídico da Alemanha. Conforme refere COSTA ANDRADE “*o legislador constituinte (...) em vez de referenciar apenas o horizonte politico-criminal e axiológico do processo penal (...) chamou a si a conformação normativa e directa dos seus aspectos mais decisivos*”<sup>80</sup>. Esta temática encontra também consagração em vários textos de direito internacional<sup>81</sup>.

O CPP, art. 126.º, dá acolhimento à norma constitucional sobre o *thema*, considerando-se que a referida enumeração dos métodos proibidos de prova é meramente enunciativa<sup>82</sup>. A proibição correspondente a estes métodos proibidos de prova constitui, não só uma proibição de produção como, também, uma proibição de valoração<sup>83</sup>. Como efeito da proibição de prova há que considerar que as provas não podem ser usadas no processo, logo, também não poderão servir para o juiz fundamentar a sua decisão, ou seja, é como se a “prova” em causa não existisse.

Estas duas normas, CRP, art. 32.º, n.º 8, e CPP, art. 126.º, estabelecem a nulidade

<sup>75</sup> Cfr. Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal*. Vol. II. 2010. pp. 173 - 176.

<sup>76</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 117.

<sup>77</sup> Cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 10210/2008-09, consultado em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/bf96f48dbb8bd5d0802575de0037c6a2?OpenDocument>, no dia 25 de Setembro de 2012.

<sup>78</sup> Luís Bértolo Rosa. *Consequências Processuais das Proibições de Prova*. 2010. p. 221.

<sup>79</sup> A CRP, no art. 32.º, n.º 8, refere que são nulas todas as prova obtidas mediante (...).

<sup>80</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 12.

<sup>81</sup> Conferir DUDH, art. 5.º e 12.º e CEDH, art. 3.º e 8.º.

<sup>82</sup> Cfr. Fernando Gonçalves; Manuel J. Alves. *A Prova do Crime – Meios Legais para a sua Obtenção*. Coimbra. 2009. p. 131; no mesmo sentido ver ainda Marques Ferreira. *Meios de Prova*. 1991. p. 224.

<sup>83</sup> Cfr. Paulo de Sousa Mendes. *As proibições de Prova no Processo Penal*. 2004. p. 134.

das provas obtidas através dos métodos lá aludidos. As nulidades, como resultado da letra do art. 119.º, do CPP, são consideradas Insanáveis/Absolutas e, em relação ao art. 120.º, do mesmo diploma legal, consideram-se Sanáveis/Relativas<sup>84</sup>.

Segundo as palavras de PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, com as quais se concorda, “a nulidade da prova proibida que atinge o **direito à integridade física e moral** previsto no artigo 126.º, n.º 1 e 2 do CPP é **insanável**; a nulidade da prova proibida que atinge os **direitos à privacidade** previstos no artigo 126.º, n.º 3 é **sanável pelo consentimento do titular do direito**”<sup>85</sup>. Entende-se que o n.º 3 do citado artigo estabelece um regime menos rígido das proibições de prova, em que é reconhecida a possibilidade de sacrifício de direitos fundamentais em favor da realização da justiça, desde que respeitadas as exigências previstas.

Uma das consequências das proibições de prova, como referido anteriormente, é a proibição de valoração. Contudo, e como afirmado por SOUSA MENDES “*nem sempre é assim; há algumas proibições de produção de prova cuja violação não traz consigo qualquer consequência processual*”<sup>86</sup>. Pode pois suceder que tais provas sejam admitidas e valoradas, mesmo contra o disposto no art. 32.º, n.º 8, da CRP, e art. 126.º, do CPP. Quais as consequências da utilização da prova ilícita? Directamente, a Lei não esclarece, mas são várias as consequências apresentadas pela doutrina vigente para a indevida valoração. Resumidamente fala-se de nulidades, apenas, quando a prova ilícita foi de algum modo tida em conta na decisão proferida, ou seja: a) se a prova não esteve na base da decisão não haverá nulidade desta; b) se a prova foi levada em consideração deverá haver novo julgamento, sendo que neste novo julgamento é como se a prova nunca tivesse existido; c) se a prova ilícita foi aquela que fundamentou a decisão, então sim, a sentença será nula.

#### 1.4. Reproduções Mecânicas

No Direito Processual Penal português existe uma disposição expressa no que respeita à valoração probatória dos meios de prova como as gravações e fotografias, que

<sup>84</sup> Cfr. Marques Ferreira. *Meios de Prova*. 1991. p. 224; Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código de Processo Penal*.... 2009. p. 319.

<sup>85</sup> Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código de Processo Penal*.... 2009. p. 319.

Posição diferente sustenta Teresa Beleza. *Apontamentos de Direito Processual Penal*. Vol. I. Lisboa. 1992. pp. 150 e 151; e Paulo de Sousa Mendes. *As proibições de Prova no Processo Penal*. 2004. pp. 147 - 148, quando dizem que o art. 126.º, n.º 3 do CPP tem o mesmo regime de nulidade que o n.º 1 e 2 do citado artigo – *Nulidade Insanável*, porque o preceito diz que “são igualmente nulas as provas”, para os referidos autores quer dizer a mesma espécie de nulidade.

<sup>86</sup> Paulo de Sousa Mendes. *As proibições de Prova no Processo Penal*. 2004. p. 142. No mesmo sentido Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. pp. 56 e ss..

vem plasmada no CPP, art. 167.º. Segundo COSTA ANDRADE este artigo reconhece prevalência ao critério da ilicitude penal substantiva, sendo “*inadmissível e proibida a valoração de qualquer registo fonográfico ou fotográfico que, pela sua produção ou utilização, represente um qualquer ilícito penal material, à luz do disposto no artigo 199.º do Código Penal*”<sup>87</sup>. A busca da verdade material não pode ser feita a todo o custo, logo, o “*mero propósito de juntar, salvaguardar e carrear provas para o processo penal não justifica o sacrifício do direito à palavra e do direito à imagem*”<sup>88</sup>. De acordo com GÖSSEL a violação destes direitos só pode ser feita de acordo com processo penal e quando subsistam interesses superiores da comunidade, vale por dizer neste contexto, da perseguição penal<sup>89</sup>.

A resposta às questões relacionadas com esta temática não pode assentar apenas na ideia de que foi cometido um crime – consoante o descrito no CP, art. 199.º – isto é, a possibilidade de valoração da prova não pode estar condicionada apenas ao caso de ter sido cometida uma infração tipicamente prevista na Lei. Apesar de o CPP, art. 167.º, n.º 1, *in fine* estabelecer que as provas obtidas através de reproduções mecânicas, não se consideram ilicitamente obtidas, se não forem ilícitas nos termos da lei penal. Ainda assim, pode ocorrer uma lesão do bem jurídico protegido com a norma que estabelece as proibições de prova sem que, no entanto, essa lesão caia na área de tutela do direito penal substantivo. Nesse caso, e apesar de as situações em que a prova obtida não incorre na censura da ilicitude penal, justifica-se uma ponderação mais aberta aos interesses que reclamam a valoração.

O Direito Penal surge como *ultima ratio* da protecção dos bens jurídicos fundamentais, o que implica uma proeminência e prevalência dos bens jurídicos, em relação aos interesses imanentes no processo penal. MAIA GONÇALVES pronuncia-se sobre a relação entre o que prescreve, em matéria de reproduções mecânicas, a lei penal e lei processual penal, referindo-se que a norma de que as reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou das coisas reproduzidas se não forem ilícitas nos termos da lei penal, poderia conduzir demasiadamente longe se não fosse entendida, como deve ser, partindo da ideia de que o próprio Direito Penal substantivo se tem de harmonizar com o Direito adjectivo. Aqui, no Direito Processual, as pessoas podem mesmo ser compelidas a

<sup>87</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 238.

<sup>88</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 239.

<sup>89</sup> Cfr. Karl-Heinz Gössel. *As Proibições de Prova no Direito*.... 1992. p. 424. Este Autor admite, ainda, a valoração deste meio de prova no direito alemão, quando “*o arguido reclame para sua defesa a valoração de uma gravação obtida à custa do sacrifício da vida privada de uma testemunha e à margem da justificação da legítima defesa ou de uma situação-de-quase-legítima-defesa*”.

sujeitar-se a exames, fotografias. Assim, para o Autor, se as reproduções mecânicas tiverem sido obtidas à sombra das disposições do processo penal, podem ser usadas como meio de prova e quem as obteve não incorre em qualquer ilicitude penal<sup>90</sup>.

Concernente à lei substantiva, para além do art. 199.º, do CP, há ainda que ter em conta o art. 192.º, do CP, que completa o quadro legal, abrangendo os casos em que paralelamente está em causa uma violação do direito à imagem e/ou à palavra, existindo um propósito de devassa da própria vida privada.

#### **a) Gravações Ilícitas**

A CRP determina no art. 34.º, n.º4, que é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo-crime. Também o art. 38.º, n.º4, dispõe sobre a matéria, introduzindo o conceito de “intromissão abusiva”.

À lei ordinária cumpre, portanto, modelar o regime relativo a estes meios de prova. A este respeito assume relevância o art. 187.º, do CPP, que prevê, expressamente, a admissibilidade das gravações de conversas telefónicas ou das comunicações transmitidas por qualquer outro meio técnico diferente do telefone, mas limitada a um catálogo de crimes, caracterizados pela sua gravidade e danosidade social. Acresce a este catálogo de crimes, o facto de a admissibilidade destes meios de prova ser vinculada a uma série de requisitos verificados por uma instância formal de controlo.

O direito à palavra, face ao regime jurídico vigente, pode representar-se como bem jurídico protegido pelo art. 199.º, do CP, como sendo o direito da transitoriedade da palavra falada, ou seja, a pretensão de que a palavra seja, por princípio, apenas ouvida no momento e no contexto em que é proferida. Facto é que o principal objectivo da lei é proteger a intencionalidade e a confiança na transitoriedade e historicidade da palavra, assim como a confiança nas relações sociais<sup>91</sup>.

A gravação consentida configura uma forma paradigmática da exclusão do ilícito típico, devido à ausência de lesão do bem jurídico<sup>92</sup>. Segundo COSTA ANDRADE a expressão “sem consentimento” do art. 199.º, n.º 1, do CP, não tem a função de qualificar especificamente as gravações da al. a), mas, pelo contrário, constitui um elemento comum

---

<sup>90</sup> Cfr. Maia Gonçalves. *Meios de Prova*. Coimbra. 1991. p. 211.

<sup>91</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova...* 1992. pp. 249 e 250.

<sup>92</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova...* 1992. p. 251.

às várias modalidades de conduta previstas neste artigo<sup>93</sup>. Posição defendida pela doutrina actual, pois a al. b) do mesmo artigo dispõe que o ilícito se verifica mesmo que as gravações tenham sido licitamente obtidas.

O mesmo Autor entende que não existem dúvidas quanto à impossibilidade de valoração das gravações em si penalmente ilícitas, isto é, produzidas à margem de consentimento ou justificação, face ao disposto no art. 167.º, n.º 1, do CPP<sup>94</sup>.

COSTA ANDRADE salienta, ainda, que a doutrina é unânime ao entender que o autor das gravações não deve ser criminalmente sancionado, mas que o enquadramento dessa exclusão de responsabilidade é mais complicado, tendo sido invocadas causas de justificação como a legítima defesa, o direito de necessidade, a prossecução de interesses legítimos e o recurso a um critério geral de ponderação de interesses. A solução, para o Autor, encontra-se em proceder ao reexame dos pressupostos das causas de justificação e subsumir nos pressupostos de extorsão, coacção, injúria, corrupção<sup>95</sup>.

#### **b) Fotografias Ilícitas**

Primeiramente realça-se que o que se menciona quanto às fotografias servirá, para as demais reproduções mecânicas susceptíveis de captar e registar a imagem, designadamente filmes e registos videográficos, quer relativamente à sua posterior utilização, através de meios de divulgação, quer quanto à sua valoração como prova no processo penal.

Para COSTA ANDRADE quando se invoca o direito à imagem está-se perante um bem jurídico eminentemente pessoal, com a estrutura de uma liberdade fundamental e que atribui à pessoa o domínio sobre a própria imagem, isto é, o poder de determinar, quem e em que medida, a pode registar ou divulgar. O objectivo é prevenir os perigos de manipulação e alienação que a objectivação da imagem comporta<sup>96</sup>. Fortalece esta ideia as palavras de ARNDT “tanto o direito à imagem como o direito ao nome constituem expressão do princípio jurídico de que a pessoa humana só a si pertence”<sup>97</sup>.

O CC, no art. 79.º, dispensa o consentimento da pessoa retratada quando justificado pela notoriedade, o cargo que desempenhe, as exigências de polícia ou de justiça,

---

<sup>93</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 254.

<sup>94</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 260.

<sup>95</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre a Valoração, como meio de prova em Processo Penal, das gravações produzidas por particulares*. Coimbra. 1984. p. 611; Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. pp. 258 e 259.

<sup>96</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 268.

<sup>97</sup> Arndt *apud* Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 268.

finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem estiver enquadrada em lugares públicos ou relacionada com factos de interesse público, ou que hajam decorrido publicamente.

O CP, art. 199.º, n.º 2, não faz depender a utilização das fotografias ou filmes da circunstância de terem sido obtidas, ou não, indevidamente. Este artigo dá relevância a uma teoria segundo a qual, a utilização e valoração de uma fotografia não consentida é ilícita, assim como a utilização sem consentimento de uma fotografia consentida, ou seja, licitamente obtida<sup>98</sup>.

Concluindo, deve considerar-se proibida a valoração das fotografias obtidas de modo penalmente ilícito, nomeadamente se produzidas sem consentimento e a descoberto de justificação bastante. Assim como também se deve ter como proibida a sua valoração, ainda que licitamente obtidas, mas cuja utilização não tenha sido consentida.

Importa reconhecer que fora da esfera íntima da vida privada, a pessoa física encontra-se permanentemente exposta ao exame do público nomeadamente se as suas condutas ocorrem em locais públicos. É fundamental salientar que o facto de as imagens serem recolhidas em lugares públicos e os titulares de direito serem previamente informados da existência de tratamento e das suas finalidades contribui, substancialmente, para afastar a ideia de que existe uma captação ou utilização arbitrária da sua imagem<sup>99</sup>.

## **1.5. A Internet e as Redes Sociais**

### **1.5.1. Evolução Histórica**

A internet é um conjunto mundial de redes, em que os computadores encontram-se interligados, isto é, existe uma interconexão de máquinas que permite o acesso a informações sobre e em qualquer lugar do mundo.

Surgida em meados do século passado, nos Estados Unidos da América, com o objectivo de coordenar projectos do Departamento de Defesa, sendo uma resposta ao êxito espacial soviético<sup>100</sup> da altura. A internet rapidamente passou a ser utilizada em outros departamentos, universidades<sup>101</sup>, nos diversos segmentos das empresas e passou a estar presente nas residências particulares “onde qualquer pessoa, desde que possuisse

---

<sup>98</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova...* 1992. pp. 270 e 271.

<sup>99</sup> Cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 10210/2008-09.

<sup>100</sup> Sucesso alcançado, pela URSS, com o lançamento do *Sputnik*, em Outubro de 1957.

<sup>101</sup> Cfr. João Fachana. *A Responsabilidade Civil Civil pelos Conteúdos Ilícitos Colocados e Difundidos na Internet*. Coimbra. 2012. p. 22.

computador com ligação à internet, podia navegar livremente na rede e procurar aceder a informação”<sup>102</sup>, dando origem a um novo “modelo de vida” em sociedade.

Até à última década do séc XX a utilização da internet era meramente passiva, excepção era o correio electrónico<sup>103</sup>, existindo só a possibilidade da consulta de informação. Contudo, um rápido crescimento despontou uma nova geração de comunicação. Com o surgimento da *web 2.0* foi possível o fornecimento de serviços gratuitos que incentivaram a colaboração, cooperação e interactividade entre os utilizadores. Este passou a ser um elemento activo na colocação de conteúdos na rede, isto é, o conteúdo está associado à pessoa que o coloca e não está sujeito a qualquer tipo de controlo por parte dos administradores<sup>104</sup>.

A popularidade da internet advém do fácil e rápido acesso à informação, possuindo a capacidade de proporcionar uma comunicação a nível mundial. Nos dias de hoje são poucos os aspectos quotidianos da vida, que não tenham qualquer tipo de ligação às NTIC e à internet. Este sistema tecnológico possui um papel fundamental ao nível de todas as infra-estruturas estratégicas<sup>105</sup>, mas a sua importância, não se fica por aqui, pois, prolonga-se a todo o tipo de relações, como as comerciais, negociais, financeiras e económicas, e com o surgimento das redes sociais, blogues e fóruns, e passou a fazer parte da vida social, pessoal e dos tempos livres dos utilizadores.

Actualmente, uma das “faces” mais visível da internet são as redes sociais<sup>106</sup>, redes que possibilitam a colocação e difusão de informação de cariz pessoal, permitindo uma interactividade entre os utilizadores. JOÃO GOMES diferencia redes sociais de serviços de redes sociais. Para o Autor redes sociais “*são estruturas (sociais) compostas por entidades relacionadas entre si. As entidades podem ser pessoas, organizações (...) [sendo que] para os fins de análise e compreensão de comportamentos virtualmente qualquer grupos de entidades podem ser encarados como redes (...). Por outro lado, os serviços de redes sociais como o facebook, LinkedIn, ou StarTracker, são soluções informáticas que disponibilizam um meio de representação das redes sociais a que os seus participantes pertencem*”<sup>107</sup>. Estas páginas, as redes sociais em sentido amplo, possuem “*uma atitude proactiva no sentido de encorajar os seus utilizadores a colocarem cada vez mais*

---

<sup>102</sup> João Fachana. *A Responsabilidade Civil*.... 2012. p. 23.

<sup>103</sup> O Correio Electrónico possibilitava o envio e recepção de informação.

<sup>104</sup> Cfr. João Fachana. *A Responsabilidade Civil*.... 2012. p. 29.

<sup>105</sup> Onde se inclui, entre outros, os sistemas de defesa, a segurança e socorro e sistemas de controlo de tráfego terrestre, marítimo e aéreo entre muitas outras.

<sup>106</sup> Cfr. João Fachana. *A Responsabilidade Civil*.... 2012. p. 31. “Redes sociais respeitantes à partilha de informações pessoais e/ou profissionais (tais como Facebook, Hi5...)”.

<sup>107</sup> João Nascimento Gomes. *Análise de Redes Sociais ao Serviço da Investigação*. 2010. pp. 311 e 312.

conteúdos e a partilharem o respectivo conteúdo”<sup>108</sup>. O utilizador possui o controlo sobre o que quer partilhar, quer à facilidade de acesso à informação por si disponibilizada, passando pelo seu tratamento, encaminhamento ou utilização da informação. O conteúdo disponibilizado será sempre uma informação digital que reproduz texto, imagem, som ou multimédia<sup>109</sup>. É neste domínio que se pode estabelecer a ponte entre este fenómeno e o problema em causa no nosso estudo.

A própria natureza da internet, operando em rede, aliada à maior dependência de todos os sectores, cada vez mais a sociedade é um alvo, extremamente vulnerável, a “ataques” devido à existência de falhas de segurança em que ficam em riscos dados pessoais. Sendo, também, um meio com capacidades únicas para “*um proliferar de situações e actos ilegais, que provocam danos em terceiros, maxime através da colocação e difusão em rede de conteúdos ilícitos*”<sup>110</sup>.

### 1.5.2. Perfil do utilizador nas Redes Sociais

Os utilizadores da internet são cada vez mais diversificados, dividindo-se de forma equilibrada pela população mundial, existindo, ainda, um enorme fosso no número de utilizadores da internet entre a população mais jovem e a restante. Verifica-se entre os utilizadores uma clara fragmentação entre uma utilização mais qualificada e diversa, dirigida para a actividade laboral ou académica e, alternativamente, um uso mais dirigido para o entretenimento e para a comunicação.

No sentido do objecto de estudo desta Dissertação, o foco central dirige-se aos utilizadores das redes sociais, pois estes possuem a capacidade de criar e partilhar um perfil pessoal. O utilizador antes de criar a sua “página” deveria consultar as Políticas de Privacidade e Segurança<sup>111</sup>, mas poderá alvitrar-se que em rigor ninguém “se dá ao trabalho” de as ler, o que pode trazer para o utilizador implicações enormes no futuro. É por isso que o utilizador, por sua livre e espontânea vontade, por sua escolha, conseqüentemente, terá que perceber que tudo o que disponibiliza na rede passa a ser de domínio público, isto se não seguir as regras estipuladas nas políticas de forma a controlar quem tem acesso à informação disponibilizada.

Quem publica nas redes sociais deve ter consciência do que está a colocar, ou

---

<sup>108</sup> João Fachana. *A Responsabilidade Civil*.... 2012. p. 31.

<sup>109</sup> Cfr. João Fachana. *A Responsabilidade Civil*.... 2012. p. 21.

<sup>110</sup> João Fachana. *A Responsabilidade Civil*.... 2012. p. 17.

<sup>111</sup> Conferir as Políticas de Privacidade e Segurança do *Facebook*, disponível em <http://www.facebook.com/legal/terms?ref=pf>, acedido em 12 de Outubro de 2012.

publicar, pois isso pode afectar a sua imagem, levando mesmo a uma alteração da forma como os outros navegantes o “veem”. O conteúdo colocado nesse perfil pode ser visualizado “pelos seus “amigos”, os “amigos dos amigos”, ou até pelo público em geral, consoante as opções de privacidade que o utilizador em questão escolha<sup>112</sup>.

O perfil do utilizador possui, normalmente, algumas informações pessoais básicas, tais como: o nome, idade, sexo, local, uma foto, e um espaço extra em que o utilizador partilha informação diversa: filmes, textos, ou qualquer tipo de ficheiro multimédia compatível<sup>113</sup>. Ainda possui o chamado “mural” que permite a qualquer pessoa escrever o que quer que seja no perfil dos outros, desde que consiga visioná-lo. Os utilizadores das redes sociais deixaram de só poder visionar o perfil dos outros, para poder escrever os seus “comentários” como reacção ao que se vê.

Muitas são as vezes em que o conteúdo colocado e partilhado pelos utilizadores da internet produz danos na personalidade de terceiros ou na própria. Dano esse que “*poderá assumir uma dimensão bastante maior consoante a difusão que o mesmo tiver*”<sup>114</sup>. O agente que coloca o conteúdo, ilícito, e o disponibiliza a terceiros será responsável por todos os danos que advenham, directa ou indirectamente, do seu acto e que se revelem condição *sine qua nom* da respectiva actuação<sup>115</sup>.

Devido à possibilidade do utilizador poder controlar quem possui acesso à informação por si disponibilizada, estipulando as definições de privacidade quando permite o “livre acesso” a todos os que “navegam” na internet pode estar-se a autocolocar em perigo. O utilizador tem o direito a proteger, recorrendo se necessário ao anonimato, determinadas informações pessoais de modo a evitar que as mesmas possam colocar em perigo a sua segurança ou provocar “prejuízo” ao seu bom nome. Deve prever o risco e o perigo que corre com o seu comportamento consciente e voluntariamente adoptado<sup>116</sup>.

Parece razoável crer que qualquer utilizador das redes sociais, com perfil *online*, aceita a divulgação do conteúdo por si disponibilizado, passando a ser considerado de domínio público<sup>117</sup>.

---

<sup>112</sup> Cfr. João Fachana. *A Responsabilidade Civil*.... 2012. p. 69.

<sup>113</sup> Cfr. João Fachana. *A Responsabilidade Civil*.... 2012. p. 69.

<sup>114</sup> Sofia Casimiro *apud* João Fachana. *A Responsabilidade Civil*.... 2012. p. 69.

<sup>115</sup> Cfr. João Fachana. *A Responsabilidade Civil*.... 2012. pp. 74 e 75.

<sup>116</sup> Cfr. João Fachana. *A Responsabilidade Civil*.... 2012. pp. 78 e 79.

<sup>117</sup> Ideia defendida por Maria José Morgado. Para mais informações cfr. Anexo 2.

## CAPÍTULO 2 – CAPTAÇÃO DE IMAGENS – ENQUADRAMENTO E LIMITAÇÕES

### 2.1. Introdução Capitular

No seguimento do anterior capítulo, cumpre agora clarificar quais os direitos fundamentais que, normalmente, são restringidos aquando a captação de imagens e som indevidamente. Algo que também importará compreender em sede deste trabalho é conhecer o conflito de direitos em causa nas gravações ilícitas e procurar estabelecer uma ponderação de interesses de forma a empregar uma “concordância prática” entre os direitos fundamentais e a procura da verdade e perseguição penal do Estado.

Seguidamente procura-se demonstrar quais os requisitos legais exigidos para as FSS e para os agentes de protecção efectuarem a captação e tratamento de imagens em espaços públicos ou abertos ao público, abordando os pontos importantes, para esta Dissertação, dos respectivos diplomas legais.

Por último, neste capítulo, analisam-se dois ordenamentos jurídicos que se encontram consolidados e estabilizados em relação à matéria em causa, mas com estruturas e princípios processuais opostos, isto é, o sistema alemão e o sistema norte-americano. Numa primeira fase, desta secção, abordam-se as proibições de prova no geral – as *exclusionary rules* e as *Beweisverbote*<sup>118</sup> - de forma a conhecer os seus traços essenciais, e em outra fase, qual o regime reservado aos meios de prova obtidos pelos particulares. A terminar procura-se conhecer o direito português sobre os meios de prova obtidos por particulares, verificando o posicionamento da doutrina e jurisprudência nacional.

### 2.2. Gravações (i)lícitas e a Restrição de Direitos Fundamentais

As regras processuais devem ser analisadas de acordo com a Lei Fundamental, pois como se sabe, o procedimento penal coloca em conflito interesses colectivos e individuais. Conforme se verificou anteriormente<sup>119</sup> quando se produzem gravações ou fotografias poder-se-á estar a violar direitos fundamentais dos cidadãos. Salientam-se, nesse caso, alguns direitos, tais como: a) à reserva da intimidade da vida privada<sup>120</sup>; b) à imagem<sup>121</sup>; e

<sup>118</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova...* 1992. p. 135.

<sup>119</sup> Vide “1.4. Reproduções Mecânicas”.

<sup>120</sup> Conforme define o art. 8.º, da CEDH, o art. 26.º, da CRP e ainda art. 80.º, do CC.

<sup>121</sup> Conforme define o art. 26.º, da CRP, o art. 79.º, do CC, o art. 199.º, do CP.

Há autores que referem que a doutrina e jurisprudência são unânimes em considerar que o art. 79.º do CC é a fonte do conceito constitucional de direito à imagem. Cfr. Nuno Lumbrals. *O direito à palavra, o direito à imagem e a prova audiovisual em processo penal*. 2007.

c) à palavra<sup>122</sup>. Sendo de todos os direitos fundamentais, estes, os que são chamados ao confronto quando existe uma obtenção de prova através da captação de imagem e som. A limitação destes direitos, como não poderia deixar de ser, apenas se pode verificar se ocorrer de acordo com a Constituição.

### 2.2.1. Direitos de Personalidade – art. 26.º, da CRP

No ordenamento jurídico nacional o legislador elevou à constelação de direitos fundamentais o direito à imagem e o direito à palavra, constituindo-os assim bens jurídicos autónomos<sup>123</sup> ao direito à reserva da vida privada ou intimidade.

Na Constituição, no art. 26.º, n.º 1, encontram-se tipificados “outros direitos pessoais”, imediatamente de enunciados o direito à vida e o direito à integridade física, podendo-se afirmar que, *a priori*, não possuem um valor equivalente a estes<sup>124</sup>. Neste artigo (art. 26.º) encontram-se abrangidos os direitos de personalidade. Direitos, esses, protegidos penalmente e que constituem limite a outros direitos que com eles possam conflitar, não podendo sequer ser afectados pela declaração de estado de sítio ou de emergência<sup>125</sup>, dando força as palavras de SCHMITT em que “*o interesse do Estado na condenação do culpado não pode nunca prevalecer sobre a protecção do direito de personalidade*”<sup>126</sup>.

Os direitos fundamentais à imagem e à palavra não se podem confundir com o direito à reserva da intimidade da vida privada. Embora ambos previstos na CRP, art. 26.º, tutelam bens jurídicos diferentes. O direito à reserva da intimidade da vida privada é muito amplo, funcionando como garantia da inviolabilidade do domicílio e da correspondência, (art. 34.º, da CRP), sendo certo que a sua violação materializa-se nos crimes previstos no CP, nos arts. 192.º e 190.º, devassa da vida privada e a violação de domicílio, respectivamente. Como protecção do direito à imagem e à palavra, emergiu o crime de gravações e fotografias ilícitas, estabelecido no CP, art. 199.º. Pode pois concluir-se que estes tipos de crime não acolhem bens jurídicos simultâneos e que estes direitos fundamentais têm um âmbito de aplicação distinto.

<sup>122</sup> Conforme define o art. 26.º, da CRP, e o art. 199.º, do CP.

<sup>123</sup> São raras as ordens jurídicas, *p.ex.* Portugal, que procedem à tutela penal autónoma do direito à imagem. Na Alemanha e na Áustria isso não acontece, o direito à imagem encontra-se englobado pelo direito de personalidade. Diferente é o direito à palavra, direito esses que já possui autonomia em relação à personalidade. Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. pp. 262 e 263. Ver sobre o *thema*, ainda, Jorge Miranda. *Processo Penal e Direito à Palavra*. 1997. pp. 56 - 58.

<sup>124</sup> Cfr. Nuno Lumbrales. *O direito à palavra, o direito à imagem*.... 2007.

<sup>125</sup> Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros. *Constituição Portuguesa Anotada*.... 2005. p. 283.

<sup>126</sup> Schmitt *apud* Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 240.

Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a reserva da vida privada, visa impedir que estranhos possuam informações privadas sobre uma pessoa, e caso alguém disponha desse tipo de informações, não as possa divulgar. Devendo ter como referências: *a)* o respeito dos comportamentos; *b)* o respeito do anonimato; e *c)* o respeito da vida em relação<sup>127</sup>.

O direito fundamental à imagem refere-se à imagem da pessoa, titular do direito, enquanto retrato, sendo considerado uma protecção contra a reprodução da aparência física, da alteração da imagem em montagens fotográficas, contrariando a sua vontade, e assim garantindo a autonomia na disponibilidade da imagem<sup>128</sup>. Ao titular do direito da imagem pertence-lhe o “*direito de definir a sua própria auto-exposição*”<sup>129</sup>, possuindo o poder de decidir sobre a utilização da mesma, pois está-se perante um “*direito oponível erga omnes, irrenunciável e perpétuo*”<sup>130</sup>.

O CC, art. 79.º, “permite” que o direito à imagem seja restringido por exigências de polícia ou de justiça, e que, segundo LUMBRALES, estas exigências se dirigem às necessidades relacionadas com a justiça penal. Se os OPC e MP agirem em nome das referidas exigências não estão a lesar o bem jurídico imagem, nem cometem qualquer ilícito penal<sup>131</sup>.

Já em relação ao direito à palavra não se encontra nenhum preceito legal semelhante ao art. 79.º, do CC, para o direito à imagem. Relativamente à tutela penal, como se disse anteriormente aplicasse-lhe o disposto no art. 199.º.

Visto isso, o direito à palavra é um “*direito paralelo ao direito à imagem*” que consiste na “*proibição de escuta e/ou gravação de conversas privadas sem o consentimento ou de qualquer deformação ou utilização «enviesada» (através de montagem, manipulação e inserção das palavras em contextos radicalmente diversos e etc.), das palavras de uma pessoa*”<sup>132</sup> sendo “*irrelevantes as palavras não comunicadas oralmente*”<sup>133</sup>.

Quando se refere o direito à palavra, existem ainda outros aspectos importantes<sup>134</sup> que se devem observar, nomeadamente o espaço e contexto em que as declarações são

<sup>127</sup> Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa*. 2007. pp. 467 e 468.

<sup>128</sup> Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros. *Constituição Portuguesa Anotada....* 2005. p. 290.

<sup>129</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa*. 2007. p. 467.

<sup>130</sup> Vânia Jacinto. *Direito à imagem – a protecção da individualidade*. 2010, p. 31.

<sup>131</sup> Cfr. Nuno Lumbrales. *O direito à palavra, o direito à imagem....* 2007.

<sup>132</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa*. 2007. p. 467.

<sup>133</sup> Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2.ª Ed. Lisboa. 2010. p. 614.

<sup>134</sup> Alguns já referidos em, *supra*, “1.4 Reproduções Mecânicas”.

proferidas, pois não pode, nem deve existir qualquer manipulação e inserção em contextos radicalmente diversos<sup>135</sup>, se as palavras são destinadas ou não ao público em geral<sup>136</sup>, e a confiança na volatilidade ou transitoriedade da palavra<sup>137</sup>.

Estes dois bens jurídicos, como se constatou, são semelhantes, mas por outro lado, e de acordo com FIGUEIREDO DIAS “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 visado”<sup>138</sup>. Porém estes direitos fundamentais, em sede de processo penal podem ser restringidos, mas sempre de acordo com as normas Constitucionais<sup>139</sup>. Também o titular destes direitos pode decidir, de forma voluntária, prestar o seu consentimento para que sejam limitados.

### 2.2.2. O Consentimento como forma de exclusão da ilicitude

O consentimento, enunciado no CP, art. 38.<sup>º</sup><sup>140</sup>, configura a forma paradigmática da exclusão da ilicitude por força de insuprível ausência de lesão do bem jurídico<sup>141</sup>, sendo na realidade, uma “limitação voluntária do direito (...) pelo seu titular”<sup>142</sup>.

O consentimento “quando constitua uma circunstância exterior ao tipo legal e a ordem jurídica considere a renúncia pelo titular do bem jurídico à sua protecção mereça relevância”<sup>143</sup>, deve cumprir determinados preceitos, que, “em caso de dúvida, se devem querer mais exigentes e menos permissivos”<sup>144</sup>, podendo considerar-se como “um modo de resolução do conflito entre os interesses do sistema penal”<sup>145</sup>.

O consentimento prestado não pode ofender aos bons costumes, nomeadamente os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude possível da ofensa. Consideram-se, ainda, como pressupostos, de ordem formal do consentimento, a seriedade e liberdade do titular do direito a lesar, pois o engano, a ameaça ou o erro excluem-no. Deve-se ainda verificar que o interesse atingido pelo facto típico

<sup>135</sup> Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa*. 2007. p. 467.

<sup>136</sup> Sobre o tema consultar Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código Penal*.... 2010. pp. 614 e 615.

<sup>137</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 245.

<sup>138</sup> Figueiredo Dias *apud* Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código Penal*.... 2010. p. 614.

<sup>139</sup> Deve-se confirmar o disposto dos arts. 18.º; 27.º a 35.º da CRP.

<sup>140</sup> O referido artigo enuncia que o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.

<sup>141</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 251.

<sup>142</sup> Vânia Jacinto. *O Direito à Imagem: protecção da individualidade*. 2010. p. 32.

<sup>143</sup> Germano Marques da Silva. *Direito Penal Português - Teoria do Crime*. Lisboa. 2012. p. 216.

<sup>144</sup> Vânia Jacinto. *O Direito à Imagem*... . 2010. p. 32.

<sup>145</sup> Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código Penal*.... 2010. p. 195.

seja disponível<sup>146</sup>, por quem consente, e que este tenha efectivamente a capacidade de consentir, isto porque só pessoa que tenha mais de 16 anos<sup>147</sup> e tenha o discernimento suficiente para avaliar o significado do consentimento é que pode exercer essa acção.

O consentimento tem que verificar-se antes da execução da ilicitude e de forma inequívoca, podendo ser expresso por qualquer meio que traduza a vontade da pessoa titular do bem jurídico e pode ser livremente revogado até à execução de facto.

A este consentimento pode equiparar-se o consentimento plasmado no CP, art. 39.º, consentimento presumido, entendido como espectável que o titular do bem jurídico tivesse dado o seu consentimento se conhecesse a verdadeira situação. Trata-se, aqui, de um acto praticado no interesse da pessoa lesada, desde que se tome sentido de que nas condições apresentadas ao seu titular, este, teria todo o interesse em consentir. Existe aqui uma intervenção externa de alguém que actua no superior interesse do lesado, uma vez que este não pode decidir atempadamente.

O consentimento presumido possui um “*character subsidiário, senão mesmo excepcional*”<sup>148</sup>, estando dependente da impotência em obter a declaração da vontade do titular do bem jurídico ou existência de perigo na demora da obtenção do respectivo consentimento.

Para o tema central desta Dissertação, e como se desenvolverá, nun certo sentido, quando a gravação é feita pelo próprio agressor, poderá considerar-se como forma de consentimento a cedência de gravação e de fotografias a terceiros com vista ao seu visionamento e audição consiste numa permissão da sua utilização<sup>149</sup>. Matéria à qual se retomarás.

### 2.3. Conflito de Direitos – ponderação de interesses

No processo penal, o respeito pelos Direitos Fundamentais por parte dos órgãos de autoridade de um Estado de Direito Democrático funciona como uma legitimação da pena, impedindo o mesmo de se contrariar, aplicando o direito em recurso ao ilícito criminal.

<sup>146</sup> Não existe um critério seguro ou taxativo que apresente quais os bens jurídicos que o seu titular pode ou não dispor livremente, indisponível “mesmo” só a vida, a integridade física defendida no art. 144.º, do CP, assim como a dignidade ou personalidade humana. Os restantes bens jurídicos poder-se-ão considerar como disponíveis. Cfr Américo Taipa de Carvalho. *Direito Penal Parte Geral - Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*. Coimbra. 2008. pp. 451 – 453; ver ainda Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código Penal*.... 2010. p. 195.

<sup>147</sup> De acordo com Ana Prata; Catarina Veiga; José Vilalonga. *Dicionário Jurídico*. 2008. p. 108, “o consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos”, a mesma opinião é partilhada por Germano Marques da Silva. *Direito Penal Português - Teoria do Crime*. Lisboa. 2012. p. 218.

<sup>148</sup> Costa Andrade *apud* Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código Penal*.... 2010. p. 200.

<sup>149</sup> Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código Penal*.... 2010. p. 615.

COSTA ANDRADE esclarece que “as proibições de prova aparecem como institutos próprios do processo penal, a verdade é que elas assumem uma função marcadamente protectiva, análoga à do direito penal substantivo”<sup>150</sup>.

A questão levantada, neste trabalho pode trazer consigo problemas axiológicos resultantes do confronto entre diferentes valores seguidos pelo ordenamento jurídico, como seja o conflito entre as finalidades do processo penal, nomeadamente a procura da verdade material com o princípio da salvaguarda dos Direitos dos cidadãos intervenientes no processo. A própria estrutura acusatória do processo penal toca nessas duas entidades evidentes. A procura da verdade material, isto é, a obrigação de se verificar a certeza sobre a veracidade dos factos autuados e ainda os Direitos Fundamentais dos sujeitos processuais, já que estes são essenciais num Estado de Direito Democrático<sup>151</sup>.

No caso concreto, conflito entre as finalidades do processo, apresenta-se um duelo em que cada parte deseja ser ilimitada, devido ao valor ético e jurídico que ambas possuem. Afigura-se uma questão moral, um confronto de dois princípios lícitos e antagónicos, e que a sua resolução, nas palavras de ROGALL deve-se operar através de uma “ponderação que terá que proceder em termos concretizadores e globalizantes (...) fazendo, nomeadamente, revelar o interesse concreto na perseguição penal, a gravidade da violação legal bem como a dignidade de tutela e a carência de tutela do interesse sacrificado”<sup>152</sup>.

Este princípio, de ponderação de interesses, consagrado no direito alemão<sup>153</sup>, “erige a realização efectiva da justiça penal em transcendente interesse do Estado de Direito cuja promoção ou salvaguarda pode sobrepor-se aos direitos fundamentais e legitimar o seu sacrifício”<sup>154</sup>. Princípio, que justificaria uma eventual necessidade de valoração da prova ilícita, pois como enuncia SCHAFER “salvo os casos em que a proibição de valoração é expressamente cominada, há sempre que proceder a uma comprovação individualizada sobre se a violação da proibição de prova acarreta em todos os casos uma

<sup>150</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 79. Em sentido convergente, TAIPA DE CARVALHO eleva o regime das proibições de prova à categoria de normas processuais penais materiais. Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 79..

<sup>151</sup> De acordo com a CRP, art. 18.º a restrição dos DLG's deve salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

<sup>152</sup> Rogall *apud* Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 100.

<sup>153</sup> Teve a sua primeira aparição no caso do diário, julgado pelo BGH em 1964. “Quando está em jogo a suspeita fundada de um atentado grave contra a vida, outros bens jurídicos proeminentes e o Estado, ou outras agressões graves à ordenação jurídica, então a tutela da reserva da vida privada terá, sendo caso disso, de recuar. A ponderação deve ser feita tomando em conta o interesse da perseguição penal à luz do significado do direito fundamental, fazendo para o efeito relevar o ilícito do facto na medida em que possa ser já referenciado”. NJW *apud* Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 58.

<sup>154</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 29.

*proibição de valoração*<sup>155</sup>. Isto para tornar claro que podem existir casos de conflito em que a não valoração das provas, ilicitamente obtidas, conduziria a uma inaceitável e total subversão da justiça penal, pois conforme afirma MARIA JOSÉ MORGADO “*não podemos estar a encobrir um crime ou a ignorar um crime ou tornar impune um crime com base numa questão meramente formal*”<sup>156</sup>.

Nos termos do tratamento desta matéria no ordenamento jurídico português se analisados os artigos que disciplinam as proibições de prova, art. 32.º, n.º 8, da CRP e art. 126.º, do CPP, isoladamente, verifica-se que o legislador optou por sacrificar a ponderação de interesses e a realização da justiça penal sob a égide dos direitos fundamentais. Nas palavras de COSTA ANDRADE, o ordenamento jurídico nacional “*parece assentar, assim, no desfasamento e distanciação qualitativa entre duas ordens de valores: os valores materiais-substantivos tutelados pelo direito penal substantivo e, também e em primeira linha pelas proibições de prova; e os valores adjectivos de relevo endoprocessual e reconduzíveis à ideia da eficácia funcional da justiça penal. E sem deixar subsistir entre as duas ordens de valores os momentos de comunicabilidade indispensáveis à plena operatividade do princípio da ponderação*”<sup>157</sup>.

A proibição de valoração como consequência inultrapassável da violação de regras processuais, tendo em conta a violação dos direitos fundamentais, pode assumir contornos chocantes. Aqui, como na violação de direitos individuais, existe a necessidade de procurar uma resposta normativa, que pondere o interesse da perseguição penal, a danosidade e a gravidade da conduta violadora da regra processual e o bem jurídico protegido com violação das regras processuais. Como defende COSTA ANDRADE “*em sede de valoração o decisivo deverá ser, por isso e sobretudo, saber se a valoração pode ou não aprofundar ou renovar o atentado ao bem jurídico*”<sup>158</sup>.

No entendimento de GERMANO M. DA SILVA a verdade material deve ser sacrificada, seja qual for a proibição de prova, mesmo sendo a única prova disponível para o processo<sup>159</sup>. Numa posição humilde, parece exagerado aceitar-se este entendimento tão limiar, tendo em conta a ponderação de interesses que se defende, e que em certos casos é essencial e na qual se conclui que a verdade e o bem jurídico que se defende são de valor mais elevado que o bem jurídico salvaguardado pela proibição de prova no caso concreto.

<sup>155</sup> Schafer *apud* Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 58.

<sup>156</sup> Conforme referido por Maria José Morgado. Para mais informações cfr. Anexo 2.

<sup>157</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 201.

<sup>158</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 154.

<sup>159</sup> Cfr. Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal*. Vol. II. 2010. p. 173.

Já MARIA JOSÉ MORGADO defende que “*estando em causa a prática de crime prevalece o que legalmente permita fazer a prova da prática desse crime (...). Se existir um crime o direito à imagem e à privacidade não pode prevalecer (...) prevalece o direito de punir [do Estado] como é evidente*”<sup>160</sup>.

No sistema processual português o juiz possui poderes de investigação em matéria de prova, procurando alcançar um fim do processo penal, isto é, a verdade material. Não é possível falar-se em realização da Justiça sem que a verdade alcançada no processo seja a mais próxima da realidade dos factos que ocorreram. O próprio princípio da livre apreciação da prova pelo juiz deve ser visto como uma forma de procurar a verdade, pois não lhe é determinado como valorar a prova, mas apenas que o faça com toda a liberdade (sabendo-se que essa liberdade não é absoluta, mas antes vinculada a regras que se devem respeitar).

Do ponto de vista constitucional, o fundamento para se recorrer ao princípio da ponderação de interesses encontra-se no art. 18.º, n.º 2. Esta norma é basilar para este princípio, pois só proporcionalmente é que os direitos fundamentais podem ser restritos. Toda e qualquer ponderação de interesses, de forma a afastar a norma do art. 126.º, do CPP, deve ser efectuada na estrita medida em que seja necessária, adequada e proporcional em *stricto sensu* e, terá que ter como justificação a salvaguarda de direitos e interesses constitucionalmente protegidos.

Concluindo, a ponderação de interesses não pode/deve destruir outros princípios, devendo respeitar o princípio da proporcionalidade, assumindo-se como necessária e imprescindível em função dos bens jurídicos que procura defender; deve ser razoável na imposição ao lesado do sacrifício; nunca deve servir de fundamento para tornar a pessoa em objecto. E a mais importante, é que só deve ser aplicada/admitida aquando da impossibilidade de recorrer a meios lícitos alternativos.

## **2.4. Captação de Imagens pelas FSS e Agentes de Protecção**

**a) Lei n.º 1/2005, de 10 de Janeiro<sup>161</sup> - Regula a utilização de câmaras de vídeo pelas Forças e Serviços de Segurança em locais públicos de utilização comum.**

A aplicação da Lei n.º 1/2005, de 10 de Janeiro, implica obrigatoriamente uma limitação/restricção do direito à reserva da intimidade da vida privada aos cidadãos que

---

<sup>160</sup> Conforme referido por Maria José Morgado. Para mais informações cfr. Anexo 2.

<sup>161</sup> Alterada pela Lei n.º 9/2012, de 23 de Fevereiro.

circulem nas vias ou locais sujeitos à videovigilância, porque segundo HASSEMER “a luta contra a criminalidade organiza-se tipicamente através da limitação de direitos fundamentais”<sup>162</sup>. De salientar que a esta Lei decorre subsidiariamente a aplicação da Lei n.º 67/1998, de 26 de Outubro - Lei de Protecção de Dados Pessoais<sup>163</sup>.

De acordo com a Lei n.º 1/2005 só em casos específicos é que pode ser autorizada a utilização de videovigilância, entre outros<sup>164</sup>:

- a) Protecção de edifícios e instalações públicos e respectivos acessos;
- b) Protecção de instalações com interesse para a defesa e segurança;
- c) Protecção da segurança das pessoas e bens, públicos ou privados, e prevenção da prática de factos qualificados pela lei como crimes, em locais em que exista razoável risco da sua ocorrência.

A fim de ser possível a instalação de câmaras de vigilância terá que existir autorização do membro do Governo que tutela a FSS requerente, ou seja, o Ministro da Administração Interna, antecedido de Parecer da Comissão Nacional de Protecção de Dados<sup>165</sup>.

Dos elementos que devem constar no pedido de autorização<sup>166</sup>, apenas se referem os mais relevantes para este trabalho, a) fundamentos justificativos da necessidade e conveniência da instalação do sistema de vigilância por câmaras de vídeo, e; b) os procedimentos de informação ao público sobre a existência do sistema.

Se a autorização for concedida, terá a duração máxima de dois anos, sujeita a renovação, por períodos iguais, isto se verificar-se ainda os pressupostos/fundamentos exigidos à sua colocação<sup>167</sup>. É obrigatória a afixação de informação, nos locais sujeitos à vigilância<sup>168</sup> da existência e localização das câmaras de vídeo, qual a finalidade da videovigilância e a informação sobre o responsável pelo tratamento dos dados recolhidos.

Neste diploma legal, o art. 7.º, é fundamental pois refere os princípios relativos à utilização das câmaras de vídeo, actividade que se deve reger pelo princípio da proporcionalidade, obrigando à reflexão da aptidão do meio utilizado, bem como o respeito pelo princípio da intervenção mínima. É imprescindível avaliar a finalidade pretendida e a necessária violação de direitos fundamentais, concretamente o direito à privacidade e à

<sup>162</sup> Winfried Hassemer. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra. 2004. p. 17.

<sup>163</sup> Apenas estão sujeitos à aplicação desta Lei as situações de captação de dados que permitam identificar inequivocamente as pessoas.

<sup>164</sup> Conferir Lei n.º 1/2005, art. 2.º.

<sup>165</sup> Conferir Lei n.º 1/2005, art. 3.º.

<sup>166</sup> Conferir Lei n.º 1/2005, art. 5.º, n.º 1.

<sup>167</sup> Conferir Lei n.º 1/2005, art. 5.º, n.º 5.

<sup>168</sup> Conferir Lei n.º 1/2005, art. 4.º.

imagem, porque todas as “restrições de direitos fundamentais não-de estar bem limitadas, de modo a que não seja ultrapassada a estrita medida do necessário (...) que é proporcional relativamente à gravidade dos factos”<sup>169</sup>.

Salienta-se que a autorização de utilização de câmaras pressupõe, sempre, a existência de riscos, objectivos, para a segurança e ordem públicas. A videovigilância continua a ser proibida: *a)* Se o local público for considerado como uma área de resguardo; *b)* Quando a captação de imagens e de sons abranja interior de casa ou edifício habitado ou sua dependência, salvo consentimento dos proprietários e de quem o habite legitimamente ou autorização judicial; *c)* Quando a captação de imagem afecte, de forma directa e imediata, a intimidade das pessoas, ou resulte na gravação de conversas de natureza privada.

No caso de se captarem “acidentalmente” imagens violando o disposto na al. *b)* e *c)*, *supra* mencionadas, estas devem ser destruídas imediatamente pela entidade responsável pelo sistema, ou seja a FSS com competência na área.

A FSS que efectuar a captação de imagens apenas poderá conservá-las durante um período máximo de 30 dias, contando a partir da data da respectiva captação. Sempre que se verificar a prática de factos com relevância criminal, a FSS elaborará auto de notícia, acompanhado pelo suporte original da gravação, que remeterá ao MP, no prazo máximo de 72 horas<sup>170</sup>.

Os interessados, pessoas que figurem nas gravações, têm o direito de acesso e eliminação da respectiva imagem. Sendo que esses direitos podem ser limitados quando se verifique um perigo para a defesa do Estado ou para a segurança pública, seja uma ameaça ao exercício de direitos e liberdades de terceiros, ou prejudique investigação criminal em curso<sup>171</sup>.

***b)* DL n.º 35/2004 de 21 de Fevereiro<sup>172</sup> - Regula o exercício da actividade de segurança privada.**

A actividade de segurança privada é muito vasta. Para efeitos deste trabalho apenas se alude à possibilidade dos agentes de protecção utilizarem meios de vigilância electrónica no exercer da sua acção.

De acordo com o do citado diploma, os princípios definidores da actividade de

<sup>169</sup> Raul Veiga. *O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais*. Coimbra. 2004. p. 186.

<sup>170</sup> Conferir Lei n.º 1/2005, art. 8.º e 9.º.

<sup>171</sup> Conferir Lei n.º 1/2005, art. 10.º.

<sup>172</sup> Alterado pelo DL n.º 114/2011, de 30 de Novembro.

segurança privada são:

a) Prossecução do interesse público;

b) Complementaridade e subsidiariedade face às competências desempenhadas pelas FSS.

A actividade desenvolvida por elementos de segurança privada visa a protecção de pessoas e bens, assim como a prevenção da prática de crimes<sup>173</sup>, estando algumas entidades, obrigatoriamente, sujeitas a adoptar um sistema de segurança privada, designadamente, o Banco de Portugal, as instituições de crédito e entidades financeiras, e ainda os estabelecimentos de restauração e de bebida, e onde haja espaços destinados à dança<sup>174</sup>.

O diploma, no art. 13.º, determina quais os meios e quais as finalidades da utilização da vigilância electrónica. As entidades privadas podem utilizar equipamentos electrónicos de vigilância com o objectivo de proteger pessoas e bens desde que sejam ressaltados os direitos e interesses constitucionalmente protegidos. A gravação de imagens e som efectuadas devem ser conservadas pelo prazo de 30 dias, findo esse prazo devem ser destruídas, a menos que tenham relevância criminal. Aqui, as imagens servem como meio de prova nos termos da legislação processual penal.

Nos lugares objecto de vigilância com recurso aos meios previstos neste diploma legal é obrigatória a afixação em local bem visível de uma aviso com os seguintes dizeres, consoante o caso “Para sua protecção, este lugar encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão” ou “Para sua protecção, este lugar encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som”, seguido de símbolo identificativo.

De acordo com o disposto no art. 13.º, n.º4, aplica-se subsidiariamente a Lei n.º 67/1998, de 26 de Outubro, relativa à protecção de dados, designadamente em matéria de direito de acesso, informação, oposição de titulares e regime sancionatório, pelo que se aplicam aqui os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade.

As entidades, que exerçam a actividade de segurança privada, possuem o dever de colaboração com as forças de segurança, sendo que devem colocar os seus meios humanos e materiais à disposição e sob a direcção do comando das forças de segurança<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> Conferir DL n.º 35/2004, art. 1.º.

<sup>174</sup> Conferir DL n.º 35/2004, art. 4.º.

<sup>175</sup> Conferir DL n.º 35/2004, art. 17.º.

### **c) Pontos comuns à realização de videovigilância pelas FSS e Privados**

Relativamente à vigilância efectuada pelas FSS, é usada como meio necessário, adequado e proporcional à prevenção criminal e segurança pública, servindo como instrumento dissuasor da prática de eventuais crimes e que decorre com o conhecimento das pessoas em geral, podendo ser considerada como uma vigilância genérica e de natureza essencialmente preventiva e não orientada para uma actividade investigatória. O Estado como instrumento de garantia dos limites da liberdade, não pode através dos seus representantes legais, neste caso as FSS, efectuar videovigilância a todo e qualquer custo, deve existir um equilíbrio entre as necessidades de defesa da sociedade e a salvaguarda dos direitos fundamentais.

Assim, e também na actividade desenvolvida por privados, a finalidade da colocação de sistemas de vigilância passa pela protecção de pessoas e bens, bem como pela prevenção da prática de crimes. Possui função dissuasora, daqui sucedendo que a recolha de imagem e som não está direccionada para actos individuais mas sim para a generalidade de pessoas que circulem nos locais sujeitos aquela actividade. A videovigilância com este objectivo ocorre em locais onde haja o risco de crimes contra pessoas ou contra o património, e esses riscos decorrem de serem locais abertos ao público, frequentados por pessoas anónimas sem possibilidade de qualquer prévio controlo de identificação.

### **2.5. Vinculação dos Particulares ao Regime das Proibições de Prova**

São diversas as questões levantadas sobre este tema, entre as quais se destaca uma: saber se os particulares estão ou não vinculados às proibições de prova, a que os agentes do Estado se encontram. Resposta essa da qual depende a resolução da possibilidade, ou não, de valoração das provas (i)lícitas obtidas por particulares.

Aceitar as provas obtidas por particulares, independentemente do modo como foram alcançadas, é considerar-se que essas, mesmas, provas possam ser admitidas e valoradas, no processo, ou seja, a proibição de prova neste caso apenas é dirigida aos órgãos públicos incumbidos da persecução penal. Ao contrário, não aceitar as provas produzidas por particulares, é considerar que os particulares se encontram sujeitos ao regime de produção de prova, vigorando o princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito.

Actualmente levanta-se a tese da possibilidade de valoração de provas ilícitas, tendo em conta o princípio da proporcionalidade e necessidade de investigação, questão,

essa que faz todo o sentido em ser colocada no trabalho aqui apresentado.

### 2.5.1. Sistema Alemão

O processo penal germânico assenta num paradigma do processo acusatório mitigado pelo princípio da investigação. O Juiz chama para si poderes de investigação autónomos aos da defesa e acusação, sendo considerado um julgador armado de poderes autónomos de investigação e prova. Além disso, o MP encontra-se vinculado a rigorosos princípios de legalidade e objectividade no modo como investiga e acusa, sendo sua preocupação que isso seja de acordo com a lei e no estrito cumprimento da legalidade democrática<sup>176</sup>.

Através desta autonomia, atribuída ao Juiz e ao MP, foi possível criar um regime de proibições de prova – *Beweisverbote* – que combina a defesa de direitos individuais defendidos pela Lei fundamental, bem como a protecção de interesses colectivos e *supra*-individuais, com os princípios como a perseguição penal e a realização da justiça.

Neste ordenamento jurídico-constitucional não se encontra nenhuma norma sobre as proibições de prova, semelhante ao que acontece em Portugal com o art. 32.º, n.º 8, da CRP, não existindo exclusão genérica das provas ilícitas, apenas respostas para casos pontuais. Por conseguinte, as normas do Código Processual Penal alemão que abordam as proibições de prova possuem uma autonomia de densificação normativa superior a que se verifica p. ex. em Portugal com o art. 126.º, do CPP.

As proibições de prova na Alemanha configuram um regime maleável, permitindo um enorme número de soluções, porque tudo depende “*da ponderação a fazer entre o renovado sacrifício do bem jurídico e o interesse concreto da perseguição penal*”<sup>177</sup>. COSTA ANDRADE afirma, na sua obra, que na experiência histórico-cultural e jurídica germânica o regime das proibições de prova caracteriza-se pelo primado da vertente substantiva. Aqui é só de forma reflexa e complementar que a tutela processual intervém e acaba por ganhar autonomia<sup>178</sup>, e que mais não representa do que “*meios processuais de imposição da tutela do direito material [e, além disso] a limitação da actividade da polícia não pode ser apontada como tarefa, mas apenas como consequência, das proibições de prova*”<sup>179</sup>.

<sup>176</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 138. Nestes termos, pode-se verificar que existem muitas semelhanças entre o Direito Processual português e o alemão.

<sup>177</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 147.

<sup>178</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 146.

<sup>179</sup> Herrmann *apud* Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 140.

O Tribunal Constitucional Federal mantém-se fiel à compreensão material dada, pela doutrina e jurisprudência, às proibições de prova “*privilegiando dois tópicos argumentativos que são outros tantos momentos de comunicabilidade com a dogmática material-substantiva: o enunciado de direitos de personalidade, por um lado, e a invocação da ponderação de interesses como instância de legitimação possível do seu sacrifício, por outro lado*”<sup>180</sup>.

O Tribunal concebeu a teoria da ponderação de bens como um desenvolvimento da aplicação prática do princípio da proporcionalidade, assente na teoria dos três graus<sup>181</sup>. Sendo que considera a existência de três esferas, em que da esfera do interior para a exterior ir-se-ia diminuindo a necessidade de proteger o respectivo direito, em detrimento dos interesses superiores da comunidade, da perseguição penal. Em suma, como desenvolve COSTA ANDRADE, em sede de prova em processo penal estará legitimado o sacrifício do direito protegido pelas proibições de prova, sempre que necessário e adequado à salvaguarda de valores ou interesses superiores respeitadas as exigências do princípio de proporcionalidade<sup>182</sup>.

Abordando agora se, no ordenamento jurídico alemão, os particulares se encontram vinculados ao regime de proibições de prova, pode-se afirmar que quanto aos meios de prova<sup>183</sup>, estes estão perpetuados a este regime. Como revelou o Tribunal Constitucional, quando estão em causa escritos ou outro tipo de prova relativos à vida íntima, núcleo central na teoria das três esferas, só a proibição de valoração garante a eficaz protecção da personalidade. E isto quer os escritos tenham chegado ao conhecimento das autoridades de perseguição penal mediante acto de ente publico, quer através da intervenção de um

<sup>180</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 142.

<sup>181</sup> Teoria também conhecida pela teoria das **três esferas**, teoria, essa, que defende uma divisão tripartida dos bens de personalidade que são defendidos. Em primeiro lugar, ao centro, encontra-se a esfera da **intimidade**, área nuclear e inviolável e intangível da vida privada, protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou de particulares. Em segundo, exterior ao núcleo central, encontra-se a área normal da **vida privada**. Aqui um bem jurídico não pode perspectivar-se absolutamente isolado dos compromissos e vinculações comunitárias, e nesse sentido encontra-se inteiramente a coberto da colisão e ponderação de interesses, isto é, será admissível a violação destes direitos em nome de interesses prevaletentes na sociedade e em estrita observância do princípio da proporcionalidade. Por ultimo, em terceiro lugar, é referenciada uma extensa e periférica área da **vida social**, que se encontra subtraída ao domínio da publicidade. Sendo esta área lesada, será sempre sempre uma lesão socialmente aceite, são direitos por assim dizer secundários. Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. pp. 94 – 96; Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros. *Constituição Portuguesa Anotada*.... 2005. p. 290. A fim de aprofundar este tema conferir Thiago Ávila. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. 2006. p. 170 e ss.

<sup>182</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 95.

<sup>183</sup> Em relação aos meios de obtenção de prova (matéria não abordada neste trabalho) a solução é diversa. A proibição é apenas dirigida à actividade realizada pelas instâncias formais de controlo. No entanto parte da doutrina tem tentado ultrapassar esta situação, excluindo também as provas obtidas por particulares que violem a liberdade, dignidade e integridade moral das pessoas. Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. pp. 185 e 186.

particular. A doutrina tem acompanhado este entendimento jurisprudencial afirmando que os meios de prova adquiridos por particulares devem ter rigorosamente o mesmo tratamento dos meios de prova resultantes dos actos de autoridade pública<sup>184</sup>.

Decisivo neste ordenamento jurídico é saber se o bem jurídico lesado contende com a intimidade pessoal e “*não tem qualquer interesse saber se os meios de prova foram conseguidos pelas autoridades competentes em processo penal, por outrem a seu pedido ou, pura e simplesmente, por um particular. O respeito pela dignidade humana persiste invariavelmente como substrato da ideia do direito cuja lesão está aqui em causa*”<sup>185</sup>. Ou seja, se o que se procura é defender a dignidade humana, esfera íntima, então é indiferente saber de qual parte adveio a lesão, ela será sempre sancionada.

### 2.5.2. Sistema Norte-americano

No sistema jurídico americano vigora uma estrutura acusatória pura, em que o processo de partes desenvolve-se sob domínio da acusação e da defesa. O juiz, autoridade passiva e neutra, mostra-se distante e indiferente em relação ao curso do processo<sup>186</sup>.

O regime das proibições de prova nos Estados Unidos da América é qualificado como o sistema das *exclusionary rules*. O processo norte-americano privilegia uma dimensão formal e processual das proibições de prova, mais do que um modo de protecção dos direitos individuais, foram edificadas como forma de controlo da actividade policial, das instâncias formais de controlo<sup>187</sup>. Para o Supremo Tribunal Federal norte-americano “*as proibições de prova configuram [o único caminho possível] para garantir a disciplina da actividade policial*”<sup>188</sup>.

Em matéria de admissibilidade valorativa de provas acareadas para o processo, aquilo que verdadeiramente interessa, para este trabalho, é o respeito das prerrogativas legais por parte dos órgãos policiais, a intencionalidade normativa própria das proibições. Todavia, face a esta rigidez formal e devido ao facto de se afirmar que as *exclusionary rules* criavam demasiados obstáculos à liberdade de acção à Polícia, foi necessário criar excepções ao sistema. A excepção às *exclusionary rules* que assumiu maior relevo

---

<sup>184</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 155.

<sup>185</sup> Otto *apud* Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 156.

<sup>186</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. pp. 137 e 138.

<sup>187</sup> Cfr. Herrmann *apud* Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. pp. 143 e 144.

<sup>188</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 144. Tradução nossa: “the only effectively available way”.

jurisprudencial foi a chamada cláusula da *good faith*<sup>189</sup> que na prática acorreria a anular o relevo prático-jurídico em áreas significativas de irregularidades da polícia<sup>190</sup>.

Na doutrina norte-americana prevalece o entendimento que as proibições de prova, somente estão dirigidas aos Agentes do Estado, isto é às entidades policiais. Em relação aos particulares existe uma plena liberdade de obtenção de provas, não havendo qualquer obstáculo à sua valoração, ainda que obtidas à custa de fraude ou coacção, apropriação indevida, intromissão na casa alheia, etc.. Chegando-se ao ponto de que provas ilicitamente obtidas por particulares são consideradas bem-vindas para o processo devido ao seu qualificado valor probatório<sup>191</sup>.

Todavia assim não será se o particular actuar no interesse e sob a direcção das autoridades processuais, nestes casos o particular encontra-se sujeito ao regime das proibições de prova por forma a evitar que as entidades policiais recorram a particulares para contornarem a violação de direitos fundamentais<sup>192</sup>.

### 2.5.3. O Direito Português

Em Portugal, a questão suscitada, nesta secção, não deixa de ser contestada. Em relação aos meios de prova é ponto assente que a proibição vincula tanto as instâncias formais de controlo como os particulares, em relação aos métodos proibidos de obtenção de prova a questão deixa muitas dúvidas no ar.

No ordenamento jurídico português, muito próximo do direito alemão, são poucos os Autores que tomam uma posição em relação aos métodos proibidos de prova, sendo a maioria possuidora da opinião que este regime também vincula os particulares, em especial na parte em que contende com os direitos fundamentais.

A CRP, no art. 18.º, estabelece a vinculação directa não só das entidades públicas assim como as entidades privadas aos direitos liberdades e garantias<sup>193</sup> dos cidadãos. Como ensina GUEDES VALENTE a aplicabilidade directa e a vinculação constitucional dos entes públicos e privados quanto aos DLG's "*implica que os bens jurídicos fundamentais ao*

<sup>189</sup> Excepção da boa fé – apenas se aplica nos casos de buscas e apreensões em que faltando mandado ou consentimento do visado, seria admissível a valoração das provas obtidas, se verificasse que os policiares agiram de boa fé e que existiam circunstâncias urgentes para a recolha desse meio de prova.

<sup>190</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. pp. 140 - 144. Para aprofundar este tema conferir Thiago Ávila. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. 2006. p. 147 e ss.

<sup>191</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*....1992. p. 153.

<sup>192</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. p. 154. Neste ponto, concreto, o sistema alemão apresenta uma solução idêntica, no sentido de submeter ao regime de proibições as provas obtidas por particulares .

<sup>193</sup> Sobre o assunto cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa*. 2007. pp. 384 - 388.

*desenvolvimento do homem em comunidade (...) sejam consagrados no próprio texto constitucional*<sup>194</sup>.

Para COSTA ANDRADE, de longe o especialista que mais se refere a este tema, os destinatários das normas sobre os métodos proibidos de prova são, em primeira linha, os agentes de instância formais. Todavia entende, ainda, que este tipo de agressões também possam advir por parte dos particulares, e apresenta um conjunto de argumentos para corroborar a sua posição, no sentido de afastar a consideração que os métodos relativos às proibições de prova são exclusivamente destinados a entes públicos<sup>195</sup>.

Para o referido Autor, o art. 126.º, do CPP, não contém qualquer referência às instâncias formais de controlo como sendo os destinatários exclusivos das proibições de prova. O art. 126.º, inscreve-se no livro Da prova, onde, a par de preceitos válidos na direcção das autoridades processuais, se encontram proibições aplicáveis, também, a particulares. Mal se compreenderia que, por um lado, o legislador português precludisse sem mais a valoração de meios de prova, gravações e fotografias, obtidas por particular através de um atentado ao direito à palavra ou à imagem; e, por outro lado, e ao mesmo tempo, admitisse as provas logradas por particulares à custa de atentados tão intoleráveis a eminentes bens jurídicos pessoais como os previstos no art. 126.º, do CPP<sup>196</sup>.

Em relação aos particulares, estes não estão legitimados a realizar gravações sem o consentimento de quem de direito, mesmo que tenham como objectivo a realização de fins de direito processual penal, como a realização da justiça<sup>197</sup>, sendo que para ARZT “*os interesses da comunidade, em especial os de uma eficaz perseguição penal não justificam a gravação secreta feita por um particular*”<sup>198</sup>.

Outro Autor que se dedica ao assunto é PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, concordando com COSTA ANDRADE, ao afirmar que, “*os sujeitos activos os métodos proibidos de prova não são apenas os agentes do Estado e os particulares que agem sob a sua orientação, mas também quaisquer particulares*”<sup>199</sup>.

Em relação à jurisprudência analisada, os tribunais têm decidido no sentido de considerar os particulares sujeitos ao regime das proibições de prova, excepção é o acórdão

<sup>194</sup> Guedes Valente. *Escutas Telefónicas – da Excepcionalidade à Vulgaridade*. 2.ª Ed.. Coimbra. 2008. p. 134.

<sup>195</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*....1992. p. 197.

<sup>196</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. pp. 197 e 198.

<sup>197</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre a valoração, como meio de prova*.... 1984. p. 612.

<sup>198</sup> Arzt *apud* Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*.... 1992. pp. 197 e 198.

<sup>199</sup> Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código de Processo Penal*.... 2009. p. 318.

do TRP<sup>200</sup>, datado de 03 de Fevereiro de 2010, onde a solução foi contrária à doutrina existente. Decidiu o tribunal que os particulares não são destinatários das normas sobre os métodos proibidos de prova.

O caso refere-se ao recurso de um arguido, suspeito da prática de vários ilícitos, entre os quais roubo qualificado (art. 204.º, do CP), e de entre as provas arroladas para o processo encontrava-se uma gravação feita através de CCTV particular instalado num centro comercial. O arguido suscitou a nulidade dessa gravação por violação do art. 26.º, da CRP, e o art. 126.º, n.º 3 e 4, do CPP. O tribunal em causa entendeu pela admissibilidade da referida prova, não identificando o problema da prova ter sido trazida por particular para o processo.

Entendeu, ainda, o tribunal *a quo*, que o direito do arguido tutelado através do art. 32.º, n.º 8, da CRP, e do art. 126.º, n.º 3, do CPP, não lhe podia de modo algum permitir desabonar outros direitos, “*a protecção da vida privada deste cidadão/arguido não é tão abrangente que lhe permita, impunemente, a coberto de normas que visam a defesa desse direito fundamental, pôr em causa outros direitos fundamentais de terceiros*”. No entanto, esclareceu o tribunal que, os particulares também devem respeito à imagem dos outros, decorrendo esse dever não de qualquer norma processual, mas sim da lei penal. Essa prova seria inadmissível se, nos termos do art. 167.º, do CPP, se traduzisse numa ilicitude penal (art. 199.º, do CP).

MARIA JOSÉ MORGADO partilha da opinião do tribunal, quando esclarece que “*se existir um crime o direito à imagem e à privacidade não pode prevalecer, mais ainda se for do agressor, por exemplo. No processo toda a gente pode alegar em sua defesa toda a parafernália de direitos que estão consagrados, mas a questão é saber se detêm ou não razão (...). O direito à imagem não prevalece sobre o crime cometido*”<sup>201</sup>.

<sup>200</sup> Ac. do Tribunal da Relação do Porto, proc. n.º 371/06.05, Consultado em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/6d4ef3fcf7284443802576cb004dcf1a?OpenDocument>, no dia 24 de Setembro de 2012.

<sup>201</sup> Conforme referido por Maria José Morgado. Para mais informações cfr. Anexo 2.

## CAPÍTULO 3 – DAS IMAGENS À PROVA DIGITAL

---

### 3.1. Introdução Capitular

Atendendo ao que já se expôs, neste capítulo irá fazer-se alusão às imagens recolhidas nas redes sociais como sendo a notícia do crime, sendo esta considerada o “*embrião da questão penal*”<sup>202</sup>, pois a mesma incorpora a substância da comunicação do crime ao MP, afim de este dar início ao processo. Mas colocando a possibilidade de quando a notícia do crime é indevidamente alcançada, o processo jamais ser válido.

De seguida, aborda-se o regime de obtenção de prova electrónica/digital, por ser patente e fundamental a problematização dos limites em que se poderá convergir aquando da recolha deste tipo de prova. Aborda-se a LC, como sendo a base legal para a recolha das imagens colocadas a circular nas redes sociais, pois sem a sua entrada em vigor não existiam normas específicas que regulamentassem a obtenção do meio de prova electrónica/digital<sup>203</sup>. Ainda nesta secção, obrigatoriamente se debate a necessidade de o OPC possuir mandado do JIC quando a prova se encontra num perfil *offline*, ou seja, não se encontra disponível ao público em geral.

Essencial, ainda para este trabalho, é o reconhecimento da potencialidade das imagens obtidas nas redes sociais como fonte auxiliar da do processo-crime, impondo-se estudar o seu valor e validade enquanto prova electrónica/digital, no contexto do actual ordenamento jurídico nacional.

Por último e como ponto-chave para este trabalho, é a questão levantada, como ponto de partida desta Dissertação, à qual se procura dar uma resposta sobre a possibilidade ou não de aproveitamento no processo de imagens recolhidas nas Redes Sociais e que foram ilicitamente obtidas. Embora a ilicitude da prova já exista, as consequências processuais que recaem sobre a prova ilícita só se verificarão após identificada e declarada processualmente a sua ilicitude. A solução apresentada não será certamente consensual e pacífica pois procura-se justificar uma ponderação mais permanente dos interesses em causa.

---

<sup>202</sup> Franco Cordero *apud* Parecer da PGR, n.º 45/2012. p. 14.

<sup>203</sup> Cfr. Pedro Verdelho. *A Obtenção de Prova no Ambiente Digital*. 2004. p. 122.

### 3.2. As Imagens (I)lícitas como Notícia de um Crime

O processo penal português possui uma estrutura acusatória<sup>204</sup>, em que é composto, como referido anteriormente, por três fases processuais clássicas, o inquérito<sup>205</sup>, a instrução (é facultativa) e o julgamento. O facto de o processo penal se encontrar dividido por três fases distintas, não fragmenta as suas finalidades.

Em cada fase processual ocorrem actos distintos, entre si, mas que concorrem para o mesmo fim: a descoberta da verdade e a realização da justiça. O alcançar dos fins do processo penal depende numa primeira instância da obtenção da notícia do crime, (e não no momento do cometimento do crime; esse é o momento da realização do direito penal) e da promoção do processo por parte do MP<sup>206</sup> – despacho de abertura de inquérito. O MP, entidade com a legitimidade<sup>207</sup> para promover o processo, só pode dar início a este quando chega à sua posse a notícia do crime<sup>208</sup>.

A notícia do crime<sup>209</sup> tem que ser objecto de uma delimitação negativa relativa à exigência de se referir a um facto histórico, específico que constitua a mola idónea para o desenvolvimento da investigação. Deve referenciar um acontecimento histórico que permita de uma forma geral delimitar ou identificar os factos que constituem o crime e que suscite uma apreciação de instâncias judiciais com competência em matéria de repressão

<sup>204</sup> Cfr. *supra* – “1.2.2. O Modelo Processual Penal Português”.

<sup>205</sup> No inquérito a estrutura acusatória do nosso processo reflecte-se em dois planos essenciais: *a)* autonomia entre o MP e o JIC (órgão decisor em sede de restrição de DLG); *b)* o princípio que as provas recolhidas nesta fase não o são em sentido estrito, pois devem ser adquiridas em contraditório. Numa perspectiva funcional, o inquérito é uma fase específica processual devido à correlação de três factores: Notícia do crime; investigação do crime e decisão sobre o exercício da acção penal por parte do MP. Cfr. Parecer da PGR, n.º 45/2012, pp. 13 - 26.

<sup>206</sup> Conferir CPP, art. 48.º, está-se perante o Princípio da Oficialidade. A falta de promoção do inquérito por parte do MP gera uma Nulidade Insanável, conforme o preceituado no art. 119.º, al. *b)* do CPP.

<sup>207</sup> Legitimidade “*é a situação em que se encontra uma (...) entidade perante um interesse em poder defende-lo. A legitimidade processual é a posição da parte que lhe permite peticionar, alegando um direito, ou contestar a posição de outrem*”. Henrique Eiras. *Processo Penal Elementar*. 2010. p. 17.

Esta legitimidade, conforme o art. 48.º do CPP, encontra-se restringida quando estamos perante crimes *semi-públicos* ou *particulares*. Crimes *semi-públicos* são os crimes em que é necessário o ofendido, ou de pessoa legitimada para o efeito, apresentar queixa para o MP poder iniciar a investigação dos factos. Nos crimes *particulares* o procedimento criminal depende de acusação de particular do ofendido, ou de pessoa legitimada para o efeito, e da constituição como assistente por parte titular de direito, só após estes tramites legais é que o MP pode investigar, sendo que só pode deduzir acusação depois de o assistente ter deduzido acusação particular. Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código de Processo Penal*.... 2009. pp. 146 - 148.

<sup>208</sup> Conforme o preceituado no CPP nos arts. 241.º a 244.º, para além do MP, também a AJ, os OPC e as demais entidades policiais podem recolher por iniciativa própria ou através de denuncia a notícia de um crime. Não sendo a notícia colhida pelo MP, por conhecimento próprio, as restantes entidades dispõem do prazo máximo de 10 dias para transmitir a notícia ao MP, nos termos do preceituado no art. 245.º do CPP.

<sup>209</sup> É materializada num *Auto de Notícia*, sendo um documento que faz prova dos factos dele descritos. Conferir CPP, art. 243.º, relativamente ao que deve constar num auto de notícia.

criminal<sup>210</sup>.

O MP adquire a notícia do crime por: a) conhecimento próprio, isto é, de forma directa e imediata, alongando-se aos órgãos de comunicação social, onde se incluem as fontes abertas, nomeadamente as redes sociais e até mesmo por rumores públicos que circulem; b) auto de notícia do OPC; c) denúncia obrigatória (art. 242.º, CPP) ou facultativa (art. 244.º, CPP)

Aos OPC<sup>211</sup> compete-lhes coadjuvar as autoridades judiciais com vista à realização das finalidades do processo<sup>212</sup>, dando-lhes apoio, realizando as diligências e investigações a si incumbidas. Todavia, quando se refere à coadjuvação, esta faz-se em *stricto sensu*, nunca prevendo uma permuta de competências indelegáveis do MP, porque estar-se-ia a violar uma norma constitucional<sup>213</sup>, assim, como os princípios<sup>214</sup> da lealdade e boa-fé<sup>215</sup>, essenciais entre estas duas entidades na procura da justiça e da verdade material. Mesmo por iniciativa própria, devem os OPC, colher a notícia dos crimes e realizar as medidas cautelares e de polícia<sup>216</sup> de acordo com os arts. 248.º e seguintes do CPP. Devem, ainda, os OPC realizar essas diligências sem prejuízo da comunicação da notícia do crime ao MP no mais curto prazo de tempo sem exceder os 10 dias<sup>217</sup>. Este acto de acordo com DÁ MESQUITA constitui um momento essencial de obrigatoriedade de comunicação ao MP<sup>218</sup>.

No entendimento de GUEDES VALENTE é uma atribuição os OPC comunicar toda a notícia de crime que presenciem ou tenham conhecimento pois existe o ónus de denúncia obrigatória para todos os crimes quer seja de natureza pública, semi-pública ou particular. Não sendo competência dos mesmos qualificar o tipo e a natureza do crime<sup>219</sup>, sendo esta competência atribuída ao MP, *dominus* do processo.

Posição semelhante possui PAULO MATTA quando defende que os OPC devem

<sup>210</sup> Cfr. Luigi Carli apud Parecer da PGR, n.º 45/2012. p. 14.

<sup>211</sup> De acordo com o CPP, art. 1.º, al. c) OPC são todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judicial ou determinados pelo CPP.

<sup>212</sup> Conferir CPP, art. 55.º, n.º 1.

<sup>213</sup> Conferir CRP, art. 219.º

<sup>214</sup> Para GUEDES VALENTE “os fins do processo alcançam-se desde que os operadores da justiça procedam não só de forma legal, segundo critérios de objectividade (...) mas, fundamentalmente, quando a sua actuação é regida e orientada por princípios deontológicos”. Guedes Valente. *Processo Penal*.... 2010. p. 194.

<sup>215</sup> Princípio consagrado na CRP, art. 266.º, n.º 2. Este princípio visa criar um clima de confiança entre o MP e os OPC, com vista a realização das finalidades do processo. Cfr. Guedes Valente. *Teoria Geral do direito Policial*. 2.ª Ed. Coimbra. 2009. pp. 155 - 157.

<sup>216</sup> Conferir CPP, art. 55.º, n.º 2.

<sup>217</sup> Conferir CPP, art. 248.º, n.º 1.

<sup>218</sup> Cfr. Paulo Dá Mesquita. *Polícia Judicial e Ministério Público - Notas para o enquadramento das suas relações e funções no sistema português*. 2007. p. 82.

<sup>219</sup> Cfr. Guedes Valente. *Processo Penal*.... 2010. pp. 284 – 286.

comunicar todo e qualquer tipo de “*potencial ilícito criminal*” do qual tenha conhecimento, pois “*saber se uma situação íntegra ou não, manifestamente ou não, um ilícito criminal, é um juízo que o MP realiza no âmbito de um processo*”<sup>220</sup>.

Já MAIA GONÇALVES refere que “*a obrigatoriedade de denúncia para as entidades policiais relativamente aos crimes que tomarem conhecimento é só relativamente a crimes públicos*”<sup>221</sup>. Contudo, tal entendimento parece revogado aquando da reforma do CPP de 2007, que reformulou o art. 242.º, n.º 3, e fez constar que, quando se referir a crime cujo procedimento dependa de queixa (crime semi-público) ou acusação particular (crime particular), a denúncia só dá lugar a instauração de inquérito se a queixa for apresentada no prazo legalmente previsto, isto é, é dado como adquirido que a comunicação da notícia do crime não exige a presença de um crime público, pois pressupõe-se a instauração de inquérito (se feita a queixa no prazo de seis (06) meses) nos casos de crimes semi-públicos e particulares, o que vem de encontro à posição defendida por GUEDES VALENTE e PAULO MATTA.

Se para suprimir tal conflito doutrinário não bastar tal interpretação, valha-se o art. 248.º, do CPP, que incide sobre a comunicação da notícia do crime e, no seu n.º 2, declara a obrigatoriedade de transmissão das notícias de crime ainda que “manifestamente infundadas” por parte do OPC ao MP, pelo que, num raciocínio de analogia, não faz sentido que se tenham de transmitir notícias infundadas e não se transmitam notícias em que se está perante um ilícito penal, quiçá mais credíveis, mesmo que obtidas de forma não clara.

A questão levantada é se as imagens, que mostram um facto típico e ilícito, qualificado como crime, (i)licitamente obtidas, e colocadas nas redes sociais, e que os OPC tenham conhecimento devem também ser transmitidas ao MP para este dar abertura de inquérito?

Esta problemática (gravações ilícitas e/ou devassa da vida privada) não pode ser vista de forma restrita, não se pode afirmar esse tipo de imagens não são admitidas no processo, nem sequer como ponto de partida para uma investigação criminal. Não descredibilizando a opinião de certos Autores, pensa-se que os vídeos que retenham crimes podem/devem ser utilizados como notícia de um crime, sendo responsabilidade das autoridades competentes, MP e OPC procurar durante o processo outro tipo de provas, que possam comprovar ou não os factos visionados.

<sup>220</sup> Paulo Saragoça da Matta. *Old Ways And New Needs? ou New ways And Old Needs?*. 2010. p. 23.

<sup>221</sup> Maia Gonçalves *apud* Guedes Valente. *Processo Penal*.... 2010. p. 285.

Como refere MARIA JOSÉ MORGADO no caso *facebook*<sup>222</sup> as imagens “*serviram de prova, elas (as raparigas que agrediram) eram arguidas, as imagens eram imagens que se tinham tornado públicas, por força da divulgação no facebook. E eram imagens da prática de um crime (...) serviram para instalar o inquérito, a notícia do crime eram as imagens. Tanto para instaurar inquérito no processo comum como para o inquérito tutelar, no Tribunal de Família e Menores, no caso de menores. As imagens estão na televisão, nos jornais, nas redes sociais.*”<sup>223</sup>.

O OPC deve comunicar a notícia do crime, como *supra* referido, mesmo que tenha conhecimento que aquela gravação foi feita sem o consentimento dos intervenientes, pois, não são o órgão titular da acção penal, nem têm como competência decidir o fundamento ou não e o destino a dar as imagens que mostram um ilícito penal. Ao MP é que compete avaliar os factos. De acordo com PAULO PINTO de ALBUQUERQUE esta situação procura evitar quaisquer pretensões cognitivas por parte do OPC<sup>224</sup>. A comunicação da notícia do crime, *maxime* de todos os crimes, trata-se, pois, de um poder/dever irrenunciável, uma obrigação que incumbe o OPC a exercer esse poder em benefício da própria comunidade.

### 3.3. Recolha das Imagens como Prova Electrónica/Digital

Conforme já foi referido neste trabalho, o processo penal é “*baseado na dignidade da pessoa humana, no respeito e na garantia da efectivação dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos (...) [aplicando a] lei penal aos casos concretos, procurando garantir que nenhum responsável passe sem punição (impunitum nom relinqui facinus) nem nenhum inocente seja condenado (innocentum nom condemnari)*”<sup>225</sup>. Um Estado de Direito Democrático deve possuir um processo equilibrado entre o seu próprio direito de punir e os DLG’s dos intervenientes no, mesmo, processo.

É neste sentido que se afirma que toda a prova carreada para o processo, deve ser

<sup>222</sup> O caso *facebook* remonta a Maio de 2011, quando uma adolescente foi “espancada” por outras duas, na zona de Benfica, em Lisboa. Os factos foram filmados por alguns dos arguidos e depois colocados no Facebook onde se assistia a duas raparigas a baterem numa terceira, enquanto cinco rapazes galanteiam-se, alguns incitando e dois registam as imagens nos seus telemóveis. Processo-crime instaurado pelo MP no dia 25 de Maio de 2011, o qual ordenou a realização das diligências urgentes para a recolha de prova, tais como, identificação dos intervenientes na gravação, protecção da ofendida. Como consequência, do acto do MP foram realizadas buscas para recolher prova, entre quais telemóveis e computadores dos agressores, com o fundamento de que poderiam conter imagens e gravações que foram expostas no domínio público e que poderiam servir como prova em sede de julgamento.

<sup>223</sup> Conforme referido por Maria José Morgado. Para mais informações cfr. Anexo 2.

<sup>224</sup> Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código de Processo Penal....* 2009. p. 648.

<sup>225</sup> Fernando Gonçalves; Manuel J. Alves. *A Prova do Crime....* 2009. p. 13. Neste sentido ver *supra* Princípio da Presunção da Inocência.

de acordo com a Lei, e por meios de obtenção<sup>226</sup> de prova válidos<sup>227</sup>, tem como objectivo a descoberta da verdade e a preparação de elementos de prova que possam ser produzidos em sede de julgamento<sup>228</sup>, devendo ser bem substanciada de forma a convencer o juiz, ajudando-o na sua livre apreciação e convicção aquando da tomada de decisão<sup>229</sup>.

No actual ordenamento jurídico português existe um conceito muito amplo e heterogéneo de documento<sup>230</sup> para efeitos de prova. Segundo PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, uma das três funções do documento é a “*função probatória, isto é, o documento é apto para a prova de um facto juridicamente relevante (...) com efeito de constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica*”<sup>231</sup>. De acordo com o art. 164.º, do CPP, a forma de corporização do documento pode ser escrita ou qualquer outro meio técnico, em que se encontra uma descrição do conteúdo.

Com a chamada *Terceira Revolução Industrial* emergiu um novo conceito integrável na categoria mais ampla das provas documentais<sup>232</sup>, o conceito de prova electrónica/digital, uma área ainda pouco explorada. A ordem jurídica portuguesa<sup>233</sup> possibilita que sejam usadas como meio de prova a comunicação<sup>234</sup> transmitida pelas redes sociais e consequentemente pela internet. Quando essa comunicação se encontra guardada num computador é considerada um ficheiro informático, quer contenha texto, uma fotografia ou ficheiro de som<sup>235</sup>, estes ficheiros podem “*revelar-se importantes fontes de material probatório (...) não só quanto aos crimes especificamente cometidos no ambiente*

---

<sup>226</sup> De forma perfunctória são instrumentos ao dispor da AJ e dos OPC para dissecarem se uma determinada situação tem ou não relevância penal, obtendo meios de prova que possibilitem confirmar ou infirmar se tal acto aconteceu, de que forma aconteceu, e quem o cometeu. Para GERMANO M. DA SILVA os meios de obtenção de prova são instrumentos ao dispor das AJ e dos OPC para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos que demonstram o *thema probandi*, “apenas” recolhem esses instrumentos durante o processo. Cfr. Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal*. Vol. II. 2010. p. 280.

<sup>227</sup> Estão descritos no Título III, do Livro III, da Parte Primeira do CPP, nos arts. 171.º a 190.º.

<sup>228</sup> De acordo com o disposto no CPP, art. 355.º, n.º 1, segundo qual não valem em julgamento, nomeadamente para convicção do tribunal as provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência.

<sup>229</sup> Cfr. Pedro Verdelho. *A Obtenção de Prova no Ambiente Digital*. 2004. p. 117.

<sup>230</sup> De acordo com o CP, art. 255.º, documento corporiza-se em escrito, ou registo em disco; fita gravada ou qualquer outro meio técnico.

<sup>231</sup> Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código Penal*.... 2010. p. 751. As restantes funções, que simultaneamente constituem os elementos constitutivos da noção jurídico-penal de documento são: a) função representativa; b) função de garantia.

<sup>232</sup> Cfr. Parecer da PGR, n.º 45/2012. p. 28.

<sup>233</sup> Conforme enunciado no CPP, arts. 125.º; 179.º e 189.º.

<sup>234</sup> De acordo com a Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, alterada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de Agosto, no seu art.º 2, n.º 1, al. a) comunicação é “*qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes mediante a utilização de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público*”.

<sup>235</sup> Cfr. Pedro Verdelho. *Técnica no novo C. P. P.: Exames, Perícias e Prova Digital*. 2008. p. 163.

digital<sup>236</sup>.

O suporte digital é claramente o principal instrumento de arquivo e preservação de informação e imagens, em particular de vídeos. As imagens, filmes divulgados nas redes sociais “*integram o conceito de prova em suporte electrónico objecto de um regime especial de recolha consagrado na Lei do Cibercrime*”<sup>237</sup>.

A LC<sup>238</sup> “*é o primeiro tratado internacional sobre a criminalidade contra sistemas de computadores, redes ou dados*”, porque, com a internet e as redes informáticas, as “*fronteiras políticas e geográficas deixaram de fazer sentido*”<sup>239</sup>. Esta Lei supriu uma “*carência do ordenamento jurídico nacional relativa à recolha de prova electrónica ressaltando, de acordo com a própria exposição de motivos da proposta de lei, os problemas suscitados pela recente [2007] revisão do Código de Processo Penal*”<sup>240</sup>.

A aplicação da LC é relativamente aos crimes que ela define<sup>241</sup>, mas ainda prevê duas extensões extremamente significativas no agilizar da investigação e a punição do cibercrime: *a)* que sejam aplicadas a qualquer outro tipo de crime cometido por via de um sistema de computadores; *b)* que sejam necessário proceder à recolha de prova em suporte informático, isto é em ambiente electrónico/digital. Com esta Lei o legislador nacional criou meios de obtenção de prova digitais de forma a combater a criminalidade, seja qual a sua forma, atenta à generalização do uso de meios informáticos no dia-a-dia<sup>242</sup>.

Considera-se, por isso, confirmando a opinião de muitos autores<sup>243</sup>, que a LC foi uma revisão escondida do CPP, ao deliberar que as disposições legais constantes, na referida Lei, se aplicam a todos os processos que envolvam sistemas informáticos e também aos quais seja necessário recolher prova em suporte digital, fazendo com que o regime do CPP<sup>244</sup> quanto a este tipo de recolha de prova seja residual.

De salientar que esta Lei “criou” meios de obtenção de prova importantes para a investigação dos quais salientam-se as pesquisas<sup>245</sup> e apreensões<sup>246</sup>, com vista à

<sup>236</sup> Pedro Verdelho. *A Obtenção de Prova no Ambiente Digital*. 2004. p. 122. O Autor ainda refere que a sua recolha e utilização como meio de prova não é proibida, sendo permitida ao abrigo do art. 125.º do CPP.

<sup>237</sup> Parecer da PGR, n.º 45/2012. p. 30.

<sup>238</sup> Aprovada pela Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, que transpôs para ordem jurídica portuguesa a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adapta o direito português à Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa.

<sup>239</sup> Pedro Verdelho. *A Obtenção de Prova no Ambiente Digital*. 2004. p. 125.

<sup>240</sup> Paulo Dá Mesquita. *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*. Coimbra. 2010. p. 97.

<sup>241</sup> Enunciados no Capítulo II, arts. 3.º a 8.º da LC.

<sup>242</sup> Cfr. Pedro Venâncio. *Lei do Cibercrime...*. Coimbra. 2011. pp. 90 e 91.

<sup>243</sup> Paulo Dá Mesquita; Manuel da Costa Andrade, entre outros.

<sup>244</sup> Principalmente o enunciado no art. 189.º do CPP.

<sup>245</sup> Conferir LC, art. 15.º.

<sup>246</sup> Conferir LC, art. 16.º.

harmonização do quadro legal português com as diversas legislações dos vários Estados, de forma a permitir que os dados informáticos sejam uniformemente considerados<sup>247</sup>.

A apreensão de dados informáticos, LC, art. 16.º, e a apreensão de correio electrónico e registo de comunicações semelhantes, LC, art. 17.º, são consideradas medidas processuais aos dispor das AJ ou OPC para recolherem dados ou documentos informáticos necessários à produção de prova. A apreensão dos dados informáticos pode ser efectuada pela apreensão do suporte, pela realização de uma cópia dos dados, pela apresentação por meios tecnológicos e pela eliminação não reversível ou bloqueio do acesso aos dados.

No processo penal existe uma dimensão que não pode ser omissa sobre a natureza da intervenção dos OPC no que respeita à recolha de prova: o carácter de substituição precária da AJ a quem a Lei atribui a competência<sup>248</sup>.

As apreensões, regra geral, devem ser autorizadas por despacho de AJ<sup>249</sup>, com a excepção de: a) quando houver perigo na demora de autorização da AJ, ou; b) quando houver urgência, ou; c) no decurso de revistas ou buscas<sup>250</sup>. Sendo que nestes casos, possuem uma natureza preventiva e cautelar, devendo ser apreciadas, para validação ou não, pela AJ no prazo máximo de 72 horas.

No caso de imagens colocadas na internet, tendo o utilizador o seu perfil restrito, sendo que o acesso às suas publicações só pode ser efectuado pelos seus “amigos”, será que a respectiva apreensão pode ser autorizada pelo MP ou terá que ser pelo JIC?

A recolha deste tipo de prova deve ser enquadrada devidamente, à luz do cibercrime, à luz do CPP, porque poderá haver casos em que basta o despacho do MP, e casos em que tem que haver despacho do JIC.

Em termos práticos se for previsível que no decorrer de uma busca se irá encontrar numa máquina imagens reveladoras de um ilícito, deve previamente solicitar-se junto do JIC a autorização de apreensão dessa eventual prova, opinião partilhada por MARIA JOSÉ MORGADO quando afirma que “*no caso do Perfil do utilizador das redes sociais em que se encontra reservado aí é conveniente que seja o JIC de forma a evitar nulidades. São dados recolhidos em meio digital, tem que seguir o regime do art. 11.º da Lei do Cibercrime, logo tem que ser por ordem do Juiz. A Polícia propõe ao MP que por sua vez propõe ao*

<sup>247</sup> Cfr. Benjamim Silva Rodrigues *apud* Pedro Venâncio. *Lei do Cibercrime...* . Coimbra. 2011. p. 111.

<sup>248</sup> Cfr. Parecer da PGR, n.º 45/2012. p. 32.

<sup>249</sup> O MP pode autorizar apreensões que não sejam da competência exclusiva do JIC, competindo nomeadamente a este último, as apreensões enunciadas nos arts. 179.º, n.º 1; 180.º; 181.º; 268.º, n.º 1, al. c) e 269.º, n.º 1, al. d), ambos do CPP. Ao Juiz de julgamento compete nos termos do art. 340.º do CPP. Cfr. Guedes Valente. *Processo Penal...* 2010. p. 437.

<sup>250</sup> Conferir CPP, art. 178.º, n.º 3 e 4.

JIC (...) a apreensão das imagens”<sup>251</sup>.

Considerando as imagens difundidas nas redes sociais como sendo dados de conteúdo, porque representam factos, informações ou conceitos e que diz respeito ao teor da comunicação, ao seu emissor e seu receptor, podem, com base na LC, serem preservados de forma expedita, por OPC, quando exista perigo na demora ou com autorização da AJ<sup>252</sup>. De acordo com PEDRO VENÂNCIO esta medida deve ser analisada e aplicada em consonância com as restantes medidas de obtenção de prova, pois em muitos aspectos práticos elas se relacionam e complementam<sup>253</sup>. Em todo o caso, esta possibilidade confere ao investigador a capacidade de ordenar a preservação de informação essencial, que a não ser de imediato acautelada, se perderia<sup>254</sup>.

A grande dificuldade existente para a recolha e obtenção deste tipo de prova, prende-se, em particular, com a sua “*aparente imaterialidade*” ou “*invisibilidade*”<sup>255</sup>, devido à desmaterialização dos documentos, à sua dispersão pelas redes (por toda a internet) e ao seu carácter, por vezes, temporário e volúvel. Em ambiente digital é difícil identificar e localizar a informação que importa apreender, ao contrário de quando se efectua uma busca em ambiente físico.

### 3.4. Valor e Validade da Prova Electrónica/Digital

No âmbito do presente trabalho, mesmo de uma feição mais teórica, importa conhecer a utilidade e validade das imagens recolhidas nas redes sociais em que estamos perante um ilícito penal, como prova electrónica/digital. Está-se perante um crime já praticado, e que não se encontra esclarecido, sendo necessárias medidas específicas por parte das AJ e dos OPC para o investigar. Está-se na fase da Investigação Criminal, fase em que se procura desvendar como tal ilícito foi praticado<sup>256</sup> e é nesta etapa que se reveste de extrema importância a prova recolhida até ao momento, sendo necessário que esta seja recolhida de forma processualmente aceite, pois poderá servir para acusar ou inocentar os

<sup>251</sup> Conforme referido por Maria José Morgado. Para mais informações cfr. Anexo 2.

<sup>252</sup> Conferir LC, art. 15.º.

<sup>253</sup> Cfr. Pedro Venâncio. *Lei do Cibercrime...*. Coimbra. 2011. p. 99.

<sup>254</sup> Cfr. Pedro Verdelho. *A Obtenção de Prova no Ambiente Digital*. 2004. pp. 126 e 127.

<sup>255</sup> Benjamim Silva Rodrigues. *Das Escutas telefónicas - à Obtenção de Prova [em Ambiente]Digital*. Tomo II. Coimbra. 2009. p. 576. Para o referido Autor está em causa a “*dificuldade do investigador (...) que implica o uso de determinadas técnicas e conhecimentos científicos que, ao não estarem presentes, não só não permitem captar tal tipo de prova, como levarão à sua perda ou alteração, visto que o investigador pensa que a mesma não está presente e, muitas vezes, introduz-lhe alterações significativas e invalidantes da sua força probatória em juízo*”.

<sup>256</sup> São seis as questões essenciais a que a Investigação Criminal procura responder, sendo Quem? O que? Como? Onde? Quando? E Porque?

suspeitos. Sendo a posteriori verificada a ilicitude, ou não, da sua produção

Fazendo-se *jus* às palavras de BENJAMIM SILVA RODRIGUES “a prova electrónica/digital pode definir-se como qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada (...) ou transmitida [em sistema e redes informáticas, privadas ou publicamente acessíveis], sob a forma binária ou digital”<sup>257</sup>. As imagens gravadas e colocadas a “circular” nas redes sociais podem e devem-se enquadrar nesta definição polissémica.

Nesta linha de pensamento a prova electrónica/digital ganha credibilidade e utilidade na investigação criminal. Este tipo de prova, devido as suas características pode ser extremamente importante para o processo, porque actualmente vive-se “numa sociedade de informação e não podemos afastar as imagens de fazer prova da prática de um crime, quando é a própria tecnologia da informação utilizada para divulgar os crimes, também deve ser utilizada para combater esses crimes”<sup>258</sup>.

Para PAULO DÁ MESQUITA a prova electrónica/digital apresenta uma maior fiabilidade no seu aceso, permitindo também avaliar de forma mais correcta a fidedignidade, isto comparando com a prova documental. Isto porque a informação ou é a original, ou apresenta um “lastro informático”<sup>259</sup>, podendo/devendo o investigador seguir esse rasto. As imagens recolhidas, de acordo com Lei<sup>260</sup>, das redes sociais podem ser, e considera-se que sim, imprescindíveis à demonstração da existência e verificação de um facto típico e ilícito.

Pelos factos acima enunciados, as imagens recolhidas nas redes sociais, consideradas prova electrónica/digital devem ser apreciadas pelo juiz<sup>261</sup>, segundo o CPP, art. 127.º, ou poderá então ser alvo de uma perícia, sendo valorada autonomamente. Neste tipo de ambiente, as perícias são muito importantes, pois, por um lado, a opinião dos técnicos e dos peritos especialistas na matéria ajuda o investigador a perceber os factos e descobrir os seus autores, por outro lado, facilita a produção da prova e a precepção desses factos em sede de julgamento<sup>262</sup>.

Este tipo de prova merece toda a atenção por parte das AJ, “devendo ser

<sup>257</sup> Benjamim Silva Rodrigues. *Das Escutas telefónicas - à Obtenção...*. Coimbra. 2009. p. 573.

<sup>258</sup> Conforme referido por Maria José Morgado. Para mais informações cfr. Anexo 2.

<sup>259</sup> Cfr. Paulo Dá Mesquita. *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*. Coimbra. 2010. p. 93.

<sup>260</sup> De acordo com o CPP, art. 167.º, n.º 2, não se consideram, nomeadamente, ilícitas para os efeitos previstos no n.º 1, do mesmo artigo, as reproduções mecânicas que obedecerem ao disposto no título Dos Meios de Obtenção da Prova do CPP. Ou seja, se as imagens forem recolhidas de acordo com o disposto no referido título possuem valor probatório.

<sup>261</sup> Princípio da Livre apreciação da Prova – *vide supra* – “1.3.2. Princípios Relativos à Prova”.

<sup>262</sup> Cfr. Pedro Verdelho. *A Obtenção de Prova no Ambiente Digital*. 2004. pp. 120 e 121.

produzidas, reproduzidas ou examinadas no momento de plena jurisdição, o julgamento, com respeito das garantias de defesa e contraditório”<sup>263</sup>.

### 3.5. Possibilidade da Valoração de Imagens (I)licitamente Captadas e Colocadas nas Redes Sociais

Como referido anteriormente, *vide* Proibições de Prova e Vinculação dos Particulares ao Regime das Proibições de Prova, ficou demonstrado qual a doutrina vigente que reúne mais consenso sobre o *thema*, e da qual se infere que as provas obtidas, p.e. imagens, por particulares em violação do disposto nos arts. 32.º, n.º 8, da CRP, e 126.º, do CPP são nulas.

Começa-se por destacar que em caso algum se aceita da produção de provas ilícitas. Esta Dissertação foca-se no momento posterior à violação de produção da prova (gravação de imagens de forma ilícita) e pretende demonstrar casos em que, apesar da violação da produção, ainda assim esta prova poderá ser utilizada e valorada em sede de julgamento. A possibilidade de se “aproveitar” prova ilícita destina-se a um processo penal repressivo.

Defende-se que, mantendo-se o actual regime das proibições de prova enunciado nos art. 32.º, n.º 8, da CRP, e art. 126.º, do CPP, será muito difícil, para não se dizer impossível, que os aplicadores do Direito assumam posição e a necessária coragem para enfrentar o próprio Direito, mesmo, quando este se pode considerar que este se encontra em desconformidade com o objectivo para que foi criado e edificado, a realização da justiça. Uma alteração/revisão<sup>264</sup> às normas legais *supra* enunciadas possibilitaria a abertura a um regime excepcional e pontual, em que bens constitucionalmente relevantes não sejam ocultados por outros, às vezes de menor relevância para o caso em concreto.

A possibilidade de valoração das provas aqui em apreço, ainda que ilicitamente obtidas, tem ocorrido em alguns ordenamentos jurídicos, incluindo em Portugal. Pode dizer-se que existe uma certa abertura nos casos em que é prescrita uma nulidade como resultado da infracção das normas de produção de prova, sem que se preveja a proibição de utilização e valoração. Nestes casos vislumbra-se um conflito de interesses<sup>265</sup>, ao objectivo de realização da justiça e a procura da verdade contrapõe-se os direitos fundamentais dos

<sup>263</sup> Parecer da PGR, n.º 45/2012. p. 26.

<sup>264</sup> Não se propõe uma alteração às normas *supra* enunciadas, pois é um tema complexo e poderia ser alvo de um futuro trabalho devido à sua importância e complexidade, mas como se afirma, sem esta ocorrer será muito difícil existir uma ponderação de bens como aqui se pretende demonstrar. Mas as entidades aplicadores do Direito – mais concretamente o juiz – não pode ficar de braços cruzados de forma passiva, sob o pensamento de que se encontram a defender a justiça.

<sup>265</sup> Sobre este assunto conferir *supra* – “2.3. Conflito de Direitos – ponderação de interesses”.

intervenientes no processo surgindo-nos posições extremas, “*fundamentalistas, pois estamos a falar de crimes*”<sup>266</sup>.

A posição extrema à admissibilidade de provas mesmo que ilicitamente, favorável à realização da justiça, considera esta como um valor maior do Estado de Direito Democrático, vem defender a valoração de toda e qualquer prova, independentemente de como ela foi obtida, devendo as provas ser sempre aceites no processo, apresentando como consequência, a essa ilicitude, a punição da entidade ou particular que as obteve. Para os seguidores desta corrente, a prova, ainda que ilícita, consegue demonstrar a verdade que se procura alcançar com o processo. Para os defensores desta corrente, não fará sentido retirar essa prova do processo, pois na sua óptica será melhor admitir uma prova ilícita do que deixar um infractor sem castigo<sup>267</sup>.

No pólo oposto, encontram-se os defensores de que toda e qualquer prova que seja afectada, mesmo pela mínima irregularidade na sua obtenção, não pode ser levada em conta para qualquer efeito, nunca podendo ser valorada, sendo inadmissível a sua aceitação no processo. Defendem que tem que existir um limite à actividade probatória sob pena de vulnerar a garantia constitucional de tutela dos Direitos Fundamentais. Entendem, ainda, que é preferível que fique impune um criminoso do que dar eficácia a uma prova obtida violando direitos defendidos constitucionalmente, sendo este o preço por se viver num Estado de Direito Democrático<sup>268</sup>.

Esta última posição é a que parece ser adoptada pelo legislador português por força da CRP, art. 32.º, n.º 8. A questão que se coloca é se deverá ser sempre assim? Se não poderá existir qualquer lesão dos direitos fundamentais em favor da justiça penal?

A resposta à questão assume grande complexidade, como bem demonstra a afirmação de SÍLVIA PATRONILHO “*por um lado, ao valorizar-se uma prova ilicitamente obtida, ainda que se atinja a verdade e a justiça no caso concreto, estar-se-á a cercear a liberdade constitucionalmente garantida, de outrem. Por outro lado, se não se admitir uma prova, pelo facto de a mesma não ter sido legitimamente obtida, estar-se a negar a verdade e consequentemente o direito e a justiça*”<sup>269</sup>.

MÁRIO FERREIRA MONTE, numa visão para o futuro do processo penal português,

<sup>266</sup> Conforme referido por Maria José Morgado. Para mais informações cfr. Anexo 2.

<sup>267</sup> Cfr. Maria Silva da F. Ramos. *A Prova Proibida no Processo Penal – consequências da sua utilização*. Consultado em <http://jus.com.br/revista/texto/7432/a-prova-proibida-no-processo-penal>, no dia 07 de Janeiro de 2013. Ver ainda Maria José Morgado. Para mais informações cfr. Anexo 2.

<sup>268</sup> Cfr. Maria Silva da F. Ramos. *A Prova Proibida no Processo Penal – consequências da sua utilização*; ver ainda Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal*. Vol. II. 2010. pp. 172 e ss.

<sup>269</sup> Sílvia Patronilho. *O Regime da Nulidade das Provas em Processo Penal*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Setembro 2003. p. 42.

defende que o paradigma actual pode, ou deve, ser alterado pela emergência dos interesses em causa. A resposta deve ser positiva em certos casos, isto porque se deverá conceder à vítima um papel que até agora não se concedeu, ainda que nunca se possa abdicar dos direitos do arguido. Para o Autor, fazendo alusão ao “peso” atribuído aos direitos fundamentais em detrimento de certas necessidades de justiça, quando há um conflito entre as antiéticas finalidades do processo, nomeadamente entre a protecção dos DLG e a descoberta da verdade material e a realização da justiça, não implica obrigatoriamente que deve ser concedida mais importância a uma finalidade do que a outra. Implica sim saber se as exigências da sociedade têm dignidade suficiente para se ponderar um abaixamento dos direitos fundamentais<sup>270</sup>.

É impossível apresentar-se uma solução isenta de desvantagens, é um desfecho impossível de lograr, mas uma solução mais justa pode passar por uma análise casuística, fazendo um estudo concreto do caso de forma a determinar qual o núcleo essencial dos interesses em causa e, de acordo com os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, fazer-se uma ponderação de interesses, que deve funcionar “*como uma balança em cujos pratos existem interesses diversos, mas dignos de tutela e em relação aos quais não é possível determinar uma ordem de prevalência*”<sup>271</sup>.

É nesta medida que a doutrina alemã funciona e aplica a ponderação de interesses baseando-se na teoria das três esferas, hoje já muito divulgada e desenvolvida no resto do mundo, e que defende essencialmente que em certas circunstâncias excepcionais poderão ser valoradas provas ilicitamente obtidas, desde que ponderado todo o caso em concreto e que prevaleça a descoberta da verdade a realização da justiça em detrimento da ilicitude da obtenção da prova.

Pela que já foi dito, o ordenamento jurídico português optou pela não valoração de qualquer prova ilicitamente obtida. No entanto relevam os casos em que só através dos meios de prova obtidos ilicitamente é que se consegue descobrir a verdade, verdade essa, que é determinante para inocentar ou não um arguido. Seguir a posição radical da não valoração de prova ilícita, analisando o caso em concreto, poderá levar-nos a decisões que vão contra o Direito, revelando assim a fragilidade da Justiça (*Quis damnare innocentem reum absolvere vel*<sup>272</sup>). Como refere COSTA ANDRADE, a admissibilidade relativa de provas obtidas ilicitamente permite uma mediação de conflitos de interesses de forma a

---

<sup>270</sup> Cfr. Mário Ferreira Monte. *Um olhar sobre o futuro do Direito Processual Penal*. Coimbra. 2009. p. 416.

<sup>271</sup> Sílvia Patronilho. *O Regime da Nulidade das Provas em Processo Penal*. 2003. p. 42.

<sup>272</sup> “Não se deve condenar inocentes, nem absolver culpados”, tradução nossa

restabelecer a paz jurídica através da perseguição penal<sup>273</sup>.

Os Direitos Fundamentais não são sinónimos uns dos outros, não tem o mesmo valor jurídico e as violações a esses direitos podem ser de diversos níveis, daí que só uma análise casuística, com a especificidade que lhe é própria, é que é possível dar uma solução que procure e que satisfaça o máximo de conciliação possível entre os dois objectivos e finalidades do processo penal *supra* enunciados.

No caso específico das provas ilícitas trazidas por particulares, seja pelo arguido como pela vítima, para o processo, e que levando-as à balança da ponderação faz todo o sentido, levar a cabo uma ponderação de modo a averiguar se será, ou não, prevalente a regra da proibição de prova sobre a descoberta da verdade e a realização da justiça. Neste propósito poder-se-á falar de ética no processo, no sentido em que será imoral quando a AJ recorre a provas ilícitas. No entanto esta situação não pode ser vista como um entrave à aceitação, em circunstâncias restritas e bem definidas a valoração de provas proibidas no processo.

Que esta aceitação deva existir, sim é o entendimento do Autor deste trabalho, não podendo é, contudo, ser aplicada de forma absoluta e/ou instintiva. Como afirma JOSÉ CARLOS MOREIRA quando se debruça sobre o carácter relativo do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas, proibição essa que não deve ser aplicada de forma automática e indiscriminadamente, a qualquer caso em que exista conflito de interesses. Deve o juiz fazer a devida ponderação e determinar qual o bem a prevalecer, qual é o bem sacrificado e em que medida essa limitação é aplicada<sup>274</sup>. Pois, como ensina VIEIRA DE ANDRADE não podemos ignorar os casos de conflito, porque a CRP protege os valores ou bens diversos que possam estar em jogo e que não será lícito sacrificar pura e simplesmente um deles em relação ao outro. A medida mais correcta para se poder comprimir cada um dos direitos (ou valores) pode ser diferente, dependendo do modo como se apresentam e das alternativas possíveis de solução de conflito<sup>275</sup>.

No entanto, devem existir limites, impostos antecipadamente à AJ, servindo de barreiras à actividade de ponderação de bens de modo a que a insegurança jurídica, trazida pela ponderação, seja mínima e aceitável. Como pano de fundo de todo o procedimento deve estar sempre a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, pois como determina o art. 1.º da CRP a República Portuguesa baseia-se na dignidade da pessoa humana. Fazer

---

<sup>273</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*....1992. p. 45.

<sup>274</sup> Cfr. José Carlos Barbosa Moreira. *A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas*. 1997/1998. p. 14.

<sup>275</sup> Cfr. Vieira de Andrade *apud* Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 10210/2008-09.

ceder um Direito Fundamental não pode significar, nunca, por em causa a dignidade das pessoas. Como vimos, e também de acordo do que acontece noutros ordenamentos jurídicos, há Direitos Fundamentais susceptíveis de serem restringidos, e quanto a esses é aceitável a ponderação de interesses proposta neste trabalho.

O que pode ser proibido logo, *à priori*, é o uso da tortura, e de todos os métodos que desrespeite totalmente o ser humano, sendo considerado absolutamente inadmissível a valoração de prova obtida mediante tortura. Isto colocaria em causa a dignidade da pessoa humana e a própria ideologia do Estado de Direito Democrático, pois não está a fazer prevalecer os Direitos Fundamentais. Também poder-se-ia exigir à AJ aquando a ponderação de valores e a valoração de prova ilícita uma fundamentação que justifique o afastamento da regra geral<sup>276</sup>. Lembra-se que a ponderação de valores deve, tão-somente, ser admissível como forma de protecção de bens jurídicos, no caso em análise, de valor superior ao que é protegido pela norma proibitiva.

Para quem não vê as decisões judiciais como forma de protecção de bens jurídicos já lesados, através da prática do ilícito penal, nega que existe uma colisão de Direitos Fundamentais individuais, existindo sim o confronto entre Direitos Fundamentais individuais e o princípio da perseguição penal do Estado. Mas, mesmo esta situação não obstaculiza à aplicação da ponderação de bens, pois os Direitos Fundamentais individuais podem ser restringidos em nome de outros Direitos Fundamentais, sempre espelhados nos princípios constitucionais. Esta afirmação ganha corpo no art. 18.º, n.º 2, da CRP, que refere que as restrições de DLG's serão admitidas na salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente defendidos.

Não se pode deixar de referir, nesta temática, o princípio da livre apreciação da prova por parte do juiz. Não significa que ele, o julgador, possa incluir neste princípio a livre apreciação de prova ilícita, mas pode-se afirmar que é inegável que o mero conhecimento de uma prova ilícita vai influenciar o julgador, o seu livre juízo é “contaminado” pela prova, mesmo que ilícita. O Juiz não pode, ou não deve, ficar indiferente ao conflito de valores em causa quando lhe é apresentada uma prova, no âmbito deste trabalho as imagens, ilicitamente obtidas. Procura-se demonstrar que uma aplicação literal dos preceitos legais que disciplinam as proibições de prova, art. 32.º, n.º 8, da CRP, e art. 126.º, do CPP, poderá ter um efeito perverso pois, por um lado, pode-se estar perante a dependência da condenação do agente em função da valoração de um meio de prova

---

<sup>276</sup> A regra geral será sempre o da inadmissibilidade de valoração de prova ilícita.

ilícita<sup>277</sup> ou, por outro lado, perante a possibilidade de absolvição de um inocente através da valoração desse meio de prova<sup>278</sup>.

Em Portugal vigora um “*sistema de prova moral*”<sup>279</sup>, em que o juiz pode construir a sua convicção, tendo como base uma prova ilícita, justificando-a com base em prova processualmente aceite. A partir do momento em que o julgador toma conhecimento de factos através de prova ilícita, a sua convicção encontra-se comprometida, pois o Homem (e não nos podemos esquecer que o juiz é Homem) não consegue apagar da sua memória a informação registada no momento que visionou a prova. Toda a prova ilícita vai interferir na convicção do julgador, mesmo o legislador (português) não o admita, e por isso mesmo, indirectamente esse tipo de prova pode ser “valorada”.

A questão levantada sobre a possibilidade de valoração, ou não, de prova ilícita, seja qual for a solução apresentada, acarretará fortes implicações ao nível empírico e ao nível dogmático da justiça penal.

Se a absolvição de um culpado, baseada em insuficiência de prova, o juiz não valorou prova ilícita, não parece que vá contra a realização da justiça. Já quanto à condenação de um inocente, proveniente da não valoração de prova ilícita, numa humilde opinião a justiça neste caso não se realizou, sendo inadmissível. Casos hipotéticos como este servem para demonstrar que pode existir um conflito axiológico em que a não valoração das provas ilícitas conduziria a uma inaceitável e total subversão da Justiça penal.

A prova é a essência capital do processo penal e o esteio da decisão judicial, logo o ordenamento jurídico deverá enveredar esforços no sentido de melhorar os meios de prova, aproximando no máximo a prova à realidade factual para que a justiça penal seja realizada com maior certeza quanto aos acontecimentos evidenciados. Quanto maior for a infabilidade, maior e mais justo será o juízo penal, facto que se pode eleger como um bastião a favor da cuidadosa, e só nos casos concretos, da valoração de prova ilícita.

---

<sup>277</sup> Está-se perante uma filmagem ilícita em que foi registada ofensas à integridade física e homicídio, sendo os remanescentes meios de prova incipientes.

<sup>278</sup> Caso de existir e conhecendo-se o conteúdo de uma carta, apreendida ilicitamente, que iliba o arguido do crime de que é suspeito, quando os restantes meios de prova são suficientes para a condenação.

<sup>279</sup> Germano Marques da Silva. *Produção e Valoração da Prova em Processo Penal*. 2006. p. 37.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

---

Com a presente Dissertação não pretendemos ser julgados como embaixadores das arbitrariedades aos direitos fundamentais. Muito pelo contrário, ao longo deste trabalho procurou-se o equilíbrio entre posições distintas e extremas, sendo que o estudo desenvolvido baseou-se nos princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade como modo de resolução dos conflitos apresentados, procurando sempre uma solução baseada no respeito integral pela dignidade da pessoa humana.

Este trabalho, enquanto trabalho científico, está aberto a apreciações críticas, abertura potenciada pelo facto do tema escolhido ser polémico e sujeito a discordâncias, seja por parte dos especialistas da doutrina, como das entidades promotoras da justiça. Espera-se que o processo argumentativo escolhido tenha seguido uma direcção de racionalidade ponderada, conhecendo a colisão de direitos e princípios implicados no tema e a necessidade da sua correta da sua harmonização.

Urge assim, apresentar as convicções enunciadas, as limitações verificadas e as conclusões a que se chegou, afirmando ou infirmando as hipóteses levantadas no início desta Dissertação.

Com este estudo assumi-se o objectivo de cooperar na possibilidade de valoração de imagens recolhidas nas redes sociais que retratam um ilícito criminal, reunindo a opinião e fundamentação de alguns dos mais reputados especialistas da doutrina e jurisprudência que se debruçaram sobre esta temática.

Face aos objectivos sugeridos no início desta Dissertação, tal não se vislumbrara uma tarefa fácil, o que efectivamente se confirmou à medida que o estudo e o trabalho foram sendo desenvolvidos. Contudo, não será despropositado nem desajustado, afirmarmos que os objectivos almejados na nossa investigação foram alcançados.

A actividade probatória visa a demonstração da realidade e a formação da convicção do juiz, mas muitas são as vezes em que tal actividade pode colidir com os direitos fundamentais dos intervenientes no processo. A verdade material, processual, não pode ser lograda a qualquer custo, não tendo um valor absoluto, pois existem proibições de prova que estabelecem regras e limites à procura da verdade.

Aparentemente, a cada proibição de produção de prova corresponde uma proibição de valoração. No entanto nem sempre assim sucederá, existindo proibições de produção de prova às quais não se encontram associadas quaisquer sanção e proibições de valoração.

No ordenamento jurídico português por força do art. 32.º, n.º 8, da CRP<sup>280</sup>, reconhece-se o efeito à distância das proibições de prova, no sentido de se considerar também ilícita prova obtida no seguimento de outra prova já ilícita. Entretanto é legítimo afirmar que existem excepções a esta regra base, imperando o entendimento de que se a norma ilícita não tiver sido capital para a descoberta da prova derivada, ou se esta tiver derivado de fonte própria, não existe contaminação de prova, logo podendo esta ser produzida em sede de julgamento e apreciada pelo juiz livremente.

Em Portugal, a vinculação dos particulares ao regime das proibições de prova não é um tema pacífico. Nos sistemas jurídicos analisados no presente trabalho (Alemanha e EUA), os particulares não se encontram sujeitos a este regime e, como tal, as provas obtidas, mesmo que ilícitas, podem ser acareadas e valoradas no processo. Tais regras são unicamente direccionadas aos agentes estatais promotores da justiça. No direito nacional a doutrina e jurisprudência, na sua maioria, têm entendido os particulares como sendo, também, destinatários das proibições de prova, pelo menos quando a respectiva actividade entre em conflito com os direitos fundamentais dos intervenientes no processo.

Por nossa parte consideramos os particulares sujeitos às regras impostas pelas proibições de prova quando participam na actividade de busca da verdade material. Tal como os agentes promotores de justiça, também se encontram como possíveis agressores de direitos fundamentais. Quando se exige uma eficaz tutela dos direitos fundamentais não se pode impor tal facto apenas aos entes públicos, mas sim a todos aqueles que possam ameaçar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ainda que ilicitamente obtidas, as provas produzidas por particulares, sendo o caso das imagens captadas e depois colocadas a circular nas redes sociais em que estamos perante um ilícito penal, podem ser, em nosso entender, aceites e valoradas no respectivo processo tendo como o princípio da ponderação, sendo cada caso analisado individualmente. No direito vigente nos Estados Unidos da América e na Alemanha, esta questão não é sequer colocada, pois a actividade probatória exercida pelos particulares não reconhece limites impostos pela Constituição nem pelo Direito Processual Penal, como acontece em Portugal.

Em Portugal cultiva-se um sistema garantístico, mas este não o deixará de o ser só porque admite excepções. As garantias no processo nunca são excessivas. O seu uso pode, esse sim, ser exacerbado ou abusivo. É entendimento de que um “excesso de garantismo”

---

<sup>280</sup> Este artigo comina com a nulidade de “todas as provas”, independentemente do grau de obtenção de tal prova.

pode ter efeitos contrários ao que o legislador nacional pretendia. Um Processo Penal totalmente garantista poderá chocar contra a evolução vivida pela sociedade e à evolução jurídica.

No caso português, a valoração de prova obtida de forma ilícita não é assunto pacífico. Parte da doutrina analisada, manifesta-se contra a valoração desse tipo de prova e, conseqüentemente, contra qualquer tipo de ponderação de interesses que seja feita. Outra parte da doutrina, mesmo em contradição com o imposto pela CRP e pelo CPP, aceita com determinadas condições e restrições a ponderação de modo a que seja possível ao juiz valorar provas ilicitamente obtidas. Somos a favor desta última hipótese. Ainda assim, qualquer possibilidade de valoração de prova ilícita deve ser considerada casuisticamente e de forma excepcional.

A ponderação de interesses tem as suas vantagens e desvantagens, mas pode ser o único meio de se atingir a tão aclamada concordância prática das finalidades do processo penal, otimizando os valores do processo que estão em causa: a tutela dos direitos fundamentais e a descoberta da verdade e realização de justiça. O Estado não pode aplicar o seu *jus puniendi*, o direito de poder/dever de punir em nome da sociedade a quem viola uma norma jurídica, a qualquer custo, mas também se considera que a tutela dos direitos fundamentais não pode prevalecer em todo e qualquer caso, daí a necessidade de surgir a ponderação de interesses, no caso em concreto, e só para aquele caso, e determinar quais dos interesses que estão em colisão deve prevalecer.

Reconhece-se a dificuldade em descortinar o ponto de equilíbrio entre os princípios em colisão na inadmissibilidade das provas ilícitas. Neste sentido e concordando com as palavras de HASSEMER, "*mais do que apostar em impor soluções por demonstração dedutiva, este discurso há-de empenhar-se em apontar caminhos*"<sup>281</sup>.

Considera-se que essa actividade ponderadora terá sempre como limite a dignidade da pessoa humana pois longe vai o tempo em que não era respeitada. Pelo que não podemos chegar ao ponto de considerarmos os intervenientes no processo como meros objectos só para alcançar a realização de alguns dos objectivos primordiais do processo penal.

A possibilidade de admissibilidade valorativa no processo de prova ilícita não pode ser considerada como uma "via verde", pelas instâncias ao serviço do Estado, nem para os particulares para a realização de justiça, e para assim se poderem violar os direitos

---

<sup>281</sup> Hassemer *apud* Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*....1992. p. 116.

fundamentais dos intervenientes no processo, principalmente do arguido. A ponderação terá como objectivo a verificação de que, em determinados casos, existe um valor superior, um interesse maior, a proteger relativamente ao que foi violado pela proibição.

A consequência automática da ilicitude do meio de prova carreado para o processo, deverá sempre trazer consigo a responsabilização do agente infractor, seja ele agente promotor da justiça ao serviço do Estado ou particular, isto é, quem haja obtido a prova violando normas enunciadas na Lei, deve ser responsabilizado criminalmente, civilmente ou meramente disciplinar pelos seus actos, no caso em concreto das imagens analisadas neste trabalho, por força do art. 199.º, do CP.

Por fim a título de resposta às hipóteses, inicialmente fixadas, afirma-se a validade da primeira, pois as imagens, mesmos que obtidas ilicitamente, podem servir como notícia do crime, podendo as autoridades competentes procurar outras provas para serem introduzidas no processo.

A segunda e terceira hipóteses por nós levantadas são parcialmente refutadas, na medida em que o ordenamento jurídico português prevê que a obtenção de provas deve realizar-se de acordo com a Lei, pois as provas que ofendam os direitos dos intervenientes, ou se as imagens em causa foram obtidas sem o consentimento dos mesmos, consideram-se nulas, não podendo ser utilizadas no processo, salvo contra quem as obteve de forma ilícita, sendo esta a única excepção à inutilidade das imagens.

Afirmamos terem sido parcialmente refutadas porque, no nosso entender e de acordo com o que foi exposto no presente trabalho, a admissibilidade de provas obtidas, mesmo que ilicitamente, pode possibilitar a salvaguarda de valores superiores aos violados pela captação das imagens. Isto porque, o princípio geral vigente no processo penal é o de que todas as provas são permitidas a não ser que sejam prova proibida e acredita-se que as imagens captadas por particulares no espaço público não fazem parte desse grupo.

Nestes casos a utilização deste tipo de prova (imagens obtidas de forma ilícita e colocadas a circular nas redes sociais) devem estar sujeitas a limites, e devem ser consideradas, de acordo com as palavras de COSTA ANDRADE a “*única possibilidade de alcançar a absolvição de um inocente infundadamente acusado de um crime*”<sup>282</sup>. Nestes casos, repete-se, considerados como excepção, a avaliação deve efectuar-se de acordo com o princípio da proporcionalidade e tendo a noção que a perseguição penal do Estado deve prevalecer sobre a imagem, a palavra ou a reserva da intimidade da vida privada.

---

<sup>282</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as Proibições de Prova*....1992. p. 45.

Saliente-se que a possibilidade de valoração deste tipo de prova por nós levantada deve ser considerada como exceção, devendo ser analisada casuisticamente, pois em todo o caso somos contra a obtenção de prova de forma ilícita.

Por tudo o que foi discorrido neste trabalho, afirma-se desde já que o mesmo poderá ser alvo de um aprofundado estudo no futuro de forma a prever um leque maior de situações práticas, pois como afirmámos já é um tema polémico e alvo de discórdias entre os estudiosos do Direito Processual Penal, e porque a internet e mais concretamente as redes sociais são cada vez mais um alvo para cometer ilícitos criminais ou para demonstrá-los.

Lisboa, 24 de Abril de 2013

---

Hugo Miguel Pereira Gonçalves  
Aspirante a Oficial de Polícia  
2524/153605

## BIBLIOGRAFIA

---

- AIRES DE SOUSA, Susana.** "Agent provocateur e meios enganoso de prova - Algumas reflexões". in [http://www.fd.uc.pt/idpee/projectos/pdf/Agent\\_2003.pdf](http://www.fd.uc.pt/idpee/projectos/pdf/Agent_2003.pdf). Consultado em 13 de Setembro de 2012.
- ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de.** *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª Ed. Lisboa. Universidade Católica Editora. 2010.
- . *Comentário do Código Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa. Universidade Católica Editora. 2009.
- ANDRADE, Manuel da Costa.** "A Tutela Penal da Imagem na Alemanha e em Portugal: esboço comparatístico, em busca de um novo paradigma normativo". *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 141, nº 3972 (JAN/FEV 2012). pp. 134 - 160.
- . *"Bruscamente no Verão passado, a reforma do Código de Processo Penal - Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente"*. Coimbra. Coimbra Editora. 2009.
- . "Sobre a valoração, como meio de prova em Processo Penal, das gravações produzidas por particulares". *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*. Coimbra. 1984. pp. 545 - 622.
- . *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*. Coimbra. Coimbra Editora. 1991.
- . *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra. Coimbra Editora. 1992.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom.** "Provas Ilícitas e proporcionalidade". Dissertação de Mestrado, apresentada em 2006. in <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20%20%20%20C3%81VILA-%20Provas%20II%C3%ADcitas.pdf>. Consultado em 18 de Dezembro de 2012.
- BELEZA, Teresa Pissarra.** *Apontamentos de Direito Processual Penal (Aulas teóricas dadas ao 5º Ano 1991/92 e 1992/63)*. Vol. I. Lisboa. AAFDL. 1992.
- . *Direito Processual Penal - Curso Semestral*. Lisboa. AAFDL. 1998.

- BRAZ, José.** *Investigação Criminal - A Organização, o Método e a Prova - Os Desafios da Nova Criminalidade.* Almedina. 2010.
- CALHEIROS, Maria Clara.** "Prova e Verdade no Processo Judicial. Aspectos epistemológicos e metodológicos". *Revista do Ministério Público.* Ano. 29; Abril/Junho 2008; Nº 114. pp. 71 - 84.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital.** *Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º).* 4.ª Ed. Vol. I. Coimbra. Coimbra Editora. 2007.
- . *Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 108.º a 296.º).* Vol. II. Coimbra. Coimbra Editora. 2010.
- CARVALHO DE SÁ, Domingos Silva.** "O Direito à Imagem: necessidade ou desnecessidade da sua protecção penal". *Boletim da Ordem dos Advogados.* nº 66 (Maio 2010), p. 33. in <http://www.oa.pt/Publicacoes/Boletim/default.aspx?idc=30777&idsc=100033>. Consultado em 14 de Dezembro de 2012.
- CARVALHO, Américo Taipa de.** *Direito Penal Parte Geral - Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime.* Coimbra. Coimbra Editora. 2008.
- CASTRILHO, Eduardo de Urbano e MORATO, Miguel Angel Torres.** *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial.* 2.ª Ed. Navarra. Aranzadi.
- CATENA, Victor Moreno.** "Los Elementos Probatorios Obtenidos con la Afectación de Derechos Fundamentales Durante la Investigación Penal." *Prueba e Processo Penal - Análisis Especial de la Prueba Prohibida en el Sistema Español y en el Derecho Comparado.* [Coord.] Juan-Luis Gomes. Valência. Titan lo Blanch. 2008.
- CORREIA, João Conde.** "A Distinção entre Prova Proibida por Violação dos Direitos Fundamentais e Prova Nula numa Prespectiva Essencialmente Jurisprudencial". *Revista do CEJ.* 1º Semestre. 2006, nº 4. pp. 175 - 202.
- DÁ MESQUITA, Paulo.** "Polícia Judiciária e Ministério Público - Notas para o enquadramento das suas relações e funções no sistema português". *Revista do Ministério Público.* n.º 112, Outubro - Dezembro. 2007. pp. 79 - 100.
- . *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário.* Coimbra. Coimbra Editora. 2010.
- DIAS, Jorge de Figueiredo.** "Os Princípios Estruturantes do Processo Penal e a Revisão

- de 1998 do Código de Processo Penal". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 8, Vol. 2, ABR - JUN. 1998. pp. 199 - 213.
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva.** "Particularidades da Prova em Processo Penal: algumas questões ligadas à prova pericial". *Revista do CEJ*. Lisboa. Almedina. 2º Sem. - 2005. pp. 169 - 225.
- EIRAS, Henriques.** *Processo Penal Elementar*. 8ª. Ed. Lisboa. Quid Juris. 2010.
- ESPÍRITO SANTO, Paula.** *Introdução à Metodologia das Ciências Sociais - Gênese, Fundamentos e Problemas*. Lisboa. Edições Sílabo. 2010.
- FACHANA, João.** *A Responsabilidade Civil pelos Conteúdos Ilícitos Colocados e Difundidos na Internet*. Coimbra. Almedina. 2012.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de.** *Curso de Processo Penal*. Vol. I. Lisboa. Editora Danubio. 1986.
- FERREIRA, Marques.** "Meios de Prova". *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*. Edição do CEJ. Coimbra. Livraria Almedina. 1991. pp. 221 - 270.
- GARCÍA, María José Segura.** *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal : naturaleza y eficacia*. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2000.
- GASPAR, António Henriques.** "Os Novos Desafios do Processo Penal no Séc. XXI e os Direitos Fundamentais". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. A. 15 nº2 Abril/Junho - 2005. pp. 257 - 274.
- GOMES, João Nascimento.** "Análise de Redes Sociais ao Serviço da Investigação". *Revista do Ministério Público*. n.º 123, Julho/Setembro - 2010. pp. 311 - 324.
- GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João.** *A Prova do Crime - Meios Legais para a sua Obtenção*. Coimbra. Almedina. 2009.
- GÖSSEL, Karl-Heinz.** "As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha" [Trad.] Manuel da Costa Andrade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 2, nº 3, 1992. pp. 397 - 441.
- HASSEMER, Winfried.** "Processo Penal e Direitos Fundamentais". *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. [coord.] Maria Fernanda Palma. Coimbra. Almedina. 2004. pp. 15 - 26.

**JACINTO, Vania.** "O Direito à Imagem: protecção da individualidade". *Boletim da Ordem dos Advogados*. nº 66 (Maio 2010). pp. 30 - 32. in: <http://www.oa.pt/Publicacoes/Boletim/default.aspx?idc=30777&idsc=100033>. Consultado em 27 de Outubro de 2012.

**JESUS, Francisco Marcolino.** *Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*. Coimbra. Almedina. 2011.

**LOUREIRO, Flávia Noversa.** "A (I)Mutabilidade do Paradigma Processual Penal Respeitante aos Direitos Fundamentais em pleno Sec. XXI". *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de*. [Coord.] Mário Monte Ferreira et al. Coimbra. Coimbra Editora. 2009. pp. 269 - 289.

**LUMBRALES, Nuno B. M.** "O direito à palavra, o direito à imagem e a prova audiovisual em processo penal". *Revista da Ordem dos Advogados*. a. 67, nº2 (Setembro 2007). in: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=30777&idsc=64444&ida=64461](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=64444&ida=64461). Consultado em 27 de Outubro de 2012.

**MAIA GONÇALVES, Manuel.** "Meios de Prova". *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*. Edição do CEJ. Coimbra. Livraria Almedina. 1991. pp. 193 - 218.

**MATTA, Paulo Saragoça da.** "Livre Apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença". *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. [coord.] Maria Fernanda Palma. Coimbra. Almedina. 2004. pp. 221 - 280.

—. "Old Ways And New Needs? ou New ways And Old Needs?". *Revista do Ministério Público*. nº 122, Abril - Junho. 2010. pp. 9 - 40.

**MENDES, Paulo de Sousa.** " A Prova Penal e as regras da Experiência". *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias*. Vol. III. Coimbra. Coimbra Editora. 2010. pp. 997 - 1011.

—. "As Proibições de Prova no Processo Penal. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. [coord.] Maria Fernanda Palma. Coimbra. Almedina. 2004. pp. 133 - 154.

**MILITÃO, Renato Lopes.** A Propósito da Prova Digital no Processo Penal. In:

<https://www.oa.pt/upl/%7B53f46e96-536f-47bc-919d-525a494e9618%7D.pdf>.

Consultado em 14 de Janeiro 2013.

**MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui.** *Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I.* Coimbra. Coimbra Editora. 2005.

**MIRANDA, Jorge.** "Processo Penal e Direito à Palavra". *Direito e justiça: revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.* V. 11 t.2 (1997). pp. 45 - 61.

**MONTE, Mário Ferreira.** "Um olhar sobre o futuro do Direito Processual Penal". *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português.* [Coord.] Mario Ferreira Monte et al. Coimbra. Coimbra Editora. 2009. pp. 399 - 418.

**MORÃO, Helena.** "O Efeito-à-distancia das proibições de prova no Direito Processual Penal Português". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* A. 16 nº 4 (Outubro/Dezembro 2006). pp. 575 - 620.

**MOREIRA, José Carlos Barbosa.** "A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas". *Revista de Direito e Cidadania.* ano 1, fasc. 2 (Novembro de 1997 - Fevereiro de 1998).

**MOTA, Francisco Teixeira da.** "O Direito à Imagem é Irrenunciável mas disponível". *Boletim da Ordem dos Advogados.* nº 66 (Maio 2010). pp. 34 - 35. in: <http://www.oa.pt/Publicacoes/Boletim/default.aspx?idc=30777&idsc=100033>. Consultado em 27 de Outubro de 2012.

**NEVES, Rita Castanheira.** *As Ingerências nas Comunicações Electrónicas em Processo Penal - Natureza e Respectivo Regime Jurídico do Correio Electrónico Enquanto Meio de Obtenção de Prova.* Coimbra. Coimbra Editora. 2011.

**NEVES, Rosa Vieira.** *Livre Apreciação da Prova e a Obrigação da Fundamentação da Convicção (na decisão final).* Coimbra. Coimbra Editora. 2011.

**PATRONILHO, Silvia Raquel Ferreira.** *O Regime da Nulidade das Provas em Processo Penal.* Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Setembro 2003.

**PRATA, Ana; VEIGA, Catarina e VILALONGA, José Manuel.** *Dicionário Jurídico.*

2.<sup>a</sup> Ed. Vol. II. Coimbra. Almedina. 2008.

**RAMOS, Maira Silva da Fonseca.** "A Prova Proibida no Processo Penal - consequências de sua utilização". in: <http://jus.com.br/revista/texto/7432/a-prova-proibida-no-processo-penal>. Consultado em 07 de Janeiro de 2013.

**REIS, Filipa Lopes dos.** *Como Elaborar uma Dissertação de Mestrado - Segundo Bolonha*. Lisboa. Pactor. 2010.

**RODRIGUES, Benjamim Silva.** *Da Prova Penal, Tomo VI*. Lisboa. Rei dos Livros. 2011.

—. *Das Escutas telefónicas - à Obtenção de Prova [em Ambiente]Digital*. Tomo II. Coimbra. Coimbra Editora. 2009.

—. *Novas Fronteiras do Direito no Dealbar do Século XXI*. Rei dos Livros. 2012.

**ROSA, Luís Bértolo.** "Consequências Processuais das Proibições de Prova". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. A. 20 n<sup>o</sup>2 (Abril/Junho 2010). pp. 219 - 277.

**ROXIN, Claus.** "Sobre o desenvolvimento do Direito Processual Penal Alemão". *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. [Coord] Mário Monte Ferreira. Coimbra. Coimbra Editora. 2009.

—. *Derecho Processual Penal*. [Trad.] Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires. Del Puerto. 2003.

**SÁ e MELO, Alberto de.** *Direito da sociedade da informação*. Coimbra. Coimbra Editora. 1999.

**SILVA, Germano Marques da.** *Curso de Processo Penal*. 5.<sup>a</sup> Ed. Vol. II. Lisboa. Verbo. 2010.

—. *Curso de Processo Penal I - Noções Gerais, Elementos do Processo Penal*. 6.<sup>a</sup> Ed. Lisboa. Verbo. 2010.

—. *Direito Penal Português - Parte Geral I - Introdução e Teoria da Lei Penal*. 2.<sup>a</sup> Ed. Lisboa. Verbo. 2001.

—. *Direito Penal Português - Teoria do Crime*. Lisboa. Universidade Católica Editora. 2012.

—. Produção e Valoração da Prova em Processo Penal. *Revista do CEJ*. 1<sup>o</sup> Semestre 2006,

nº 4. pp. 37 - 53.

**SOUSA, Gonçalo de Vasconcelos e.** *Metodologia da Investigação, Redacção e Apresentação de Trabalhos Científicos*. Porto. Livraria Civilização Editora. 2005.

**SOUSA, João Henrique Gomes de.** "Das nulidades à "fruit of the poisonous tree doctrine" (Escutas telefónicas e efeito à distância)". *Revista da Ordem dos Advogados*. a. 66, nº2 (Setembro 2006). in: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=30777&idsc=50879&ida=50905](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=50879&ida=50905). Consultado em: 16 de Outubro de 2012.

**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". *Direito Penal Hoje - Novos desafios e novas respostas*. [org.] Manuel da Costa Andrade et al. Coimbra. Coimbra Editora. 2009. pp. 183 - 219.

**VALENTE, Manuel Monteiro Guedes.** *Escutas Telefónicas - da Excepcionalidade à vulgaridade*. 2.<sup>a</sup> Ed. Coimbra. Almedina. 2008.

— *Processo Penal - Tomo I*. 3.<sup>a</sup> Ed. Coimbra. Almedina. 2010.

— *Teoria Geral do Direito Policial*. Coimbra. Almedina. 2009.

**VEIGA, Raul Soares da.** "Sobre o Consentimento desconhecido: elementos de direito português antigo e de direito estrangeiro". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. A.1 f.3 (Julho/Setembro 1991). pp. 327 - 367.

— "O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais". *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. [coord.] Maria Fernanda Palma. Coimbra. Almedina. 2004. pp. 183 - 220.

**VENÂNCIO, Pedro Dias.** *Lei do Cibercrime: anotada e comentada*. Coimbra. Coimbra Editora. 2011.

**VERDELHO, Pedro.** "A Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa - repercussões na Lei Portuguesa". *Direito da Sociedade da Informação*. Associação Portuguesa do Direito Intelectual. Vol. VI. Coimbra. Coimbra Editora. 2006. pp. 257 - 276.

— "A Obtenção de Prova no Ambiente Digital". *Revista do Ministério Público*. Nº 99,

Ano. 25, Julho/Setembro, 2004. pp.117 - 136.

- "Cibercrime e Segurança Informática". *Revista de Polícia e Justiça*. N.º 2, Julho/Dezembro 2005. pp. 159 - 175.
- "Técnica no novo C. P. P.: Exames, Perícias e Prova Digital". *Revista do CEJ*. nº 9, (Janeiro-Junho 2008). pp. 145 - 171.

## **DIPLOMAS LEGAIS**

---

- Código Civil;
- Código Penal;
- Código de Processo Penal;
- Constituição da República Portuguesa;
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950;
- Declaração Universal dos Direitos Humanos;
- Lei n.º 67/1998, de 26 de Outubro – Lei de Protecção de Dados Pessoais;
- Lei n.º 1/2005, de 10 de Janeiro – Regula a utilização de câmaras de vídeo pelas Forças e Serviços de Segurança em locais públicos de utilização comum;
- Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro – Lei do Cibercrime;
- Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto – Lei do tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.
- Decreto-Lei n.º 35/2004 de 21 de Fevereiro – Regula o exercício da actividade de segurança privada.

## **JURISPRUDÊNCIA**

---

Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 6/1984, proc. n.º 42/1983. Consultado em: <http://pt.scribd.com/doc/61203598/Ac-TC-n-%C2%BA-6-84-de-18-de-Janeiro>, no dia 25 de Janeiro de 2013.

- Ac. do Tribunal Constitucional, n.º395/2004, proc. n.º 916/2003. Consultado em: <http://dre.pt/pdf2s/2004/10/238000000/1497514981.pdf>, no dia 11 de Setembro de 2012.
- Ac. do Tribunal Constitucional, n.º42/2007, proc. n.º 950/2006. Consultado em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070042.html?impressao=1>, no dia 14 de Setembro de 2012.
- Ac. Uniformizador do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 7/2008, proc. n.º 4449/07. Consultado em: <http://dre.pt/pdf1s/2008/07/14600/0513805145.pdf>, no dia 20 de Setembro de 2012.
- Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, proc. n.º 05S3139. Consultado em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/65e859e4729cc7688025712d00421026?OpenDocument>, no dia 19 de Setembro de 2012.
- Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, proc. n.º 1680/03-2. Consultado em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/926f6fea6511bf6e80256ee0003afd32?OpenDocument>, no dia 18 de Setembro de 2012.
- Ac do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 83/2006-3. Consultado em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c35d3b6d630e466f80257199003ab4f2?OpenDocument>, no dia 19 de Setembro de 2012.
- Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 8324/2008-2. Consultado em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/c222f7dd896e84da802575010043b3dc?OpenDocument>, no dia 18 de Setembro de 2012.
- Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 10210/2008-09. Consultado em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/bf96f48dbb8bd5d0802575de0037c6a2?OpenDocument>, no dia 25 de Setembro de 2012.
- Ac. do Tribunal da Relação do Porto, proc. n.º 0414638. Consultado em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4ab586476033959180256ffd0054cf0a?OpenDocument&Highlight=0,0414638>, no dia 21 de Setembro de 2012.

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, proc. n.º 0715930. Consultado em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/24cd01e84ff51ff88025741e0034cc7e?OpenDocument>, no dia 24 de Setembro de 2012.

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, proc. n.º 371/06.05. Consultado em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/6d4ef3fcf7284443802576cb004dcf1a?OpenDocument>, no dia 24 de Setembro de 2012.

Parecer da Procuradoria Geral República, n.º 95/2003, Consultado em: [http://www.verbojuridico.com/pareceres/mp/mp03\\_095.html](http://www.verbojuridico.com/pareceres/mp/mp03_095.html), no dia 19 de Setembro de 2012.

Parecer da Procuradoria Geral República, n.º 11/2011, Consultado em: <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/d8dd74e877f65eea8025788f003d0ae3?OpenDocument>, no dia 28 de Fevereiro de 2013.

Parecer da Procuradoria Geral República, n.º 45/2012. Consultado em: <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/a734913d16b0f89480257af00043b68a?OpenDocument&Highlight=0,parecer,26%2F2012>, no dia 28 de Fevereiro de 2013.

## **ANEXOS**

---

### **ANEXO 1 – Guião da Entrevista**

**Entrevistado (a):**

**Função:**

**Data:**

**1 – As imagens em que estamos perante um ilícito criminal, gravadas e colocadas nas redes sociais poderão servir como meio de prova contra os autores desses ilícitos?**

**2 – Existem autores que defendem que as imagens foram obtidas sem o consentimento, logo é prova proibida.**

**3 – Essas imagens podem servir como notícia de um crime para início do inquérito? Porquê?**

**4 – Não sendo a imagem divulgada, pelos órgãos de comunicação social, pode o JIC emitir mandado de apreensão para as imagens em causa?**

**5 – O facto de as imagens serem na sua maioria gravadas no espaço público afasta a intromissão na vida privada, não sendo necessário o consentimento das pessoas para afastar a ilicitude das gravações?**

**6 – Quando as imagens gravadas nos apresentam agressões à integridade física e em alguns casos perigo para a vida, será que não estamos perante um conflito de direitos? Entre o direito à integridade física e à vida e o direito à imagem ou, então, entre o direito à imagem e o direito do Estado em procurar a verdade material e a realização da justiça (Perseguição criminal)?**

**7 – Enquanto cidadã não sente que a sociedade fica chocada, alarmada com a Justiça, quando observa nos Órgãos de Comunicação Social vídeos que mostram crimes e que não podem ser usados no processo-crime?**

## ANEXO 2 – Entrevista à Dr.<sup>a</sup> Maria José Morgado

**Entrevistada:** Dr.<sup>a</sup> Maria José Morgado

**Função:** Directora do Departamento de Investigação e Acção Penal de Lisboa

**Data:** 10 de Janeiro de 2013

**1 – As imagens em que estamos perante um ilícito criminal, gravadas e colocadas nas redes sociais poderão servir como meio de prova contra os autores desses ilícitos?**

No concreto caso conhecido como “caso do *facebook* “ serviram de prova, elas (as raparigas que agrediram) eram arguidas, as imagens eram imagens que se tinham tornado públicas, por força da divulgação no *facebook*. E eram imagens da prática de um crime, nem se coloca a questão se existe conflito de interesses entre direito à imagem ou direito à privacidade e o direito à vida e integridade física, prevalece o direito à vida e integridade física.

A recolha das imagens no processo enquanto meio de prova foi válida e neste caso foi por determinação do Ministério Público, há casos em que pode implicar a decisão do Juiz. Neste caso foi por determinação do Ministério Público por serem relevantes para a prova do crime e por serem imagens que provavam o crime e tinham sido publicadas.

Depois existe a questão técnica do exame pericial para a recolha das imagens em meio electrónico.

Mas em termos de validade foram consideradas provas válidas. O que rege aqui é o art. 126.º do CPP que não contempla estas imagens como meio de prova proibido. Aliás, em julgamento elas (as raparigas) foram condenadas com base nas imagens, existe já esse precedente.

**2 – Existem autores que defendem que as imagens foram obtidas sem o consentimento, logo é prova proibida.**

Também é proibido o crime, são imagens da prática de um crime. Atenção, a limitação dos direitos nos termos da CRP, no art. 18.º diz que quando há direitos de consagração constitucional prevalece aquele que for predominantemente no caso. Não podemos estar a encobrir um crime ou a ignorar um crime ou tornar impune um crime com base numa questão meramente formal, que aqui nem fundamento legal tem. São interpretações, a meu ver, fundamentalistas porque estamos a falar de crimes, não de

imagens banais.

**3 – Essas imagens podem servir como notícia de um crime para início do inquérito? Porquê?**

Aqui serviram para instalar o inquérito, a notícia do crime eram as imagens. Tanto para instaurar inquérito no processo comum como para o inquérito tutelar, no Tribunal de Família e Menores, no caso de menores. Pelas mesmas razões, fundamenta que eram imagens que comprovavam a existência de um crime e prevalecia a pretensão do direito à vida e integridade física. Além da natureza pública das imagens, eram imagens publicadas, não eram imagens guardadas e mesmo que fossem guardadas tinham a notícia de um crime. Aqui eram publicadas e o Tribunal não levantou nenhum problema, nenhuma nulidade.

**4 – Não sendo as imagens divulgadas, pelos órgãos de comunicação social, pode o JIC emitir mandado de apreensão para as imagens em causa?**

Pode, e tem feito isso para apreensão de imagens. Se tiver implicado actos praticados através da internet o JIC deve pedir à operadora (s) os dados de tráfego, depois com estes dados localiza-se a casa e a máquina, sendo depois ordenada a apreensão das imagens. É um processo mais complexo e que se encontra previsto legalmente, mas são actos processuais que se praticam todos os dias.

**5 – O facto de as imagens serem na sua maioria gravadas no espaço público afasta a intromissão na vida privada, não sendo necessário o consentimento das pessoas para afastar a ilicitude das gravações?**

O espaço público em princípio não é a vida privada, não é o quarto ou a casa da pessoa. É muito difícil, aliás a jurisprudência dos tribunais, que conheço, considera que as pessoas que se encontram em espaços públicos também se habilitam a ser filmadas ou fotografadas.

É claro que há quem coloque a questão do direito à imagem e da autorização da pessoa para a sua imagem aparecer. Isso pode ser relevante desde que não esteja em causa a prática de um crime, se estiver é muito difícil que a vontade da pessoa possa prevalecer sobre isso. O direito à imagem não prevalece sobre o crime cometido.

**6 – Quando as imagens gravadas nos apresentam agressões à integridade física e em alguns casos perigo para a vida, será que não estamos perante um conflito de**

**direitos? Entre o direito à integridade física e à vida e o direito à imagem ou, então, entre o direito à imagem e o direito do Estado em procurar a verdade material e a realização da justiça (Perseguição criminal)?**

Aqui estamos perante um conflito de direitos em que prevalece o direito de punir como é evidente. Estando em causa a prática de crime prevalece o que legalmente permita fazer a prova da prática desse crime, inclusivamente com a imagem pois claro. Pode haver o caso em que seja necessário que o JIC ordene a recolha das imagens, seja como for nunca pode ser uma prova proibida.

Se existir um crime o direito à imagem e à privacidade não pode prevalecer, mais ainda se for do agressor, por exemplo. No processo toda a gente pode alegar em sua defesa toda a parafernália de direitos que estão consagrados, mas a questão é saber se detêm ou não razão. Neste caso não a possui.

**7 – Enquanto cidadã não sente que a sociedade fica chocada, alarmada com a Justiça, quando observa nos Órgãos de Comunicação Social vídeos que mostram crimes e que não podem ser usados no processo-crime?**

Isso não acontece, crimes praticados na via pública quando há imagens, não dependem de autorização. As imagens estão na televisão, nos jornais, nas redes sociais. Não andamos aqui com uma folha de papel selado atrás dos autores dos crimes para eles darem autorização, claro que não autorizavam, estava descoberta a pólvora. Isso nunca aconteceu em processo nenhum quando existe uma divulgação pública de imagens.

Pode-se colocar a questão se são crimes praticados dentro de casa e alguém filmou ou fotografou, mas nunca foram consideradas inválidas nem proibidas as imagens quando está em causa um crime, normalmente um crime grave.

Temos que ter em conta os procedimentos processuais, podem existir situações que exigem a intervenção jurisdicional, isto é, do juiz, por exemplo se for apreensão de imagens que estejam guardadas num computador. Agora se forem imagens que saltaram para fora da posse dos utilizadores do computador, são imagens de divulgação massiva, as pessoas que aparecem nessas imagens perderam o domínio delas, não é possível voltar atrás, não tem fundamento.

Estamos a falar do combate ao crime em que há o interesse do direito de punir e a tutela dos bens jurídicos lesados pela prática do crime, o bem jurídico vida, integridade física, o bom nome da pessoa, etc.. Agora tudo depende se há uma divulgação pública das imagens estas tornam-se públicas, se estão na posse privada de alguém o MP promove ao

JIC a solicitação de mandado, sendo que este determina a apreensão dos dados.

Vivemos numa sociedade de informação e não podemos afastar as imagens de fazer prova da prática de um crime, quando é a própria tecnologia da informação utilizada para divulgar os crimes, também deve ser utilizada para combater esses crimes.

Devemos é enquadrar devidamente a recolha dessa prova, à luz do cibercrime, à luz do CPP, há casos em que basta o despacho do MP outros casos em que tem que haver despacho do JIC, como por exemplo quando há dados de tráfego.

No caso do Perfil do utilizador das redes sociais em que se encontra reservado aí é conveniente que seja o JIC de forma a evitar nulidades. São dados recolhidos em meio digital, tem que seguir o regime do art. 11.º da Lei do Cibercrime, logo tem que ser por ordem do Juiz. A Polícia propõe ao MP que por sua vez propõe ao JIC.