

TÓPICOS DE CORREÇÃO

1. Inspirado no direito alemão (§ 201 StGB), suíço (§ 179 StGB) e austríaco (§ 120 StGB), o legislador português decidiu, no novo Código Penal de 1982, já iluminado pela CPR de 1976, criminalizar as gravações ilícitas do art. 199.º, n. 1, a): “1 - Quem, sem consentimento: a) Gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas; ou b) Utilizar ou permitir que se utilizem as gravações referidas na alínea anterior, mesmo que lícitamente produzidas (...)”. A doutrina costuma definir o bem jurídico protegido como o “direito à palavra de pessoa física viva”, como expressão autonomizável do direito à privacidade, fundada no art. 26.º, n. 1 da CRP, que consagra expressamente o direito à palavra.² Na jurisprudência, fala-se em um “uma liberdade fundamental que reconhece à pessoa o domínio exclusivo sobre sua palavra e imagem”.³ A tutela à palavra é ainda mais ampla do que a tutela à imagem, que já existia antes da CRP de 1976, aliás, desde a L. 3/73.⁴ Dado interessante é a exigência de que não sejam “palavras destinadas ao público” – elemento próximo ao alemão –, o que ocorre, por ex., em reuniões a portas fechadas ou de acesso condicionado, em sala de aula, em entrevista de trabalho.⁵

Da perspectiva do Direito Processual Penal, a situação é de imensa nitidez. O art. 167º do CPP português, que cuida da chamada “valoração probatória das reproduções mecânicas”, não deixa dúvidas quanto à impossibilidade de utilização processual de gravações consideradas ilícitas: “As reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal”. Como se vê, o legislador português reduziu “terminantemente e sem exceções”⁶ a zero qualquer possibilidade de relativização desse juízo que não passe pela consideração de que incide

² Cf. *Pinto de Albuquerque*, Comentário do Código Penal, art. 199.º, 4ª. ed., Lisboa, 2021, p. 841 e ss.

³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (n. 303/22.6GCTND.C1), de 25.10.2023.

⁴ *Pinto de Albuquerque*, Comentário do Código Penal, art. 199.º, 841 e s.

⁵ *Pinto de Albuquerque*, Comentário do Código Penal, art. 199.º, p. 842.

⁶ *Sousa Mendes*, Proibição de valoração de documentos obtidos através de crime de acesso ilegítimo, p. 23, p. 97: “A situação mais evidente de criação de reproduções mecânicas ilícitas nos termos da lei penal é, sem dúvida, o crime de gravações ilícitas nos termos do artigo 199.º CP”.

alguma causa de justificação, como tem destacado a jurisprudência.⁷ Se for, contudo, constatada a ilicitude da gravação (ou seja: se não houver exclusão da ilicitude), independente de quem a produziu, incide uma proibição de valorar a prova de natureza específica e categórica, resultante da “intromissão na vida privada”, tornando nulas a prova obtida (art. 126º, n. 3 CPP português).⁸ A eventual ponderação sobre a possibilidade de valoração probatória depende, portanto, exclusivamente da licitude da gravação – e não de quem realizou a gravação, se interlocutor ou terceiro,⁹ como destaca o STJ português: “Na verdade, o artigo 167.º do CPP faz depender a validade da prova produzida por reproduções mecânicas da sua não ilicitude face ao disposto na lei penal”.¹⁰

Na hipótese, é possível cogitar da incidência de um direito de necessidade (artigo 34.º do CP), pois Mafalda tencionava provar a sua inocência e também temia sofrer represálias até mesmo físicas vindas de Juliano. O aluno deve analisar os critérios do artigo 34.º do CP. Se estiverem preenchidos, não há violação da lei penal e as gravações poderão ser utilizadas.

2. O n. 2 do artigo 19.º da Lei 93/99 consagra um regime excecional de prova legal negativa, com pontual retorno a uma modelo tarifado. Afinal, a testemunha oculta, embora comprometida com o dever de dizer a verdade, não poderá ter as suas declarações confrontadas frontalmente em audiência pelo arguido, com o que o princípio da imediação (artigo 355.º do CPP) e o direito ao confronto, reconhecido expressamente no artigo 6.º, n. 3 da CEDH acabam por ser alvejados. O valor probatório reduzido atribuído a essas declarações, que deverão ser corroboradas por outras provas, decorre precisamente da mitigação dessas duas ideias estruturantes para o sistema acusatório português, tal como plasmado no artigo 32.º da CRP. A

⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, n. 449/20.2PBSCR.L1-3, de 24.1.2024, em cujo sumário se lê: “Por regra, a captação e conservação em registos áudio ou audiovisuais, indevida e não autorizada de imagens ou palavras corresponde objectivamente ao crime de gravações e fotografias ilícitas. O objectivo de reunir provas, por si mesmo, não afasta a natureza criminosa do acto, a não ser que a captação corresponda à defesa de um interesse protegido, numa situação de direito de necessidade, (...)”.

⁸ *Pinto de Albuquerque/Tavares*, Comentário ao art. 167º do CPP, in: Pinto de Albuquerque, (org.), Comentário do Código de Processo Penal, Vol. I., 5ª ed., Lisboa, 2023, p. 680.

⁹ Como a licitude é o critério nuclear, a conclusão não é afetada pela discussão sobre se particulares são destinatários diretos das normas do CPP. A esse respeito, cf. *Sousa Mendes*, Proibição de valoração de documentos obtidos através de crime de acesso ilegítimo, p. 19 e ss., p. 24; cf. o monográfico de *Brito Neves*, Prova por privados, Lisboa, 2024, p. 412 e ss., p. 453 e ss.

¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (n. 22/09.6YGLSB.S2), de 28.9.2011 (Relator: Conselheiro Santos Cabral).

exigência de corroboração acaba por tornar esse regime uma exceção legítima à regra da livre apreciação da prova, do artigo 127.º do CPP.

3. Além da própria figura da testemunha oculta e da regra probatória do n. 2 do artigo 19.º da Lei 93/99, o aluno poderá mencionar os regimes da prova pericial (artigo 163.º do CPP), da confissão (artigo 344.º do CPP) e dos documentos autenticados (artigo 169.º do CPP), destacando o eventual poder residual de discordância que subsiste ao magistrado, onerado com um dever especial de fundamentação, como fica claro no regime da prova pericial (n. 2 do artigo 163.º do CPP).

4. O juiz não só pode, como deve fazê-lo, à luz do artigo 127.º do Código de Processo Penal. Após definir o conceito de regras da experiência – que são regras que permitem inferência sobre factos não provados diretamente (na hipótese, por exemplo: o facto de Sofia ter deixado a reunião alterada e ter gritado que todos têm um preço) –, o aluno deve suscitar a questão sobre se tal submissão do juiz a regras externas (da experiência geral da vida, científicas, técnicas) não contende com a ideia de livre apreciação das provas, havendo mesmo quem diga que algum exagero nesse tema pode reconduzir parcialmente nosso sistema a um modelo de regras tarifadas (Paulo de Sousa Mendes). A análise crítica do artigo 127.º revela que o legislador colocou lado a lado o regime da livre apreciação e as regras de experiência, como se fossem modelos de todo diversos – o que deverá ser notado pelo aluno.

5. Após definir provas indiretas, que podem ser definidas sucintamente como a existência de elementos sobre factos adjacentes que permitem uma inferência ou ilação sobre o verdadeiro tema da prova (a prova direta de um facto), por estarem a ele conectados. O aluno deverá destacar que não há definição legal, no Código de Processo Penal, de prova indireta, indiciária ou de prova por presunção. Com base no facto adjacente, passa-se a uma inferência judicial sobre o facto principal (com apoio, por exemplo, nas regras da experiência), o verdadeiro *thema probandum*. A insegurança epistêmica da prova indireta tem gerado na doutrina e na jurisprudência a exigência de uma fundamentação acrescida da decisão judicial, que compense a ausência de prova direta, sem gerar um *non liquet*. Também o TEDH já se pronunciou a esse respeito, em geral no sentido da admissibilidade de provas indiretas e do

raciocínio probatório que elas encerram, mas estipulando requisitos para a admissibilidade do juízo de inferência a partir de provas indiretas, de modo a escrutinar o seu potencial para permitir a ilação de que também o facto principal está provado. Será valorizada a menção aos critérios sugeridos por Susana Aires de Sousa, em texto objeto de discussão em aula.