

Tribunal da Relação de Évora
Processo nº 112/18.4PAVRS-A.E1

Relator: JOSÉ PROENÇA DA COSTA

Sessão: 22 Novembro 2018

Votação: UNANIMIDADE

Decisão: PROVIDO

GRAVAÇÃO ILÍCITA **TELEFONE**

Sumário

I - É ilícita a gravação de telefonemas entre o arguido e uma testemunha, feita por esta e sem que aquele disso tivesse conhecimento, onde o arguido vai dando nota da existência de desavenças com a sua mulher e onde relata episódios da vida do casal, onde acusa a sua mulher de várias situações e onde relata as razões por que a veio agredir.

II - A referida ilicitude da gravação não pode considerar-se excluída, tendo em conta a inexistência de qualquer causa de justificação quer da ilicitude quer da culpa, nomeadamente uma situação de legítima defesa, já que a pessoa (testemunha) que levou ao conhecimento de outrem o conteúdo das chamadas não é sujeito processual e não se descortinar qual o interesse por si aí a defender, assim como não se verifica a existência de uma situação de estado de necessidade.

Texto Integral

Recurso n.º 112/18.4PAVRS- A

Acordam, em Conferência, os Juízes que constituem a Secção Criminal do Tribunal da Relação de Évora.

Nos Autos de Inquérito que correm termos pela Comarca de Faro - Juízo de Competência Genérica de Olhão - Juiz 2, no seguimento do 1.º interrogatório de arguido detido, a M.ma Juiz de Instrução veio determinar que o arguido *BB* aguardasse os ulteriores termos do processo sujeito às seguintes medidas de coacção:

- TIR, já prestado;
- Prisão Preventiva, sem prejuízo de aplicação da medida de coacção de

obrigação de permanência na habitação, com meios de controlo à distância, caso se reúnam as condições técnicas para o efeito.

Tudo, por se ter entendido que os factos descritos, sem prejuízo do desenvolvimento do inquérito e de uma consequente adequação jurídica dos mesmos, consubstanciam a prática, pelo arguido de um crime de violência doméstica, p. e p. pelo artigo 152.º, n.º 1, al.ª a) e n.º 2, do Cód. Penal.

E que existindo um concreto perigo de continuação da actividade criminosa e de perturbação do decurso do inquérito e ainda perigo de perturbação do decurso do inquérito, porquanto, a proximidade espacial com a ofendida, juntamente com quem exerce a sua actividade profissional, o arguido poderá tentar influenciar os posteriores depoimentos desta para, desse modo, condicionar o desfecho dos autos; entendeu-se que nenhuma outra medida de coacção que não uma detentiva da liberdade será suficiente para salvaguardar os perigos concretos que se fazem sentir, desde logo em face da gravidade dos factos, da personalidade revelada pelo arguido e dos supra- enunciados perigos.

Pelo que, face aos perigos enunciados, e tendo em consideração os princípios da adequação, da proporcionalidade em relação à gravidade dos ilícitos, determinou-se, tendo em conta o estatuído no art.º 31.º, da Lei 112/2009, de 16 de Setembro, e ainda o disposto nos arts. 191.º, 192.º, 194.º e 202.º, n.º 1, al.s a) e b), assim, como o estatuído no art.º 204.º, als, b) e c), todos do Cód. Proc. Pen., que o arguido *BB* aguardasse os ulteriores termos processuais sujeito às seguintes medidas de coacção:

- TIR, já prestado;
- Prisão Preventiva, sem prejuízo de aplicação da medida de coacção de obrigação de permanência na habitação, com meios de controlo à distância, caso se reúnam as condições técnicas para o efeito.

Inconformado com o assim decidido traz o arguido *BB* o presente recurso, onde formula as seguintes conclusões:

(...)

Recorre igualmente o arguido *BB* do despacho judicial, prolatado no âmbito do 1.º interrogatório de arguido detido, que lhe indeferiu a arguição de nulidade da gravação de chamadas telefónicas havidas entre a testemunha *CC* e o arguido, formulando as seguintes conclusões:

1. Em sede de primeiro interrogatório judicial de arguido detido a defesa requereu a nulidade da gravação de chamadas telefónicas entre uma

testemunha - CC - e o arguido.

2. Por despacho proferido em acta datada de 05.06.2018, o tribunal *a quo* decidiu indeferir o requerido.

3. O arguido, ora recorrente, não se conforma com o despacho recorrido porquanto este se encontra ferido de nulidade, nos termos do disposto nos art.ºs 125.º, 126.º, e 167.º, do Cód. Proc. Pen, e consubstancia uma gritante e abusiva intromissão na vida privada do arguido, violadora dos nossos direitos fundamentais.

4. No presente caso concreto estamos perante uma situação em que ocorreu a gravação ilícita de conversa telefónica sem o consentimento do arguido, a palavra e a imagem gravadas sem autorização judicial nem o consentimento do visado, mesmo que retratem a prática de um crime, são meios de prova proibidos e fazem os seu autores incorrer no crime de gravação ilícitas, p. e p. pelo art.º 199.º, do Cód. Pen.

5. Na esteira da boa doutrina de Costa Andrade somos de entendimento de que: *“Por que há de estra um juiz restringido por um catálogo de crimes e condições rigorosíssimas para autorizar escutas ou gravações de imagens, e um paisano não?!”, “os fins justificam os meios”* e importa proteger, acima de tudo, os direitos à palavra e à imagem.

6. Ora vejamos, no plano processual, a admissibilidade como prova das reproduções mecânicas, está dependente da licitude da sua obtenção e utilização, e repare-se que mesmo que lícitas as gravações não poderão ser automaticamente admitidas como prova.

7. A fórmula *“são admissíveis as provas que não forem proibidas!”*, tem um sentido de que não são admitidos, apenas os meios probatórios tipificados, mas todos os meios de prova que não forem proibidos.

8. Pese embora a preocupação dominante no processo penal seja a busca da verdade material, a verdade é que no presente caso concreto o tribunal *a quo* não agiu com inteiro respeito pela pessoa do arguido, tendo sempre em conta que se está perante um presumível inocente.

9. O art.º 167.º, do Cód. Proc. Pen., faz depender a validade da prova produzida por reproduções mecânicas da sua não ilicitude face ao disposto na lei penal, daí que este artigo esteja iminentemente ligado ao art.º 199.º, do Cód. Pen., que tipifica o crime de gravações ilícitas ou fotografias ilícitas.

10. Ou seja, a conduta em apreço, gravação de conversas telefónicas, constitui ilícito criminal, nunca podendo ser um comportamento permitido por qualquer outro ramo do direito, daí que as gravações e fotografias ilícitas não possam de forma alguma constituir meio de prova e serem valorados, tanto no processo penal, como no processo civil.

11. Andou mal o tribunal *a quo* ao considerar que a conduta da testemunha ao

gravar as conversas telefónicas está sujeita, pois na esteira do entendimento do Professor Costa Andrade, também por nós sufragado, a conduta de quem gravou, pode estar até justificada, dependendo no caso concreto, quer por uma legítima defesa ou estado de necessidade, bem como para prossecução de interesses legítimos ou utilizando um critério geral de ponderação de interesses, mas a valoração destas gravações continuam a ser prova proibida, e como tal não podem ser valoradas pelo tribunal *a quo*.

12. A regra é a prova ilicitamente recolhida ou produzida não poder ser valorada, consagrando o nosso sistema processual penal uma proibição da obtenção de prova e conseqüente proibição da valoração da prova.

13. O direito à prova encontra-se consagrado constitucionalmente no art.º 20.º da Constituição, e desse direito decorre o dever do tribunal atender a todas as provas produzidas no processo, desde que lícitas.

14. Andou mal o tribunal *a quo* ao indeferir a nulidade requerida violando desde logo o princípio segundo o qual só poderão utilizar-se as provas que não forem proibidas por lei, nos termos do disposto no art.º 125.º, do Cód. Proc. Pen, que é uma decorrência do princípio da legalidade dos meios de prova.

15. As regras gerais de produção de prova e as chamadas proibições de prova são condições de validade processual desta e, por isso, critérios da própria verdade material.

16. Resultando que a prova não pode ser obtida a qualquer custo e que tem que obedecer a critérios.

17. O despacho recorrido viola a *ratio* da criação do nosso ordenamento jurídico que é composto por uma apertada malha protectora no que concerne à valoração probatória das gravações e fotografias ilícitas em processo penal.

18. E viola ainda a nossa Constituição, nomeadamente o disposto nos art.ºs 32.º, n.º 8, 34.º, n.º 4 e 26.º, n.º 1, e bem assim o nosso direito substantivo, o art.º 199.º, do Cód. Pen, e o nosso direito processual penal, os art.ºs 126.º e 127.º, do Cód. Proc. Pen.

19. O despacho recorrido é também violador de direitos fundamentais como são o direito à palavra e do núcleo duro da vida privada e da devassa da vida privada.

20. Mesmo que se entenda, como entendeu o Ministério Público e o Tribunal *a quo*, que quem gravou a conversa telefónica de forma ilícita agiu a coberto de uma causa de justificação, o certo é que a utilização das mesmas em processo penal é expressamente proibido pelo art.º 167.º, do Cód. Proc. Pen.

21. Não se podendo justificar tal admissibilidade com o princípio da proporcionalidade entre bens jurídicos em confronto, pois essa apreciação já foi feita de forma abstracta pelo legislador que dá prevalência ao direito à palavra em detrimento da justiça.

22. Mais se referindo que quem nos presentes autos procede à gravação da conversa não é vítima nos presentes autos, tratando-se de um terceiro que deveria ser imparcial e tal gravação não poderá visar a protecção de nenhum direito lesão ou causa de justificação, pois considera-se que a testemunha não é lesada em nenhum direito, não existindo assim nenhuma causa de justificação ou nenhuma ponderação de interesses.

23. Não podendo nunca uma gravação de uma conversa telefónica efectuada de forma ilícita ser utilizada como prova em processo penal.

24. Termos em que deverá o despacho recorrido ser revogado por violação do disposto nos art.ºs 125.º, 126.º, e 167.º, do Cód. Proc. Pen., e por violação do disposto no art.º 199.º, do Cód. Pen., e bem assim dos art.ºs 32.º, n.º 8, 34.º, n.º 4 e 26.º, n.º 1, da nossa Constituição e do art.º 6.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, dos direitos fundamentais e dos princípios da legalidade dos meios de prova e da proibição da valoração da prova.

Nestes termos e nos melhores de direito, deverá ser concedido provimento ao presente recurso e conseqüentemente deverá ser declarada a nulidade da prova das gravações telefónicas, assim se fazendo Justiça.

Respondeu aos recursos a Magistrada do Ministério Público, concluindo no sentido do seu não provimento.

Nesta Instância, a Sra. Procuradora Geral-Adjunta emitiu parecer no sentido de os recursos serem julgados improcedentes.

Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

Como consabido, são as conclusões retiradas pelo recorrente da sua motivação que definem o objecto do recurso.

· Iniciaremos a análise dos recursos trazidos a pretório pelo recurso interlocutório.

O aqui arguido e recorrente veio, em sede de 1.º interrogatório de arguido detido, pedir a nulidade de um meio de prova, respeitante à gravação de chamadas telefónicas havidas entre si e a testemunha CC e conseqüente não utilização no âmbito dos presentes autos.

Tudo, por *em nenhuma das conversações ser informado pelo interlocutor de que efectivamente a chamada se é que existiu está a ser gravada, não se sabe se foi ou não provocado, não estando o mesmo consciente da gravação.*

Por despacho judicial veio a ser indeferida a invocada nulidade.

É deste despacho judicial que, inconformado, reage o arguido apresentando o presente recurso.

Como decorre do art.º 26.º, n.º 1, da CRP, a todos são reconhecidos, entre

outros, os direitos (...) à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Entendendo-se por intimidade da vida privada o núcleo vivencial individual que não é exposto publicamente ou socialmente, antes é reduzido (por opção pessoal ou por força das circunstâncias) à esfera circunscrita ou recatada de cada pessoa.

Que se pode ver desdobrado em três graus, a saber:

- O da vida íntima - onde se compreende o estrato mais "secreto" da vida pessoal, aquilo que é raramente partilhado com os outros, como a sexualidade, a afectividade ou a saúde;
- O da vida privada - que, mais ampla que a última, compreende aspectos da vida pessoal cujo acesso se permite a pessoas não tão próximas, mas não desconhecidas;
- O da vida pública - que abrange tudo aquilo que não necessita de intimidade para ser conhecido^[1].

Cominando-se no art.º 32.º, n.º 8, da CRP, que são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

Importando fazer notar que não se distinguindo na norma se se trata de provas obtidas por particulares ou por entidades públicas, nela se devem incluir quer a prova obtida pelas entidades públicas como a prova obtida pelas entidades particulares.^[2]

Estando em causa nos autos a conversação telefónica entre particulares e respectiva gravação dessa comunicação, não poderemos deixar de fazer apelo ao que se diz na Lei fundamental no seu art.º 34.º.

Onde se diz no seu n.º 1 que o domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.

Importa, depois, apurar se a prova assim obtida nos autos pode, ou não, valer como prova.

Para tanto, importa fazer intervir o disposto no art.º 167.º, do Cód. Proc. Pen., onde se diz que as reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal.

E por a validade da prova ficar, desta via, dependente da sua não ilicitude face à lei penal, há que chamar à colação o disposto no art.º 199.º, do Cód. Pen., que versa sobre gravações e fotografias ilícitas.

Dizendo-se no seu n.º 1 que quem sem consentimento:

- a) Gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público,

mesmo que lhe sejam dirigidas; ou

b) Utilizar ou permitir que se utilizem as gravações referidas na alínea anterior, mesmo que licitamente produzidas; é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

No ensinamento do Professor Manuel da Costa Andrade, no artigo em análise contêm-se duas incriminações autónomas - a saber: gravações e fotografias ilícitas - preordenadas à tutela de dois bens jurídicos distintos: o direito à palavra e o direito à imagem. Trata-se de duas incriminações homólogas, mas não inteiramente sobreponíveis.

Protegendo-se o direito à palavra e o direito à imagem como bens jurídicos pessoais, correspondentes a duas expressões directas da personalidade (...) trata-se, em última instância, de proteger a personalidade na sua comunicação inocente com os outros membros da sociedade.

Sendo que subjacente a esta proibição não está propriamente o conteúdo (o secretismo) da comunicação, mas sim a palavra falada em si, tratando-se de impedir que aquilo que se pretendeu que fosse apenas uma expressão fugaz e transitória da vida se converta num produto registado e suscetível de ser utilizado a todo o tempo.^[3]

Encontrando-se o fundamento para a incriminação de tais condutas no aparecimento e divulgação de instrumentos de captação e registo da imagem e da palavra, com o seu potencial de devassa, reificação e manipulação, como refere M. Miguez Garcia.^[4]

Pode-se, desta feita, concluir que no tipo legal de crime em presença - e na vertente que aos autos importa - se tutela o direito à palavra, contra a sua gravação e reprodução sem o consentimento do visado.

Ora, na situação em apreço, temos a existência de várias chamadas telefónicas em que são intervenientes o arguido e a testemunha CC e onde se vão dando nota da existência de desavenças familiares entre o arguido e sua mulher e onde se relatam episódios da vida do casal, onde a acusa de várias situações e onde relata as razões por que a veio agredir.

Telefonema que foi feito pelo arguido, e como disso dá nota, e sem que soubesse que o mesmo estava a ser gravado. O que afasta qualquer ideia de ter havido anuência por parte do arguido na gravação, subsequente transcrição e divulgação. Como não se vê modo de se vir presumir o consentimento do arguido em tal situação. O mesmo é dizer que a gravação do predito telefonema aconteceu à revelia do arguido, já que sem o seu conhecimento ou consentimento.

O que quer significar que não pode deixar de se ter por ilícita a gravação do telefonema em análise e bem assim a sua transcrição e posterior divulgação. O bastante para que se tenha de concluir, *prima facie*, pelo cometimento pela

testemunha de um crime de gravação ilícita, p. e p. pelo art.º 199.º, n.º 1, al.ª a), do Cód. Pen.

O que cabe decidir é se no caso vertente se pode considerar justificada a acção da testemunha ao proceder à gravação do telefonema, vg tendo em linha de conta o interesse da proteção da vítima e a eficiência da justiça penal. E, dessa via, considerar-se válida a gravação de palavras efetuada, mesmo sem o consentimento do arguido, e, em consequência, vir a julgar-se válida a prova assim obtida.

Sendo a chave para saber em que casos pode ser utilizada como prova a gravação áudio visual realizada por um particular depende da situação em que está o particular que faz a gravação pois que não é o mesmo que a faça alguém que nesse momento está a ser vítima de um delito e com a gravação pretende facilitar a sua averiguação, perseguição e punição ou que o faça alguém que não é a vítima, mas alguém que até pode ser co-autor do delito ali retratado, como se deixou mencionado no Acórdão do STJ, de 29.09.2011, no Processo: n.º 22/09.6YGLSB.S2, 3.ª Secção.

Ora, no caso vertente não se loriga a verificação de qualquer causa de justificação quer da ilicitude quer da culpa, nomeadamente uma situação de legítima defesa, já que a pessoa que levou ao conhecimento de outrem o conteúdo das chamadas não é sujeito processual e não se descortinar qual o interesse por si aí a defender. E pelas mesmas razões se não vislumbra a existência de uma situação de estado de necessidade, entre o mais.

No fundo, não se vê como in casu a ilicitude possa vir a ser excluída pela ordem jurídica na sua totalidade, de harmonia com o que se dispõe no art.º 31.º, n.ºs 1 e 2, do Cód. Pen.

Ademais, e tendo em conta o teor do telefonema, estamos no âmbito da intimidade da vida privada, não se vendo forma de se poder vir justificar, in casu, a predita invasão. Entendendo-se por tal o núcleo vivencial individual que não é exposto publicamente ou socialmente, antes é reduzido - por opção pessoal ou por força das circunstâncias - à esfera circunscrita ou recatada de cada pessoa.^[5]

Razão bastante para que se tenha por nula a prova desta forma obtida, atendo o disposto nos art.º 32.º, n.º 8, da CRP e 167.º, do Cód. Proc. Pen., não podendo vir a ser valorada no âmbito do presente processo, art.º 126.º, n.º 3, do Cód. Proc. Pen.

(...)

Termos são em que Acordam em:

1. Conceder provimento ao recurso interlocutório e, em consequência, revogar o despacho que indeferiu a arguição de nulidade da gravação de

chamadas telefónicas havidas entre a testemunha CC e o arguido, declarando-se a nulidade da prova das gravações telefónicas;

2. Negar provimento ao recurso, confirmando-se o despacho que decretou a medida de coacção de prisão preventiva.

Custas pelo arguido- relativamente ao recurso principal- fixando-se em 3 Ucs a taxa de justiça devida.

(texto elaborado e revisto pelo relator).

Évora, 22 de Novembro de 2018

José Proença da Costa (relator)

Alberto Borges

[1] Ver, Rita Amaral Cabral, in O Direito à Intimidade da Vida Privada, págs. 398 e segs., e Acórdão da Relação de Guimarães, datado de 16.02.2012, no Processo n.º 435234/09.8YIPRT-A.G1.

[2] Ver Acórdão da Relação de Guimarães atrás mencionado, citando Capelo de Sousa, in O Direito Geral de Personalidade, págs. 348 e Isabel Alexandre, in Provas Ilícitas em Processo Civil, págs. 239.

[3] Ver, Comentário Conimbricense do Código Penal, em anotação ao art. 199.º, págs. 817 e 821 e Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, pp. 245 e segs.

[4] Ver, O Direito Penal Passo a Passo, Vol. I, págs. 402, para maiores desenvolvimentos, ver o Acórdão do S.T.J., de 28.09.2011, no Processo n.º 22/09.6YGLSB.S2, 3.ª Secção.

[5] Ver, Acórdão da Relação de Guimarães, de 16.02.2012, no Processo n.º 435234/09.8YIPRT-A.G1.

[6] Ver, Fernando Gonçalves e M. João Alves, in As Medidas de Coacção no Processo Penal Português, págs. 105.

[7] Ver, Germano Marques da Silva, in Curso de Processo Penal, Vol. II, págs. 232.

[8] Ver, Odete Oliveira, in As Medidas de coacção no Novo Código de Processo Penal,- Jornadas de Direito Processual Penal, págs. 182-183.

[9] Ver, ob. Cit., págs. 294.

[10] Ver, Ac. Rel. do Porto, de 20.05.2005, no processo n.º05P2295 e o Ac. Rel.

de Coimbra, de 31.05. 2006, no processo n.º 1521/06.

[11] Ver, Acórdão da Relação de Lisboa, de 24.09.2013, no Processo n.º 145/10.9GEALM.L2-5 , citando Pedro Verdelho, in Apreensão de Correio Electrónico em Processo Penal, in RMP, Ano 25, 2004, p. 157 e ss