

Resenha de MARTINS, Margarida Sousa. *Da admissibilidade das gravações e fotografias recolhidas por particulares como meio de prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2022

Hellen Luana de Souza 

O objeto desta resenha é a obra *Da admissibilidade das gravações e fotografias recolhidas por particulares como meio de prova em processo penal*, publicada no Brasil em 2022 pela Editora Almedina. O livro corresponde à dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais de Margarida Sousa Martins, sob a orientação da Professora Sandra Oliveira e Silva, defendida em 2021 na Faculdade de Direito da Universidade do Porto¹.

Inserta na temática das proibições de prova, a autora analisa a vedação de valoração contida no art. 167.^o, n.^o 1², do Código de Processo Penal português (CPP-Pt), em conjunto com o art. 199.^{o3} do Código Penal desse mesmo país

-
- 1 MARTINS, Margarida Sousa. *Da admissibilidade das gravações e fotografias recolhidas por particulares como meio de prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2022. p. 5. A resenhista é grata a João Pedro Barione Ayrosa pela imensa contribuição acadêmica ao trabalho e a Vitor Gabriel Carvalho pela leitura crítica da versão preliminar do texto.
 - 2 “Art. 167.^o Valor probatório das reproduções mecânicas.
1 – As reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal.”
 - 3 “Art. 199.^o Gravações e fotografias ilícitas
1 – Quem sem consentimento:
a) Gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas; ou
b) Utilizar ou permitir que se utilizem as gravações referidas na alínea anterior, mesmo que licitamente produzidas; é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.
2 – Na mesma pena incorre quem, contra vontade:

SOUZA, Hellen Luana de. Resenha de MARTINS, Margarida Sousa. *Da admissibilidade das gravações e fotografias recolhidas por particulares como meio de prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2022. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p. 440-454, 2023.

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2023v8n2p440-454

(CP-Pt), a fim de oferecer solução à controvérsia jurídica em torno da admissibilidade das gravações e fotografias feitas por particulares como prova⁴. Para tanto, a obra está dividida em seis capítulos.

No primeiro, as proibições de prova são abordadas direta e sucintamente, em conjunto com a questão do alcance da proibição do art. 167.º, nº 1, do CPP-Pt, que pode ser resumida na seguinte questão: A vedação atinge os particulares ou se limita às instâncias de controle?⁵ A autora entende por correta a dupla destinação, estendendo-a tanto a particulares quanto ao Estado, devido ao caráter material-substantivo das proibições de prova.

Já, no segundo capítulo, a autora descreve o conteúdo do art. 167.º, nº 1, do CPP-Pt, e sublinha a peculiaridade da proibição de valoração de prova nele contida: *o juízo de ilicitude da prova é delegado ao direito penal material*, que determinará a sua admissibilidade ou não (= reprodução de gravações e utilização fotografias feitas por particulares durante o processo)⁶. Se não há ilícito penal, (i) a prova é admissível, (ii) supera o primeiro crivo (= sua reprodução/utilização não é ilícita) e (iii) segue para o segundo, composto pelos juízos gerais-processuais de admissibilidade, que abrangerão, inclusive, a questão da licitude ou não do *modo de obtenção*, já que este não está englobado pela vedação do art. 167.º, nº 1, do CPP-Pt⁷. A vista disso, a autora critica a mencionada continuidade entre direito penal substantivo e processual penal, uma vez que a regra, em matéria de proibições de prova, seria a descontinuidade⁸.

Em razão dessa continuidade, a remissão ao direito penal substantivo tem como referência o art. 199.º do CP-Pt, que tipifica a obtenção e utilização de gravações, filmes e fotografias em proteção à palavra falada e à imagem⁹; por essa

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

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

4 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 13-34 e 18.

5 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 18.

6 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 21-22.

7 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 23-25. Como afirma a autora à página 25: “Assim, somos levados a concluir que o juízo do direito penal sobre a contrariedade da conduta à norma jurídico-penal, quando esteja em causa a *obtenção*, não será de molde a proibir a admissão do meio de prova no processo penal. Trata-se de uma questão a ser reanalisada pelas valorações próprias do processo penal que, na prevalência dos interesses que jogam no sentido da admissão da prova, não transigirá com o juízo penal substantivo. Por outro lado, no que concerne à *utilização*, este último juízo é inexorável, porquanto subtraído a qualquer ponderação de interesses”.

8 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 27-33.

9 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 33-34.

razão, o terceiro capítulo foi dedicado a esse tipo penal. Como ponto de partida, a autora adota o bem jurídico como critério de legitimação da norma penal; assim, legítima será a norma penal que tutele bem jurídico relevante para a sociedade e circunscrito à fragmentariedade e subsidiariedade da intervenção penal¹⁰.

Além de legitimar, o bem jurídico também delimita o conteúdo da imputação de um crime. Para a autora, o âmbito da tutela típica do art. 199.º do CP-Pt é o direito à palavra e o direito à imagem, isto é, tutela dois bens jurídicos distintos ao incriminar tanto as gravações quanto as fotografias ilícitas. Ambos os bens jurídicos teriam dignidade constitucional autônoma (art. 26.º, nº 1, da CRP – Constituição da República portuguesa) em relação ao direito à privacidade, de modo que a ofensa ao direito à palavra ou à imagem prescinde de lesão à privacidade. No âmbito do direito à palavra, o art. 199.º do CP-Pt incrimina quem grava ou utiliza ou permite que utilizem gravação, mesmo que lícitamente obtida (= com consentimento na gravação), sem o consentimento (na reprodução) da outra pessoa¹¹. Diferentemente, a fotografia, que concerne ao direito à imagem, será ilícita se obtida ou utilizada contra a vontade da pessoa, de modo que deve contrariar a vontade presumida do titular do bem jurídico, prescindindo de oposição expressa¹².

A remissão ao direito penal substantivo agrega à análise do art. 167.º, nº 1, do CPP-Pt a discussão sobre as excludentes de ilicitude como meio para admitir as reproduções mecânicas¹³, tema que é objeto do quarto capítulo da obra. Isso porque a presença ou ausência de causas de justificação (v.g., legítima defesa e estado de necessidade) está contida no juízo de ilicitude penal. Assim, para se desvencilhar da proibição de valoração contida no art. 167.º, nº 1, do CPP-Pt, indaga-se: Seria cabível legítima defesa ou estado de necessidade para autorizar a valoração das reproduções mecânicas?¹⁴ Como apresentado na obra, o Tribunal da Relação de Lisboa afirmou que sim. A autora, no entanto, diverge da posição do Tribunal, pois: (i) a verificação do requisito da atualidade da agressão exigida na legítima defesa demandaria um descabido congelamento temporal da conduta dos agressores até a sua avaliação no processo penal; e (ii) eventual recurso ao estado de necessidade, caso se trate apenas da gravação, seria consumido pela legítima defesa, já que esta prescinde de uma relação de superioridade do interesse agredido; caso se tratasse da reprodução no processo, também não seria uma

10 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 34-43.

11 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 45-47.

12 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 50-52.

13 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 55.

14 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 60-61.

causa de justificação aplicável, pois não poderia ser reduzida a um instrumento com “função probatória”¹⁵. Logo, a resposta não estaria nas causas de justificação.

No quinto capítulo, é exposto que haverá exclusão da tipicidade da conduta que procede à captação da imagem quando enquadrada em lugares públicos, forem fatos de interesse público ou que tenham ocorrido publicamente¹⁶. Essas hipóteses de exclusão decorrem das causas juscivilistas previstas no art. 79.º, nº 2, do Código Civil português, reconduzível à adequação social na medida em que a imagem é uma projeção da pessoa e não pode ser escondida quando está em lugares públicos¹⁷.

Exposto o problema e rejeitada a sua solução pela aplicação de causas de justificação penais, a autora traça no capítulo sexto o entendimento que reputa mais acertado para resolver a problemática oriunda da peculiar remissão do art. 167.º, nº 1, do CPP-Pt ao direito penal substantivo. Para tanto, realiza uma “[...] redução da área da tutela típica de sentido vitimodogmático”¹⁸ do art. 199.º do CP-Pt. Essa redução parte da adoção da vitimodogmática como regra de interpretação teleológica dos tipos penais fundada na *ultima ratio* e que exclui do âmbito de incriminação as condutas contra as quais a vítima deveria se proteger (= adoção de medidas de autoproteção)¹⁹. Aplicando a regra interpretativa ao art. 199.º do CP-Pt, a autora exclui (= redução teleológica) da zona de proteção deste tipo penal a palavra criminosa e a imagem do agente criminoso, pois a captação ou utilização da palavra ou imagem relativa à conduta criminosa, dirigida a coleta de material probatório, estariam dentro da área de autotutela da vítima²⁰.

Ao longo das 114 páginas, a autora explora uma discussão interessante e específica de Portugal, pois a proibição de valoração de prova contida no art. 167.º, nº 1, do CPP-Pt é, ao menos aos olhos brasileiros, curiosa, inexistindo no nosso ordenamento jurídico regra similar²¹. Além disso, embora se possa discordar da autora, a obra também tem seus méritos: o primeiro é a própria escolha

15 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 64-73.

16 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 77.

17 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 77-79.

18 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 85.

19 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 85-91.

20 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 85, 96-99.

21 É exatamente essa falta de regras correspondentes entre os ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil que justifica a presente resenha na medida em que fomenta o debate entre os países ao apresentar para o público brasileiro discussão aqui não travada, e que faz da intersecção entre direito penal e processo penal um dos seus pontos de destaque. Assim, o presente esforço crítico nada mais é do que manifestação da ideia de que “qualquer disciplina de rigor – receba ou não o nome de “ciência” – deve estar sempre aberta à provocativa e revigorante influência dos

do tema investigado, pois permite abordar conjuntamente problemas relativos à prova no direito processual penal e à parte geral do direito penal; o segundo é a construção de uma alternativa à solução corrente na jurisprudência portuguesa²², que adota as causas de justificação como meio para a exclusão da ilicitude da conduta de gravar ou fotografar²³; o terceiro está no aspecto estrutural, pois as retomadas sucintas de conteúdo permitem uma leitura mais fluida, em especial para quem não está familiarizado com o sistema jurídico português.

Ao lado desses méritos, porém, somam-se alguns pontos passíveis de crítica relativos a aspectos metodológicos e de conteúdo.

Como dito, a especificidade do objeto da monografia a torna interessante. Entretanto, a discussão do tema é marcada pela restrição, já que o debate com outros autores é limitado a alguns poucos, inclusive se tratando de portugueses. Isso é comprovado tanto por um passar de olhos nas notas de rodapé durante a leitura quanto por meio de um levantamento da quantidade de vezes que o mesmo autor é citado. Sistematizamos essas informações para clarear o que se pretende dizer.

De um lado, apuramos que os autores Albergaria²⁴, Beccaria²⁵, Beleza²⁶, Carvalho²⁷, Conceição²⁸, Faria²⁹, Fouto³⁰, Leão³¹, Machado³², Maria Luísa Neto³³, Palma³⁴, Pena³⁵, Mota Pinto³⁶ e Seiça³⁷ são citados apenas uma vez na obra rese-

ventos teóricos que sopram de e para outras direções" [MOURA, Bruno de Oliveira. *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 25].

22 E já defendida em sede doutrinária no Brasil quando da discussão sobre a utilização de gravação ambiental feita pela vítima: MARTINS, Charles; ÁVILA, Thiago Pierobom de. A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua licitude após a Lei nº 13.964/2019. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 967-1005, 2022, p. 988.

23 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 87-99.

24 Citação na nota de rodapé 126 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 74.

25 Citação na nota de rodapé 40 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 38.

26 Citação na nota de rodapé 112 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 69.

27 Citação na nota de rodapé 86 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 55.

28 Citação na nota de rodapé 124 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 73.

29 Citação na nota de rodapé 135 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 79.

30 Citação na nota de rodapé 114 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 69.

31 Citação na nota de rodapé 128 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 75.

32 Citação na nota de rodapé 135 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 79.

33 Citação na nota de rodapé 31 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 32.

34 Citação de duas obras, uma na nota de rodapé 30 e outra na 31 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 31 e 32.

35 Citação na nota de rodapé 188 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 102.

36 Citação na nota de rodapé 31 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 32.

37 Citação na nota de rodapé 126 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 74.

nhada. Já os autores Albuquerque³⁸, Barbosa³⁹, Correia⁴⁰, Silva e Reis⁴¹ e Milene Martins⁴² são citados duas vezes. Há também um pequeno grupo de autores citados três vezes: Vieira de Andrade⁴³ e Muñoz Conde⁴⁴. Neves da Costa⁴⁵ e Monteiro⁴⁶ dividem o posto de cinco citações; Silva, seis citações⁴⁷. De outro lado, há abundância de citação de outros autores, com predominância de Costa Andrade e suas 56 citações⁴⁸. Além dele, também há destaque para Almeida Costa⁴⁹, citado vinte e duas vezes; Figueiredo Dias, dezessete vezes⁵⁰; Cancio Meliá, doze vezes⁵¹; Silva Sánchez⁵², onze; Tavares⁵³, nove; Schünemann⁵⁴, oito; e Caiado Milheiro⁵⁵, ao lado de Roxin⁵⁶, contam sete citações cada.

Essa sistematização demonstra impressão de que em um momento ou outro algum autor de fora dá o ar da graça e tem a sua opinião levada em conta, o que

-
- 38 Esse autor possui duas obras citadas, cada qual duas vezes: cf. notas de rodapé 52, 55, 179 e 180 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 44 e 45.
- 39 Citações nas notas de rodapé 88 e 89 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 56 e 57.
- 40 Citações nas notas de rodapé 53 e 66 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 85 e 108.
- 41 Citações nas notas de rodapé 28 e 183 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 31 e 100.
- 42 Citações nas notas de rodapé 115 e 188 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 70 e 102.
- 43 Citações nas notas de rodapé 141, 181 e 182 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 86 e 100.
- 44 Citações nas notas de rodapé 60, 120 e 188 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 46, 72 e 102.
- 45 Citações nas notas de rodapé 4, 7, 8, 9 e 10 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 18, 19 e 20.
- 46 Citações nas notas de rodapé 87, 90, 92, 93 e 94 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 56, 57, 59 e 60.
- 47 Citações nas notas de rodapé 125, 126 (duas obras), 130, 184 e 185 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 74, 75, 100 e 102.
- 48 Citações nas notas de rodapé 1, 2, 12, 14, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 51, 56, 57, 58, 62, 63, 64, 65, 66, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 80, 107, 116, 117, 134, 137, 138, 139, 140, 142, 143, 187, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195 e 197 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 17, 19, 21, 23, 24, 26, 29, 37, 30, 31, 41, 43, 45, 46, 48, 50, 51, 52, 66, 70, 78, 81, 84, 85, 86, 102, 103, 104 e 105.
- 49 Citações nas notas de rodapé 45, 46, 47, 48, 49, 50, 87, 92, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 103, 133, 135, 167, 169, 170, 172 e 175 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), 42, 43, 56, 59, 60, 61, 62, 64, 78, 79, 94, 95 e 96.
- 50 Citações nas notas de rodapé 33, 34, 35, 37, 38, 40, 43, 44, 91, 101, 102, 132, 133, 135, 171 e 173 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 36, 38, 40, 41, 58, 63, 77, 78, 79, 95 e 96.
- 51 Citação da mesma obra nas notas de rodapé 144, 145, 147, 152, 161, 162, 165, 171, 174, 176 e 177 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 87, 89, 91, 92, 93, 95, 96 e 97.
- 52 Citação da mesma obra nas notas de rodapé 146, 148, 149, 150, 151, 152, 154, 155, 156 e 171 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 87, 88, 89, 90 e 95.
- 53 Citação da mesma obra nas notas de rodapé 67, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 120 e 122 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 49, 52, 53, 54 e 73.
- 54 Citação da mesma obra nas notas de rodapé 157, 158, 160, 163, 164, 166, 171 e 178 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 91, 93, 94, 95 e 99.
- 55 Citação da mesma obra nas notas de rodapé 3, 11, 13, 15, 18, 109 e 110 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 18, 21, 22, 24, 25, 66 e 67.
- 56 Citação da mesma obra nas notas de rodapé 34, 35, 36, 37, 39, 41 e 42 em: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 36, 37, 38, 39 e 40.

não altera a suspeita de que o trabalho elegeu pouco mais de meia dúzia de autores cuja opinião realmente valeria a discussão e relegou a restante a referências laterais.

Há também outro problema: salvo algumas considerações gerais e colhidas de fontes secundárias⁵⁷, a autora não perquire sobre os temas do trabalho em outros ordenamentos jurídicos, o que limita a sua amplitude e profundidade. Apesar de não ser uma obra de direito comparado, o fato de abordar o tema das proibições de prova em Portugal desperta curiosidade quanto à existência de proibição similar em outros países; se não existir, poderia ser feita uma comparação entre as diversas respostas; se existir, qual a forma de tratamento lhe é dispensada pelos tribunais e pela doutrina naquele país.

De forma geral, agregar o pensamento de outros autores⁵⁸ e adicionar a consulta a outros ordenamentos conferiria à obra maior substância em seus fundamentos, na medida em que ampliaria o escopo do debate e possibilitaria a sua verticalização. Mesmo que todos os autores tivessem posicionamentos concordes e não houvesse regra similar em nenhum outro país, para ficar no exemplo das proibições, essa expansão de escopo desaguaria em um estudo mais completo, já que um recorte temático estreito não precisa conviver com um horizonte de referências estreito.

Em desfavor da obra também pesa um fator metodológico: falta de indicação do critério adotado para selecionar os julgados analisados. Em um primeiro momento, isso ocorre quando a autora aborda a exclusão da ilicitude como requisito da admissibilidade das reproduções mecânicas e adota como objeto de análise acórdão datado de 2009 proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa⁵⁹. Em um segundo, na parte final no trabalho e no tópico “Entendimento da doutrina e da jurisprudência” há menção⁶⁰ apenas a um julgamento do Tribunal da Relação

57 Vide o tratamento das *exclusionary rules* na página 19, resolvido em três linhas e com três rodapés com referências portuguesas.

58 Quanto ao tema das proibições probatórias, leituras que poderiam ajudar a aprofundar a pesquisa: ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: um estudo comparado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014; MARTINS/ÁVILA, *ob. cit.* (nota 22); AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – Fundamentación teórica y sistematización. *Política Criminal*, Santiago, v. 4, n. 7, p. 1-56, 2009. Note-se, inclusive, que as duas primeiras obras referidas (Armenta Deu e Martins/Ávila) levam em conta o sistema português, podendo oferecer uma perspectiva “de fora” à problemática da obra. Quanto ao tema do bem jurídico, bem como para a crítica a Jakobs: JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do direito penal*. 2. ed. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2021; a primeira edição da obra é de 2018, de modo que poderia ser levada em conta [sobre, cf. *infra* 3.5.2].

59 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 64-73.

60 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 101.

de Coimbra como representativo do entendimento de “[...] que a prática de actos com relevância criminal não se poderia considerar integrada nos direitos fundamentais à imagem e à vida privada”⁶¹. Em ambos está ausente a indicação do critério para a seleção do julgado usado, se por ser paradigmático e/ou por enfrentar diretamente o tema. Além disso, não é referenciada se, porventura, há outros julgados do mesmo Tribunal que trataram do tema e nem se foi feita pesquisa para encontrá-los. Portanto, a parte jurisprudencial também carece de aprofundamento e explicitação do critério adotado para a escolha dos julgados apresentados.

Para além dessas críticas, um dos aspectos interessantes da obra é a abordagem da relação entre processo penal e direito penal⁶², que tem sido objeto de maior atenção na doutrina de língua portuguesa pelo movimento de aproximação entre as disciplinas⁶³. Na obra, como dito, isso decorre da remissão que o art. 167.º, nº 1, do CPP-Pt faz ao direito penal substantivo como crivo para admissibilidade da prova, que, segundo a autora expõe, rompe com a tradicional relação de descontinuidade entre as disciplinas (= uma não interfere na outra), tendo o legislador português optado pela continuidade⁶⁴.

Ao mesmo tempo, a obra destaca a importância da dimensão material-substantiva para as proibições de prova, como no caso da inadmissibilidade das provas obtidas mediante tortura, seja ela praticada por agentes do Estado ou por particulares⁶⁵. Ou seja, a relação entre direito penal e processo penal em matéria de prova não é algo absolutamente novo. A “novidade” do art. 167.º, nº 1, do CPP-Pt reside na *forma de remissão* feita ao direito penal pela qual optou o legislador português, sem uma razão específica aparente, e que, no viés tratado pela autora, acarretaria controvérsia para a admissão de provas – gravações ou fotografias – obtidas por particulares por conflito com o crime previsto no art. 199.º do CP-Pt. Assim, a problemática da proibição de valoração de prova baseada na intersecção entre as disciplinas está na forma como foi posta pelo legislador no sistema jurídico.

No entanto, também aqui há um reflexo do problema macro referente à fundamentação. Apesar de a relação entre direito penal e processo penal ter des-

61 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 101.

62 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 28-29.

63 DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco; BUONICORE, Bruno Tadeu. As relações de complementariedade entre direito penal, direito processual penal e político criminal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 19-40, 2023, p. 25.

64 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 28-29.

65 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 18-19.

dobramentos práticos e teóricos importantes⁶⁶, a autora não explora essa relação em sua amplitude, o que, se feito, forneceria um arco teórico prévio à discussão do problema concreto. Parece-nos, inclusive, que o aprofundamento na imbricação entre essas disciplinas seria ainda mais essencial do que outros temas abordados⁶⁷, uma vez que constitui o plano de fundo da discussão central da obra.

Essa intersecção entre direito processual penal e direito penal substantivo conduziu a autora a uma incursão por temas atinentes ao último, como a abordagem sobre o bem jurídico e a *ultima ratio*, que serviram de base teórica para a construção da solução dada ao final da obra. No entanto, a parte voltada ao direito penal também é suscetível de algumas considerações críticas.

A autora assenta quatro premissas gerais que devem guiar as discussões sobre direito penal material ao longo da obra: (i) as normas penais devem tutelar bens jurídicos essenciais à convivência pacífica em comunidade; (ii) o critério de legitimação e fiscalização dos tipos é que protejam bens jurídicos; (iii) essa proteção deve ser subsidiária e fragmentária, com base no princípio da proporcionalidade, arrimado no art. 18.º, n.º 2, da Constituição da República de Portugal; e (iv) quando uma conduta tiver um resultado lesivo, mas não violar nenhuma norma, por força da subsidiariedade e da fragmentariedade, não será possível analisar a ilicitude, pois a conduta sequer será típica⁶⁸. Vamos, para essa resenha, focar nos dois primeiros pontos.

Ao desenvolver a assertiva (i), afirma que outras concepções do direito penal, como as propagadas por Jakobs⁶⁹ e Stratenwerth⁷⁰, seriam inadmissíveis, pois conduziriam a uma prepotência do legislador e do princípio da maioria sobre o princípio do bem jurídico, com desprendimento do direito penal da ideia de “mínima intervenção” e violação a inúmeros princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, princípio do Estado de Direito Democrático, integridade moral da pessoa, direito ao livre desenvolvimento, etc.⁷¹ E conclui, ao desenvolver a assertiva (ii), que a função crítica do bem jurídico seria suficiente para evitar os problemas apontados nas outras teorias, já que denunciaria a ilegitimidade de normas que não protegessem bens jurídicos⁷².

66 Cf. DE-LORENZI/CEOLIN/BUONICORE, *ob. cit.* (nota 63), p. 32 e ss.

67 O capítulo quinto, por exemplo, que poderia ser um simples tópico da análise do tipo do art. 199.º do CP-Pt.

68 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 36-37.

69 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 37-38

70 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 39.

71 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 39.

72 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 40.

Nesse ponto, colocam-se algumas objeções⁷³. Será que o conceito político criminal de bem jurídico realmente demonstrou, ao longo de sua história, a capacidade de ser o exclusivo fiador do controle da legitimidade de incriminações? Talvez o fato de a sua grande vitória ser, até hoje, a descriminalização de diversos delitos sexuais na Alemanha entre as décadas de 1960 e 1970⁷⁴, e sua principal derrota datar de 2008, materializada na decisão do BVerfG (*Bundesverfassungsgericht* – Tribunal Constitucional alemão), que reconheceu a constitucionalidade do crime de incesto e que não se pode deduzir da teoria do bem jurídico algum critério constitucional que limite o legislador⁷⁵, possa fazer a balança pender a uma resposta negativa. Há, inclusive, estudos a afirmar que a teoria do bem jurídico, antes de servir ao controle de legitimidade, contribuiria para a expansão de criminalizações⁷⁶.

Isso implica em reconhecer que a teoria do bem jurídico de nada serve? Não necessariamente. A ele ainda podem corresponder outras funções, como distinguir bens jurídicos coletivos verdadeiros de falsos⁷⁷. A obra, contudo, restringe-se apenas àquela colocação inicial de que bens jurídicos conteriam criminalizações ilegítimas, o que deixa um gosto amargo na boca do leitor, como se uma oportunidade de complexificação das ideias tivesse sido ignorada.

Talvez um dos motivos para isso esteja na já apontada clausura teórica do livro, que fez uma revisão bibliográfica tímida e um diálogo restrito com autores de outros ordenamentos⁷⁸, o que, quando feito, o é para reiterar o ponto de vista

73 Não se ignora a possível resposta de que o tema não era objeto da pesquisa. Concordamos com isso – pesquisas precisam de determinados pressupostos e nem sempre é possível verticalizar em todos eles. Contudo, ao fazer o seu breve panorama sobre a teoria do bem jurídico, a autora usa pinceladas por demais grossas, que, paradoxalmente, deixaram locais da tela sem tinta alguma. É com relação a isso que são feitas as críticas a seguir.

74 O que, inclusive, é questionável se ocorreu por força da ideia de bem jurídico, já que a valoração social à época pendia de forma dominante à descriminalização, cf. HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Anales de Derecho*, [s.l.], v. 19, p. 147-158, 2001, p. 149; FROMMEL, Monika. Die rätselhaften Debatten zum strafrechtlichen Rechtsgüterschutz – wieso gelingt es so selten, die strafrechtliche Gesetzgebung zu begrenzen? Zum 90. Geburtstag von Wolfgang Naucke am 8. Juni 2023. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 2, n. 3, p. 203-210, 2023, p. 205-206.

75 GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 82, p. 165-185, 2010, p. 167 e 179; FROMMEL, *ob. cit.* (nota 74), p. 207-208, que destaca que, além da Alemanha, também no plano continental-europeu o conceito crítico de bem jurídico falhou, já que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos reconheceu a validade do dispositivo questionado perante o BVerfG.

76 FROMMEL, *ob. cit.* (nota 74), p. 207.

77 GRECO, *ob. cit.* (nota 75), p. 182; com exemplos: ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrehenslehre*, 5. ed. Munique: C.H. Beck, v. I, 2020. p. 52 e ss.

78 Conforme apontado *supra*, 3.1.

defendido na obra. Como exemplo, basta observar que, entre as páginas 36 e 41, em que se encontra o grosso da discussão sobre bem jurídico, há referências, apenas e exclusivamente, a Figueiredo Dias e Claus Roxin, ao lado de quem a autora se coloca. Já a exposição da teoria de Jakobs e de Stratenwerth e as respectivas críticas são feitas com base naqueles dois autores, sem consulta ao material original. Assim, há dois problemas: um quantitativo (= poucos autores foram consultados) e outro qualitativo (= fontes não foram consultadas no original⁷⁹). Como o problema quantitativo⁸⁰ já foi abordado, olhemos para o qualitativo.

Com relação ao problema qualitativo, a sua maior manifestação ocorre no trecho em que a autora afirma a violação de diversos princípios constitucionais decorrentes da adoção das posições de Jakobs ou Stratenwerth. Da leitura dessa passagem questiona-se: Aqueles princípios seriam violados da mesma forma por ambas as teorias, ou cada uma o faria de forma específica? Ambas as teorias violariam todos os princípios, ou a de Jakobs violaria alguns e a de Stratenwerth, outros? Como, concretamente, o que postula Jakobs e Stratenwerth viola o princípio do Estado de Direito Democrático? Não poderia, por outro lado, a adoção do conceito de bem jurídico contribuir de alguma forma para a violação de alguns daqueles princípios listados, seja pelo seu aspecto iliberal⁸¹, seja por meio de seu manejo pela classe dos especialistas⁸²? A essas perguntas a obra não oferece resposta. A consulta direta daqueles autores, contudo, a colocaria em condições de tecer críticas mais detalhadas e concretas⁸³, bem como a confrontaria com perguntas que tensionariam a própria posição da autora, o que não foi possível com base em uma análise apenas indireta dos argumentos.

79 Quando se faz referência ao original, não se está querendo dizer que os originais em alemão deveriam ser consultados, mas sim a obra daquele autor, mesmo que traduzida.

80 *Supra*, 3.1.

81 ROXIN/GRECO, *ob. cit.* (nota 77), p. 29.

82 SOARES, Hugo. Sobre a vida e sobrevivência da teoria do bem jurídico: um ensaio crítico em diálogo com o livro "Ainda vive a teoria do bem jurídico?", de Humberto Souza Santos. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 190-209, 2022, p. 195-196.

83 Como, por exemplo, ao se criticar a posição de Jakobs, poder-se-ia fazer referência à tentativa de legitimação dos tipos penais de droga, que garantiriam "uma medida mínima de moralidade como condição da existência social" [JAKOBS, *op. cit.* (nota 58), p. 75], desenvolvida dentro do contexto de crítica à ideia de proteção a bens jurídicos. Deveria o direito penal garantir uma medida mínima de moralidade? Caso sim, isso legitimaria os tipos penais de entorpecentes? A teoria crítica do bem jurídico não poderia mostrar a sua capacidade de rendimento nesse âmbito? Essas e outras questões poderiam ter sido feitas e certamente enriqueceriam a argumentação da autora e o trabalho como um todo.

Há outro ponto em que a obra provoca curiosidade no leitor estrangeiro. A autora deixa claro que se pautará pelo princípio da *ultima ratio*⁸⁴, de modo que apenas quando o bem jurídico tutelado for *digno* e *carente* de tutela penal poder-se-á legitimar uma incriminação que busque protegê-lo. Após munir o leitor desse pressuposto, a autora parte para a análise do art. 199.º do CP-Pt. A dignidade penal do direito à palavra e à imagem, segundo a autora, seria deduzível da Constituição portuguesa, mais precisamente do art. 26.º, nº 1⁸⁵. Já a carência de tutela penal do direito à palavra falada estaria demonstrada pela opção do legislador por proteger penalmente o bem jurídico⁸⁶. Com relação ao direito à imagem, não há uma justificação clara da carência de tutela penal; a autora, contudo, destaca que, por meio do emprego do princípio da *ultima ratio*, a incidência do art. 199.º, nº 2, do CP-Pt ficaria restrita apenas a casos em que houver violação à reserva da vida privada ou íntima⁸⁷.

Embora o princípio da *ultima ratio* seja um pressuposto adotado pela autora, é importante trazer a lume autores⁸⁸ que discutem se a *ultima ratio* seria mesmo um princípio e qual seria o seu conteúdo normativo. Nessa discussão, um dos autores⁸⁹ coloca em xeque a existência independente do princípio da *ultima ratio*, pois a sua leitura sempre está atrelada a outros princípios penais, como o da subsidiariedade, e sugere que a *ultima ratio* teria uma função normativa independente se fosse empregada com um metaprincípio juntamente com os três princípios (princípios do valor penal, da utilidade e da humanidade) que norteariam a criminalização de uma conduta. Há ainda uma visão mais crítica que descreve a *ultima ratio* como um rótulo vazio, acompanhado de conceitos vagos – como a proteção de bens jurídicos –, que não possui base histórica e universalidades,

84 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 41: “A sua intervenção minimalista e de *ultima ratio* estriba-se no facto de as sanções penais serem as medidas mais drásticas, na compressão que comportam para os direitos fundamentais, cominadas para determinado ato ilícito. Assim sendo, a sua intervenção pauta-se por um critério de estrita necessidade: far-se-á sentir apenas quando outro meio não seja suficiente para tutelar determinado bem jurídico, bem jurídico esse que tem de revestir *dignidade penal* e ser *carente de tutela penal*”.

85 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 43.

86 Com relação à palavra falada: MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 47: “Tratou-se de uma opção do legislador ordinário que, a partir da sua autonomização a nível constitucional, entendeu ser a palavra falada um bem jurídico com *dignidade penal* própria e carente dessa tutela, ao ponto de consagrar uma incriminação para as lesões deste direito, abstraindo de simultâneas lesões da área da privacidade”.

87 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 50-53.

88 DUBBER, Markus. *Ultima ratio* como *caveat dominus*: princípios jurídicos, máximas de polícia e análise crítica do direito. Tradução: Lucas Minorelli e Marcelo Butelli. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 7-40, 2019; JAREBORG, Nils. A criminalização como último recurso (*ultima ratio*). Tradução: Lucas Minorelli. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 77, p. 58-74, 2012.

89 JAREBORG, *ob. cit.* (nota 88), p. 63, 67-71.

sendo que tenta mascarar estas últimas por meio do verniz conferido pelo latim das duas palavras⁹⁰.

Para além do problema referente à adoção da *ultima ratio* como pressuposto em razão da existência de discussão quanto ao seu conteúdo, surgem também outras questões: (i) Com relação ao direito à palavra falada, será que, ao se adotar o conceito político criminal de bem jurídico e denunciar que outros modelos representariam um agigantamento do legislativo, não haveria uma contradição ao derivar a carência de tutela penal da simples vontade do legislador?; (ii) Com relação ao direito à imagem, não seria contraditório desenvolver todo o argumento sobre a sua independência com relação ao direito à privacidade⁹¹ para, depois, restringir a sua proteção por meio do direito penal apenas aos casos em que há ataque à dimensão da privacidade?; e, principalmente, (iii) Será que não seria possível questionar tanto a dignidade penal quanto a carência de proteção penal dos direitos à palavra falada e à imagem⁹²? A pena aplicável ao dispositivo (“é punido com pena de prisão de até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias”), bem como a sua “originalidade”, quando comparada com outros sistemas jurídicos⁹³, poderiam indicar que, sim, há motivos para questionar a legitimidade da incriminação. Cremos que esse silêncio representa mais uma consequência da falta de abertura do trabalho para a discussão de outros países, já que, ao que nos parece, o principal interlocutor da autora sobre o tema não entende o aqui apontado como um problema⁹⁴, de modo a ser “quase natural” que fosse ignorado.

Quanto à vitimodogmática, a posição da autora é condizente com o que defende o principal cultor dessa proposta: o direito penal será necessário apenas quando não houver outro meio menos virulento e mais apto à proteção de

90 DUBBER, *ob. cit.* (nota 88), p. 18-21.

91 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 51; no mesmo sentido: COSTA ANDRADE, Manuel da. Dos crimes contra outros bens jurídicos pessoais: artigo 199º. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (coord.). *Comentário conimbricense do Código Penal*: parte especial, artigos 131.º a 201.º. Coimbra: Coimbra, t. 1, 1999. p. 821.

92 A autora chega a aventar a possibilidade de questionar se os bens jurídicos em jogo no art. 199º, nº 1, do CP seriam bens jurídico-penais, ou se o tipo deveria restringir-se aos casos em que há violação contra a vida privada e a esfera da vida íntima. Infelizmente, esse raciocínio é feito em curtas 7 linhas em uma nota de rodapé, quando poderia ser um dos centros de discussão do trabalho. Cf. MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 47, nota 61.

93 COSTA ANDRADE, *ob. cit.* (nota 91), p. 819-821.

94 COSTA ANDRADE, *ob. cit.* (nota 91), p. 821 e ss., que apenas descreve os bens jurídicos em jogo na incriminação do art. 199º do Código Penal português, não se questionando sobre a legitimidade da incriminação. Dizemos que é o principal interlocutor, pois, entre as páginas 43 e 54, *locus* de discussão sobre o tipo do art. 199.º, há 36 notas de rodapé, sendo que o seu nome aparece em 21 delas, enquanto o de Hugo Tavares, o segundo mais referenciado, aparece em 7.

bens jurídicos; geralmente, o meio menos virulento é a própria autoproteção da vítima⁹⁵.

A despeito disso, podem ser apresentadas duas objeções e uma lacuna. A primeira crítica: afirma-se faltar à vitimodogmática um fundamento material-normativo e um lugar claro dentro da construção da teoria do delito, de modo que ela representaria apenas um “etiquetamento atraente”⁹⁶; há, claro, momentos nos quais o comportamento da vítima é levado em conta⁹⁷, mas isso não traz consigo necessariamente a criação de uma “vitimodogmática”⁹⁸, a qual seria desnecessária. A tentativa da autora de superar essa crítica parece comprovar a sua correção, já que lhe reduz a um instrumento de interpretação do tipo⁹⁹, concluindo que “[...] esta exclusão poderá considerar-se baseada, ou no princípio vitimológico, ou no referido princípio da auto-responsabilidade, que parte de uma ideia de autonomia individual”¹⁰⁰. Logo, o apelo à vitimodogmática seria prescindível para resolver o problema criado pela legislação portuguesa.

A segunda crítica: a autora faz referência, de forma aberta, a “considerações vitimodogmáticas [...] nas construções jurisprudenciais”¹⁰¹. Contudo, em momento algum é demonstrado que a jurisprudência portuguesa se valeu da vitimodogmática para a resolução de qualquer caso¹⁰². O que pode ter havido é a consideração da vítima na análise de algum aspecto – o que, como já apontado, não é estranho ao direito penal –, sem que isso, contudo, indicasse a adoção da referida teoria. Portanto, nesse ponto, o trabalho é impreciso.

Por fim, a lacuna: a vitimodogmática autorizaria, em sua vertente de correção da legislação, uma extensão dos direitos de defesa por meio do alargamen-

95 SCHÜNEMANN, Bernd. Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 90, n. 1, p. 11-63, 1978, p. 41; HILLENKAMP, Thomas. Was macht eigentlich die Viktimodogmatik? – Eine Zwischenbilanz zur “viktinologischen Maxime” als Gesetzgebungs-, Auslegungs-, Zurechnungs- und Strafzumessungsprinzip. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 129, n. 3, p. 596-628, 2017, p. 604 e 609; MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 91.

96 CANCIO MELIA, Manuel. Opferverhalten und objektive Zurechnung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 111, n. 2, p. 357-387, 1999, p. 371.

97 Como aponta a própria autora às páginas 89-90.

98 CANCIO MELIA, *ob. cit.* (nota 96), p. 372.

99 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 93-94 e 99.

100 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 96.

101 MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 90.

102 Inclusive, em um dos casos narrados pela autora, a vitimodogmática foi arguida por uma das partes, não sendo, contudo, acolhida pelo Tribunal da Relação de Lisboa [MARTINS, *ob. cit.* (nota 1), p. 66]. No seu país de origem, a vitimodogmática também não encontrou ressonância na jurisprudência: HILLENKAMP, *ob. cit.* (nota 95), p. 612.

to de seus pressupostos, como a atualidade da agressão na legítima defesa¹⁰³. A correção ou não do postulado pode ser discutida, mas, já que o trabalho adota a vitimodogmática e tem como um dos seus pontos de discussão a inaplicabilidade das causas de justificação à ilicitude das reproduções mecânicas no processo penal exatamente pelo limite de seus pressupostos, seria interessante que o trabalho apresentasse essa possibilidade, mesmo que não a adotasse.

A obra, como se vê, tem margem para complementações e aprofundamentos, o que poderá ser empreendido pela autora em edições posteriores. A despeito disso, permanece sendo trabalho que aborda tópico curioso da legislação portuguesa, apresentando, para isso, uma resposta digna de discussão por fugir à saída fácil de apelar às causas de justificação para resolvê-lo. Por isso, recomenda-se a leitura da obra ao público brasileiro.

Sobre a autora:

Hellen Luana de Souza | *E-mail:* hellenluanas78@gmail.com

Graduada em Direito (UEL). Advogada.

Recebimento: 21.08.2023

Aprovação: 28.11.2023