

# PROVA EM VÍDEO: NOÇÕES GERAIS, LIMITES DE ADMISSIBILIDADE, LESÃO EVENTUAL A DIREITOS DE PERSONALIDADE E APROVEITAMENTO EXCEPCIONAL DA VIDEOGRAVAÇÃO ILICITAMENTE OBTIDA

Hugo Barbosa Torquato Ferreira<sup>1</sup>

Sumário: Introdução. 1. Noções gerais. 1.1 Conceito de prova. 1.2 Evolução do direito probatório: do empirismo à persuasão racional. 2. Provas ilícitas e provas ilegítimas. 3. Inadmissibilidade da prova. 4. A videovigilância. 5. A tutela dos direitos de personalidade e a tutela do direito à segurança. 5.1 A proteção normativa dos direitos à imagem, à intimidade e à privacidade. 5.1.1 Imagem. 5.1.2 Privacidade e intimidade. 5.2 A tutela da segurança. 6. A videogravação como prova. 6.1 Análise da licitude da obtenção da gravação. 6.2 Admissibilidade do registro de vídeo ilicitamente produzido. 6.2.1 Legítima defesa. 6.2.2 Proporcionalidade. Conclusão e Proposta de Harmonização. Bibliografia. Jurisprudência.

## INTRODUÇÃO



opção pela prevalência de um direito, diante de conflito de bens jurídicos protegidos por normas de igual hierarquia, é situação que exige do julgador especial reflexão, mormente quando uma destas normas se destina a delimitar parâmetros éticos para a própria atividade jurisdicional.

E não é outro o escopo da limitação constitucional à ad-

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. MBA em Gestão Pública, com ênfase em controle externo, pela Faculdade Internacional de Curitiba.

missão de provas, senão o de manter elevados os padrões exigidos para o comportamento das partes no processo. E neste ponto, é de se esclarecer nossa opção, neste trabalho, pela abordagem do tema sob a ótica da teoria unitária da ciência processual.

No decorrer deste estudo serão abordados os limites para utilização de um registro em vídeo como prova, a partir dos parâmetros legais e jurisprudenciais de Brasil e Portugal, sem qualquer objeção quanto à natureza civil ou penal da norma ou pronunciamento. Entendemos que, no que toca aos *standards* ético jurídicos que deverão ser observados pelas partes, em nada deverá importar a natureza da pretensão.

Aliás, não vislumbramos, na conjuntura atual, qualquer razão para que do Estado, no exercício da atividade persecutória, se exijam padrões mais sofisticados do que os que são esperados do particular.

Pretende-se, com início nas noções gerais sobre a prova, sem deixar de consignar notas acerca de conceitos como ilicitude, ilegitimidade e inadmissibilidade, revisitar o estudo dos direitos de personalidade, com o objetivo de melhor visualizar sua extensão e reponderar sua relevância no sopesamento ético da admissão de provas no processo.

Neste ponto repousa nossa preferência, neste estudo, pela análise de precedentes da América do Norte. A flexibilidade inerente ao *common law*, aliada à tradição de respeito a direitos fundamentais, formou um ambiente altamente favorável para o desenvolvimento do tema.

Ao final, será apresentada uma proposta de tratamento único da matéria, com critérios de identificação da ilicitude da prova em vídeo aplicáveis ao Brasil e a Portugal.

Outrossim, proporemos um rol de requisitos para admissão excepcional da prova em vídeo ilicitamente captada, construído a partir da junção de ideias desenvolvidas pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, da Su-

prema Corte do Canadá e do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

## 1. NOÇÕES GERAIS

### 1.1 CONCEITO DE PROVA

A palavra prova tem origem no latim: *probatio* (inspeção, exame, verificação), expressão que, por sua vez, deriva do verbo *probare* (demonstrar)<sup>2</sup>.

Paulo Rogério Zaneti<sup>3</sup> destaca que o termo prova, no âmbito do Direito, assume duplo aspecto, objetivo e subjetivo, podendo, no âmbito objetivo, ser conceituada como “instrumento utilizado para demonstrar a existência de um fato” e, em seu viés subjetivo, ser definido como “a verdade considerada pelo julgador no caso concreto”.

Em seu viés objetivo, traduz, ainda, um caminho para descoberta da verdade. No processo de conhecimento, apresenta importância tal que ocupa grande parte da marcha processual<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> De Plácido e Silva acrescenta que, no sentido jurídico, entende-se como prova “a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, e em virtude da qual se concluem por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado”. SILVA, de Plácido e. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.491.

<sup>3</sup> ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

<sup>4</sup> Marinoni, refletindo sobre a importância da prova para o processo de conhecimento, aduz que a “idéia de prova evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a racionalização da descoberta da verdade. Realmente, a definição clássica de prova liga-se diretamente àquilo ‘que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente’. Tem-se (ou tinha-se) essa ideia para a ampla maioria das ciências, e a ciência processual clássica não foge à regra. Também o juiz, no processo (de conhecimento), tem por função precípua a reconstrução dos fatos a ele narrados, aplicando sobre estes a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo; feito esse juízo de concreção da regra aos fatos, extrai-se a consequência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma como preconizada pelo legislador. Ninguém duvida que a função do real (e, portanto, da prova) no processo

É claro que tal verdade longe está de ser uma certeza plena, uma vez que o julgador, por não ser onisciente, valer-se-á da lógica, da razoabilidade e da dedução em sua apreciação<sup>5</sup>.

Carnelutti<sup>6</sup> define prova como o instrumento que proporciona ao avaliador uma percepção, a partir da qual este poderá adquirir o conhecimento do fato. Chiovenda<sup>7</sup>, por sua vez, verbera que provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo<sup>8</sup>.

---

é absolutamente essencial, razão mesmo para que a investigação dos fatos, no processo de conhecimento, ocupe quase que a totalidade do procedimento e das regras que disciplinam o tema nos diversos códigos processuais que se aplicam no direito brasileiro.”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: processo de conhecimento. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 2.

<sup>5</sup> Mittermaier, com muita propriedade, ensina que “um dedicado amigo da verdade reconhece que a certeza, que necessariamente o contenta, não escapa ao vício da imperfeição humana; que é sempre lícito supor o contrário daquilo que consideramos verdadeiro. Enfim, a fecunda imaginação do céptico, atirando-se ao possível, encontrará sempre cem razões de dúvida. Com efeito, em todos os casos se pode imaginar uma combinação extraordinária de circunstâncias, capaz de destruir a certeza adquirida. Porém, a despeito desta possível combinação, não ficará o espírito menos satisfeito, quando motivos suficientes sustentarem a certeza, quando todas as hipóteses razoáveis tiverem figuradas e rejeitadas após maduro exame; então o juiz julgar-se-á, com segurança, na posse da verdade, objeto único de suas indagações; e é, sem dúvida, essa certeza da razão, que o legislador quis que fosse a base para o julgamento. Exigir mais seria querer o impossível; porque em todos os fatos que dependem do domínio da verdade histórica jamais se deixa atingir a verdade absoluta. Se a legislação recusasse sistematicamente admitir a certeza todas as vezes que uma hipótese contrária pudesse ser imaginada, se veriam impunes os maiores criminosos, e, por conseguinte, a anarquia (seria) fatalmente introduzida na sociedade.”. MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. Tratado da prova em matéria criminal. Rio de Janeiro: A.A. da Cruz Coutinho, 1871.

<sup>6</sup> CARNELUTTI, Francesco. La prova civile – parte generali Il Concetto giuridico della prova. Milano: Giuffrè, 1992.

<sup>7</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile. Napoli: Eugênio Jovene, 1960.

<sup>8</sup> Juan Montero Aroca define a prova como “La certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos. Si la palabra prueba, o sus derivados, puede utilizarse en dos sentidos, como actividad (se está efectuando la prueba) y como resultado (este hecho se ha probado) la noción de la prueba atiende al primero de ellos.”. AROCA, Juan Montero. La

Acrescente-se, ainda, que, por concretizar os direitos ao contraditório e à ampla defesa, o direito à produção da prova possui caráter fundamental (art. 5<sup>a</sup>, LV da Constituição brasileira e art. 32, nº 5, da Constituição portuguesa).

## 1.2 EVOLUÇÃO DO DIREITO PROBATÓRIO: DO EMPIRISMO À PERSUASÃO RACIONAL.

A invenção da escrita (4.000 a.c.) é o principal critério para se definir o fim da pré-história e início da história antiga (que durou até o fim do império romano, 476 d.c.).

É a partir da idade antiga que se tem as primeiras notícias acerca do direito probatório<sup>9</sup>. A história do direito probatório pode ser dividida em cinco momentos principais<sup>10</sup>:

1. Fase primitiva;
2. Fase religiosa;
3. Fase da tarifa legal;
4. Fase da livre convicção do Juiz
5. Fase da persuasão racional do Juiz.

Durante a fase primitiva, tendo em vista a não estruturação das sociedades, não existia um sistema processual compilado, de modo que a valoração das provas ocorria de modo empírico e por impressões pessoais.

Em um momento intermediário entre a fase primitiva e a fase religiosa, destaca-se o período greco-romano, com notável desenvolvimento da matéria atinente ao direito probatório. Chama atenção, ainda, a exigência da crítica lógica e racional na valoração das provas, mesmo sem uma tabela de prévia ava-

---

prueba en el Proceso Civil. Navarra: Civitas, 2011. P.59-60.

<sup>9</sup> “São quase nulas as notícias acerca da prova judicial na época da pré-história. Daí que os estudos sempre partem do sistema probatório na idade antiga”. PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. Teoria Geral do Processo. São Paulo: De Direito, 2001, p.10.

<sup>10</sup> JUNIOR, Hermes Zaneti. Teoria Geral da Prova. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16725-16726-1-PB.htm>.

liação da importância desta ou daquela evidência.

Com a queda do império romano houve um retrocesso no direito probatório, sentido especialmente durante a baixa idade média. A tomada das ordas bárbaras abriu espaço para o retorno do método primitivo, fundado, como dito alhures, em noções predominantemente empíricas<sup>11</sup>.

Inicia-se a fase religiosa, que teve dois momentos principais. Inicialmente, devido à influência do antigo direito germânico, não se buscava a verdade real, mas tão somente o convencimento formal do Juiz. A prova tinha um fim em si mesma e era produzida quase que exclusivamente pelas partes, sem que o julgador tivesse muito espaço para valorá-la. Foi a época da criação dos ordálios, dos juízos de Deus e dos duelos judiciais (provas de água e fogo)<sup>12</sup>. No segundo momento, inicia-se a influência do Direito canônico, com os escabinos fazendo as vezes dos magistrados. Incumbidos da administração da justiça, utilizavam, dentre as regras legais, as normas do Direito canônico, que começaram a substituir, nos feudos, os sistemas bárbaros, oriundos do antigo sistema germânico. Inicia-se uma releitura do sistema romano, que permitiu uma transição para a fase da prova legal.

A fase da tarifa legal surge por influência direta do Direi-

---

<sup>11</sup> Humberto Theodoro Júnior elucida que, com a queda do Império Romano, “houve, além da dominação militar e política dos povos germânicos, a imposição de seus costumes e de seu direito. Aconteceu, porém, que os germânicos, também chamados *bárbaros*, possuíam noções jurídicas muito rudimentares e, com isso, o direito processual europeu sofreu enorme retrocesso na marcha ascensional encetada pela cultura romana. A princípio, nem mesmo uniformidade de critérios existia, pois, entre os dominadores, cada grupo étnico se regia por um rudimento próprio e primitivo de justiça, segundo seus costumes bárbaros”. JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Forense: Rio de Janeiro, 2006, p.14.

<sup>12</sup> “Deve-se notar que, por tradição dos povos antigos e sua vinculação e influência da religião, erigiram-se como meios de provas as ordálias e o juramento. Justificava-se a admissão desses meios de provas ao fato de a religião explicar o que a razão humana não explicava, pois o homem era impotente para descobrir a verdade por meio do raciocínio. Daí os juízos de Deus. Assim, acreditava-se que Deus não abandonaria o inocente e ninguém se atreveria a tomar Deus como testemunha de uma falsidade”. PAULA, *op.cit.*, p. 26.

to romano, especialmente o Justiniano, em decorrência das alterações trazidas pelo Direito canônico. O legislador eclesiástico, em razão do despreparo dos julgadores, passou a impor regras de valoração das provas, que logo foram adotadas pelo legislador civil. O processo deixa de ser acusatório para ser inquisitório. Utilizava-se o ônus da prova do sistema romano, presumindo-se a inocência do réu. As presunções fundavam-se na probabilidade de verdade. Era possível a prova pericial, o reconhecimento e a inspeção judicial. Os documentos tinham valor pleno, outorgando-se, por outro lado, aos documentos privados e à confissão extrajudicial o valor de indícios. Ao Juiz cabia o dever de julgar conforme o alegado e provado, aplicando officiosamente o direito positivo.

O período da livre convicção do Juiz deriva das idéias de Montesquieu e Voltaire, tendo origem na Revolução francesa. Baseava-se na infalibilidade da razão humana e no instinto natural, findando por se conflitar, novamente, com a pouca capacidade dos julgadores. Teve maior aplicação no processo penal, uma vez que o processo civil não abandonou completamente o sistema da tarifa legal.

A fase da persuasão racional do Juiz surgiu da necessidade de se dotar o Juiz de faculdades inquisitivas, incorporando-se a multidisciplinariedade pelo julgador, que passa a recorrer a ciências diversas da lógica jurídica. O julgador não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais previamente fixados. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo parâmetros críticos e racionais.

## 2. PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS

Antônio Carlos de Araújo Cintra<sup>13</sup> ensina ser ilícita “a

---

<sup>13</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Comentários ao Código de Processo Civil,

fonte de prova obtida com infringência das normas e princípios colocados pela Constituição e pelas leis em geral para a proteção das liberdades públicas, especialmente dos direitos da personalidade.”.

As normas atinentes à ilicitude das provas fixam limites éticos<sup>14</sup> a serem observados no decorrer do processo, conduta que é inerente ao próprio Estado Democrático de Direito<sup>15</sup>. Importante registrar que, antes mesmo da independência dos Estados Unidos, as cortes inglesas já reconheciam a ilegalidade da confissão forçada como prova<sup>16</sup>.

A doutrina, tradicionalmente, distingue ainda a prova ilícita da prova ilegítima.

A prova ilícita viola regra de direito material (por exemplo, a prova obtida mediante tortura, coação, ofensa à integridade pessoal, à intimidade ou à vida privada); a prova ilegítima ofende regra de direito processual<sup>17</sup>.

---

volume IV. Rio de Janeiro: Forense, 2002, página 12.

<sup>14</sup> “Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.” OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 15ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p.344.

<sup>15</sup> “A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito, que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o positivo, como no passado”. RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 16ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 427.

<sup>16</sup> Em *Roe v. Harvey* (1769) 1769, Lord Chief Justice Mansfield se manifestou da seguinte forma: “In civil causes, the court will force parties to produce evidence which may prove against themselves; or leave the refusal to do it (after proper notice) as a strong presumption, to the jury....But in a criminal or penal cause, the defendant is never forced to produce any evidence; though he should hold it in his hands in court.”.

<sup>17</sup> São ilegítimas as provas “que violam norma de direito processual. As provas ilegítimas devem respeito à produção da prova. Por exemplo, a elaboração do laudo



Outro ponto de distinção diz respeito ao momento da ilegalidade: a prova ilícita está atrelada ao momento da obtenção (que antecede a fase processual); a ilegitimidade acontece no momento da produção da prova (dentro do processo). Ou seja: a prova ilícita é extraprocessual; a prova ilegítima é intraprocessual.

A análise da regularidade da prova deve levar também em consideração o meio utilizado para sua obtenção e os resultados que poderão ser obtidos com a sua utilização<sup>18</sup>.

Pouco importa se tal prova foi colhida por particular ou por agente público, ou se objetiva demonstrar fato contra a parte ou terceiro<sup>19 20</sup>.

---

pericial com apenas um perito”. FEITOSA, Denílson. Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis. 5º ed, rev e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 607.

<sup>18</sup> “Na realidade, a vedação da prova não ocorre unicamente em relação ao meio escolhido, mas também em relação aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova. (...) Em tema de prova, portanto, mesmo quando não houver vedação expressa quanto ao meio, será preciso indagar ainda acerca do resultado da prova, isto é, se os resultados obtidos configuram ou não violação de direitos. E se configurarem, se a violação foi e se poderia ter sido autorizada.” OLIVEIRA, *op.cit.*, p. 345.

<sup>19</sup> “A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil. (...) toda vez que uma prova for colhida em desrespeito aos princípios constitucionais, expressos ou implícitos, no que concerne à tutela do direito à intimidade e de seus desdobramentos, a referida prova não poderá ser admitida no processo, por subsumir-se no conceito de inconstitucionalidade.”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, pgs. 151 e 166.

<sup>20</sup> Em sentido contrário, ver o precedente *Burdeau v. McDowell* (1921), da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que será abordado novamente no próximo tópico.

### 3. INADMISSIBILIDADE DA PROVA

Júlio Maier ensina que a análise de admissibilidade consiste em juízo de apreciação feito antecipadamente, impedindo que a irregularidade se consuma<sup>21</sup>.

Do direito norte americano se extrai o conceito de *prophylactic rule*, que consiste em uma construção que objetiva outorgar especial proteção a um mandamento constitucional<sup>22</sup>. Neste contexto, insere-se a chamada *exclusionary rule*, que considera que provas recolhidas ou analisadas com violação a direitos constitucionais não devem ser admitidas no processo. A *exclusionary rule* foi criada em 1914, a partir do caso *Weeks v. United States*, em que se entendeu que provas obtidas pela polícia, com violação da quarta emenda, não seriam admissíveis em tribunais federais.

Nos Estados Unidos a inadmissibilidade de prova ilícita não tem sido interpretada como restrição absoluta. Não se aplica, por exemplo, ao processo civil e às audiências de revogação de liberdade condicional. Mesmo no processo penal, defende-se que deve ser vista com cautela, diante dos significativos custos sociais que impõe, como a possibilidade de deixar livre uma pessoa culpada e perigosa<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> “La inadmisibilidad intenta evitar el ingreso (jurídico) ao proceso de la acción procesal irregular mientras que la nulidad intenta expulsar la acción irregular ya incorporada al procedimiento”. MAIER, Júlio. *Función normativa de la nulidad*. Buenos Aires: Depalma, 1980.

<sup>22</sup> CAMINKER, Evan H. *Miranda and some puzzles of "prophylactic rules"*. *University Of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, p.1-39, 2001.

<sup>23</sup> Antonin Scalia, magistrado da Suprema Corte, assim se pronunciou no caso *Hudson v. Michigan*: “Suppression of evidence, however, has always been our last resort, not our first impulse. The exclusionary rule generates “substantial social costs,” *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 907 (1984), which sometimes include setting the guilty free and the dangerous at large. We have therefore been “cautious against expanding” it, *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157, 166 (1986), and “have repeatedly emphasized that the rule’s ‘costly toll’ upon truth-seeking and law enforcement objectives presents a high obstacle for those urging [its] application,” *Pennsylvania Bd. of Probation and Parole v. Scott*, 524 U.S. 357, 364–365 (1998) (citation omitted). We have rejected “indiscriminate application” of the rule,

No caso *Burdeau v. McDowell* (1921) entendeu-se que a prova ilícita poderá ser admitida se produzida por particular, uma vez que a *exclusionary rule* destina-se a proteger os indivíduos contra excessos do Estado.

Em *United States v. Jeffers* (1951) entendeu-se que a prova só será inadmitida se violar direito de uma das partes, não se aplicando a exclusão se houve violação apenas a direito de terceiro.

Em *Nix v. Williams* (1984), a Suprema Corte concluiu que a *descoberta inevitável* também seria uma exceção à regra da inadmissibilidade da prova ilícita. Entendeu-se que, se uma prova obtida em uma busca ilegal seria eventualmente descoberta, mesmo sem que tal busca jamais fosse realizada, ela poderá ser admitida.

A partir de *United States v. Leon* e *Massachusetts v. Sheppard*, ambos de 1984, a Suprema Corte passou a admitir, ainda, a *doutrina da boa fé*. A prova deverá ser admitida, por exemplo, se os policiais, agindo de boa fé, realizam busca domiciliar fundados em um mandado de busca eivado de alguma irregularidade técnica, como ausência de assinatura de funcionário do tribunal.

Uma prova inadmissível não pode ser juntada aos autos, cabendo ao julgador rejeitá-la. Na hipótese desta prova vir a ser trazida ao processo, não poderá produzir qualquer efeito.

César Dario Mariano da Silva argumenta que a violação de norma constitucional acarreta a nulidade absoluta do ato, de modo que uma sentença que se baseie em uma prova inadmissível deverá ser considerada nula. Acrescenta que a prova

---

Leon, supra, at 908, and have held it to be applicable only "where its remedial objectives are thought most efficaciously served," *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338, 348 (1974) – that is, "where its deterrence benefits outweigh its 'substantial social costs,'" Scott, supra, at 363, (quoting Leon, supra, at 907). Whether the exclusionary sanction is appropriately imposed in a particular case is an issue separate from the question whether the Fourth Amendment rights of the party seeking to invoke the rule were violated by police conduct."

inadmissível sequer deve ser considerada prova, consistindo, em verdade, em uma *não prova*. Nesta esteira, uma sentença fundada em prova inadmissível não seria nula, mas inexistente. No Brasil, caso este comando judicial transite em julgado, deverá ocorrer sua desconstituição por meio de revisão criminal, sendo possível a absolvição de plano, sem que uma nova sentença de primeiro grau precise ser prolatada<sup>24</sup>.

No sistema brasileiro<sup>25</sup>, a prova ilícita é inadmissível (não pode ser juntada aos autos; se juntada deve ser desentranhada; não pode ser renovada) e a prova ilegítima é nula (assim é declarada pelo juiz e deve ser refeita).

No sistema português<sup>26</sup> as provas ilícitas são nulas. No sistema da nulidade a prova ingressa no processo e o juiz declara sua nulidade; no sistema da inadmissibilidade a prova não pode ingressar no processo (se ingressar tem que ser desentranhada).

---

#### 4. A VIDEOVIGILÂNCIA

“A videovigilância surgiu, simultaneamente, como uma imposição das exigências de segurança; uma forma do desenvolvimento da tecnologia da segurança e também uma consequência de novas formas de abordagem do fenômeno de criminalidade<sup>27</sup>”.

---

<sup>24</sup> SILVA, César Dario Mariano da. Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>25</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

<sup>26</sup> Artigo 32.º Garantias de processo criminal

8. 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*.

<sup>27</sup> Supremo Tribunal de Justiça (Portugal), processo 22/09.6YGLSB.S2.

Trata-se de um sistema de registro de vídeo, que, utilizando uma ou mais câmeras, coleta sequências de imagens de lugares, pessoas ou coisas. Sua utilidade, para além do caráter inibitório, está diretamente relacionada à sua eficácia como meio probatório,

Quanto ao uso da videovigilância, os países europeus dividem-se em dois grandes grupos<sup>28</sup>.

Por um lado, aqueles que consideram que a proteção dos cidadãos face à videovigilância policial requer uma legislação específica, porque se trata de uma restrição de direitos fundamentais (videovigilância como restrição de direitos).

Por outro, aqueles que consideram que não é necessária uma legislação específica, porque interpretam a videovigilância exclusivamente como contribuição para a segurança dos cidadãos (videovigilância como reforço da segurança), e, também, porque entendem que os princípios jurídicos e as normas existentes, e em particular, a legislação relativa à proteção de dados, são suficientes para disciplinar o uso público e privado da videovigilância.

Os sistemas de videovigilância podem ser integrados com programas informáticos, capazes de controlar e trabalhar as imagens captadas.

As câmeras podem transmitir as imagens captadas diretamente a um centro de controle, para serem analisadas e comparadas ou podem ser automatizadas para deflagrarem, sem intervenção humana, decisões previamente programadas.

Há sistemas capazes de identificar feições humanas, podendo ser utilizados para controle de acesso ou detecção de suspeitos.

Na Alemanha funcionam cerca de 400.000 câmeras de segurança privada e há sistemas públicos de videovigilância em aproximadamente trinta cidades, que registravam taxas mais

---

<sup>28</sup> SANTISTEBAN, Xabier Arzors. Videovigilancia, seguridad, ciudadana y derechos fundamentales. Madrid: Civitas Ediciones, 2010, p.15.

altas de criminalidade.

No Reino Unido, a videovigilância se desenvolveu muito nos anos 90, com o apoio do governo e da opinião pública.

Ademais, sua tradição jurídica não aprofundava o conceito de esfera privada e era necessário regenerar os centros comerciais, tornando-os mais atrativos e seguros para o consumidor.

Por outro lado, na Alemanha a tecnologia é utilizada com mais precaução, devido à história problemática da relação entre o cidadão e o Estado, à forte cultura de proteção aos direitos fundamentais e à elevada tradição de proteção de dados pessoais. Este contexto, contudo, não impediu, mas apenas limitou o uso da videovigilância como estratégia de segurança.

Em Portugal, a matéria é diretamente tratada pela Lei 67/98 (Lei de proteção de dados pessoais)<sup>29</sup>. Dentre outras exigências, a existência do sistema deve ser comunicada à CNPD (Comissão nacional de protecção de dados).

C. Ray Jeffery, criminologista da Universidade da Flórida, formulou uma estratégia, nos anos 70, conhecida por *Crime Prevention Through Environmental Design* (CPTED) (prevenção de crimes através do desenho ambiental).

A CPTED se baseia em quatro princípios: vigilância natural, controle de acesso natural, reforço territorial e manutenção. A videovigilância é destacada no princípio da vigilância natural, que se baseia na premissa de que os criminosos não gostam de serem vistos ou reconhecidos.

A CPTED, quanto à vigilância natural, recomenda que todas as áreas sejam bem iluminadas. As entradas de edifícios devem ser brilhantes em todos os momentos e devem fornecer uma linha clara de visão de dentro e de fora.

---

<sup>29</sup> 4 - A presente lei aplica-se à videovigilância e outras formas de captação, tratamento e difusão de sons e imagens que permitam identificar pessoas sempre que o responsável pelo tratamento esteja domiciliado ou sediado em Portugal ou utilize um fornecedor de acesso a redes informáticas e telemáticas estabelecido em território português.

Esconderijos devem ser eliminados, assim como árvores, arbustos, cercas, lixeiras e outros itens que criem pontos cegos ou locais em que um criminoso possa se ocultar.

Recomenda-se o uso de circuito fechado de televisão (CCTV) para visualizar as áreas sem linhas de visão naturais. Monitores em áreas públicas mostram aos visitantes que estão sendo observados. A visualização de seu próprio rosto no monitor desestimula o potencial ofensor, que deve se sentir observado e sem identificar rotas de fuga fáceis.

O Código de Processo Civil brasileiro é taxativo ao afirmar que o registro de imagem faz prova dos fatos ou das coisas representadas, salvo se impugnados pela pessoa contra quem foram produzidos<sup>30</sup>.

No Brasil, a legislação prevê também a realização de “captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos” como meio de obtenção de prova em processos envolvendo organização criminosa<sup>31</sup>. Tal procedimento foi inserido no ordenamento brasileiro pela Lei 9.034/95, recentemente revogada pela Lei 12.850/2013, que o manteve, mas excluiu a necessidade de “circunstanciada autorização judicial”. Sobre este ponto, a jurisprudência vinha entendendo que a autorização judicial seria dispensável quando não caracterizada violação de privacidade<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Art. 383. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade.

Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial.

<sup>31</sup> Lei 12.850/2013: Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: (...)

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

<sup>32</sup> “Com efeito, consoante ressaltou o magistrado de primeiro grau, as imagens captadas pelos agentes da Polícia Federal não violaram o direito de privacidade do réu e fazem parte do trabalho de investigação policial de vigilância, tendo sido efetuadas em locais públicos ou com acesso aberto ao público ou, ainda, em espaço aberto com vista franqueada a vizinhos, ou seja, em locais nos quais sequer havia

Em Portugal, igualmente no combate ao crime organizado, admite-se o registro de voz e imagem, por qualquer meio, mesmo sem consentimento do visado, mediante prévio comando judicial<sup>33</sup>.

A doutrina aponta diferenças entre a captação realizada por terceiro, alheio à cena registrada e sem conhecimento dos participantes; por terceiro autorizado por um dos participantes e a captação efetuada por pessoa que integra a conversa ou comportamento registrados pela gravação. Acerca desta última hipótese, bastante interessante a discussão levada aos tribunais canadenses no caso *Regina v. Duarte* (1990).

Em *R. v. Duarte*, a polícia realizou uma videogravação de uma negociação de entorpecentes, que ocorreu no interior de um apartamento, onde se encontrava um policial infiltrado, utilizando um equipamento de gravação previamente instalado. A Corte de Apelações de Ontário considerou que a tecnologia é mera extensão da memória humana e do uso de informantes, consignando que há riscos que são inerentes à própria comunicação. Afinal, sempre há a possibilidade de alguém que recebe a informação a transmitir a outras pessoas. A Suprema Corte, por outro lado, entendeu que utilizar informantes e confiar em sua memória é totalmente diferente de gravar conversas de forma subreptícia. Tal diferença se basearia em três elementos:

---

"expectativa de privacidade", consoante ressaltou o magistrado de primeiro grau. Assim, tendo em vista que as diligências constituem meios lícitos de investigação policial e que não foram efetuadas em locais inapropriados, não se constata a existência de qualquer ilegalidade nas filmagens e fotografias acostadas aos autos principais, não havendo que se falar, inclusive, em infringência ao artigo 2º, inciso IV da Lei nº 9.034/95 que trata de interceptação ambiental, o que não ocorreu na situação em apreço." Tribunal Regional Federal da 3ª Região. HC 0015219-82.2010.4.03.0000/SP.

<sup>33</sup> Lei 5/2002: Artigo 6.º Registo de voz e de imagem

1 - É admissível, quando necessário para a investigação de crimes referidos no artigo 1.º, o registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado. 2 - A produção destes registos depende de prévia autorização ou ordem do juiz, consoante os casos. 3 - São aplicáveis aos registos obtidos, com as necessárias adaptações, as formalidades previstas no artigo 188.º do Código de Processo Penal.



captura, exposição e contexto.

Inicialmente, ponderou-se que se deve levar em conta o caráter permanente da gravação. Em geral, as pessoas confiam na efemeridade de suas conversas, acreditando que o ouvinte as compreenderá e delas se recordará, mas não inteiramente. Outrossim, a gravação permite a apresentação de uma situação fora de seu contexto original, autorizando sua reprodução por repetidas vezes, para destinatários aos quais originariamente não se dirigia.

## 5. A TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A TUTELA DO DIREITO À SEGURANÇA

A popularização da videovigilância vem acarretando expressivo aumento dos pedidos de apresentação de registros de vídeo em processos judiciais, fomentando os debates acerca da possível lesão a direitos da pessoa que tem sua imagem captada.

Orlando Gomes<sup>34</sup> define direitos de personalidade como “direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade.”<sup>35</sup>

Menezes Cordeiro, distinguindo direitos fundamentais públicos e direitos fundamentais privados, considera que os direitos fundamentais privados são direitos fundamentais de personalidade<sup>36</sup>.

Menezes Cordeiro<sup>37</sup> também destaca que o Código de

---

<sup>34</sup> GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

<sup>35</sup> Não menos elucidativa é a lição de Adriano de Cupis, para quem a expressão “direitos da personalidade”, “nel comune linguaggio giuridico (...) è riservata a quei diritti soggettivi, la cui funzione, rispetto alla personalità, si specializza, costituendo il ‘minimum’ necessario e imprescindibile del suo contenuto”. CUPIS, Adriano de. I diritti della personalità. Milano: Giuffrè, 1982.

<sup>36</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo III, 2ª edição, Lisboa: Almedina, 2007, p. 137 e 138.

<sup>37</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. Os direitos de personalidade na civilística portu-

Seabra (1867), de modo racionalista e pragmático, mirando o jusnaturalismo ideal, possivelmente influenciado por Krause<sup>38</sup>, positivou o que chamou de *direitos originários*, impondo a proteção dos direitos à existência, à liberdade, à associação, à apropriação e à defesa. A inovação suscitou críticas, ao mesmo tempo em que o contato com a escola pandectística dos direitos de personalidade foi lentamente influenciando outros autores.

O Código Civil português de 1966 adotou um tópico sobre direitos de personalidade (secção II), passando a serem protegidos os direitos ao nome, ao resguardo de certas cartas missivas, à imagem e à intimidade da vida privada, além de ser prevista uma cláusula geral de tutela da personalidade<sup>39 40</sup>. Tais direitos receberam guarida ainda mais eficaz em sede constitucional, avanço ratificado pelos tribunais.

No Brasil, não obstante a forte proteção dos direitos de personalidade pelo texto constitucional, a matéria também foi objeto de regulação no Código Civil de 2002 (arts. 11-21).

Os direitos da personalidade são abordados, ainda, por diversos tratados internacionais, podendo ser citados a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Européia dos Direitos do Homem (1950), o Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966), a Conferência

---

guesa. Revista da Ordem dos Advogados . Lisboa . v.61 . n.3 . p. 1229-56, 2001.

<sup>38</sup> É importante registrar que, ao contrário de Kant, que definia o Direito como limitação ao arbítrio do homem, Krause o via como meio de tornar possível a livre ação do indivíduo, cabendo-lhe criar as condições necessárias para que cada ser humano se realize racionalmente. Vale citar: “Das Recht des Menschen und der Menschheit ist der Gliedbau der äusseren Bedingungen eines wahrhaft menschlichen Lebens, sofern diese Bedingungen von den Menschen selbst erwirkt und hergestellt werden müssen.”. KRAUSE, Karl Christian Friedrich. Philosophische Abhandlungen. Leipzig: O. Schulze, 1838.

<sup>39</sup> ARTIGO 70º (Tutela geral da personalidade)

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

<sup>40</sup> Orlando de Carvalho acrescenta que o direito geral de personalidade é um “direito que abrange todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade humana”. CARVALHO, Orlando de. Teoria geral da relação jurídica. Coimbra: Centelha, 1970, p.37.

Nórdica sobre o Direito à Intimidade (1967) e a Convenção Americana dos Direitos do Homem (1969).

## 5.1. A PROTEÇÃO NORMATIVA DOS DIREITOS À IMAGEM, À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

### 5.1.1 IMAGEM

A filmagem consiste na captação de imagens, com impressão de movimento. Em primeira análise, diferentemente do que ocorre com os direitos à intimidade e à privacidade, o direito à imagem é imediatamente tangenciado no momento em que uma pessoa tem sua imagem armazenada em registro de vídeo.

No Brasil, o direito à imagem está previsto nos incisos V<sup>41</sup>, X<sup>42</sup> e XXVIII, “a”<sup>43</sup>, da Constituição da República, bem como no art. 20<sup>44</sup> do Código Civil. Em Portugal, está positivado nos arts. 26,1<sup>45</sup>, do texto constitucional e no art. 79<sup>46</sup> do

---

<sup>41</sup> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

<sup>42</sup> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

<sup>43</sup> XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da *imagem* e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

<sup>44</sup> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da *imagem* de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

<sup>45</sup> 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à *imagem*, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

<sup>46</sup> ARTIGO 79º (Direito à imagem)

1. O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização

Código Civil.

Pedro Pais de Vasconcelos<sup>47</sup> esclarece que este direito objetiva tutelar a pessoa “contra a exposição, reprodução, comercialização do seu retrato, sem o seu consentimento”.

A doutrina distingue duas espécies de direito a imagem: imagem retrato e imagem atributo. Esta corresponde à imagem inserida em determinado contexto, englobando o conjunto de atribuições cultivadas pelo indivíduo e reconhecidas em seu meio social. Aquela se refere à reprodução (por retrato, desenho, filmagem, dentre outros) da imagem humana<sup>48</sup>.

A legislação portuguesa vincula a divulgação, reprodução e comercialização do retrato de uma pessoa ao seu prévio consentimento, excepcionando<sup>49</sup> as hipóteses de notoriedade; ocupação de cargo de relevância; exigências de polícia ou de justiça; finalidades científicas, didáticas ou culturais ou reprodução de sua imagem enquadrada na reprodução de lugares públicos, de fatos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente<sup>50</sup>, desde que não haja prejuízo para a honra, reputação ou decoro da pessoa retratada<sup>51</sup>.

---

compete às pessoas designadas no nº 2 do artigo 71º, segundo a ordem nele indicada.

<sup>47</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de Personalidade*. Lisboa: Almedina, 2006, pág. 83.

<sup>48</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 506.

<sup>49</sup> “As limitações, que variam conforme o caso concreto, resultam do *legítimo* interesse do respectivo público em ser informado, tarefa que cabe nomeadamente aos meios de comunicação social no justo exercício das suas funções ao serviço do público, e só deste, dentro do princípio elementar e essencial da liberdade de imprensa”. HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português: teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>50</sup> 2. Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.

<sup>51</sup> 3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada.

O Código Civil brasileiro prevê a possibilidade de proibição da divulgação da imagem de uma pessoa para fins comerciais ou se lhe for atingida a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, excepcionando os casos em que tenha havido autorização da pessoa retratada ou que a divulgação seja necessária à administração da justiça ou manutenção da ordem pública<sup>52</sup>.

É de se observar, inicialmente, o esforço do legislador infraconstitucional, tanto no Brasil quanto em Portugal, no sentido de apresentar, de antemão, regras para a relativização do direito à imagem.

Tais limites nos parecem razoáveis. De pronto, há que se ressaltar que nenhuma lesão existirá se a captação e uso da imagem tiverem sido autorizados por seu titular. Não tendo havido tal consentimento, igualmente será considerada lícita a captação, nas hipóteses delimitadas na lei, subsumíveis na máxima de supremacia do interesse coletivo, desde que não haja prejuízo à honra, boa fama, reputação, decoro e respeitabilidade da pessoa envolvida.

### 5.1.2 PRIVACIDADE E INTIMIDADE

Na Europa, a privacidade começa a assumir traços de direito fundamental no século XVIII. Peter H. Brougham registra que, em um debate sobre garantias, em 1766, Lord Chatham defendeu junto ao parlamento britânico que mesmo o homem mais pobre poderia, no interior de sua modesta casa, desafiar todas as forças da coroa, sem que naquela residência o rei da Inglaterra pudesse entrar<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

<sup>53</sup> “The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail — its roof may shake — the wind may blow through it — the storm

A discussão teórica a respeito do direito à privacidade, entretanto, ganhou maior relevo em 1890, com a publicação de artigo de Louis Brandeis e Samuel Warren, intitulado “The right to privacy<sup>54</sup>”. Fazendo referência à expressão utilizada pelo juiz Thomas M. Cooley<sup>55</sup> em 1888, disseram que as invenções que estavam surgindo chamavam atenção para a necessidade de maior proteção à pessoa, resguardando ao ser humano o direito de *ser deixado só*.

Adam Carlyle Breckenridge destaca que a privacidade consiste em legítima reivindicação do indivíduo, no intuito de delimitar o quanto de si deseja compartilhar com os outros e de controlar as informações que serão compartilhadas sobre sua pessoa<sup>56</sup>.

O direito à privacidade riguarda ao ser humano a prerrogativa de recolhimento íntimo, de isolamento, garantindo-lhe que sua vida não seja integralmente compartilhada com as demais pessoas.

Embora a Constituição brasileira (art. 5º, X<sup>57</sup>) elenque, distintamente, privacidade e intimidade, tal diferenciação não assume relevância legislativa universal, conquanto seja percep-

---

may enter — the rain may enter — but the King of England cannot enter; all his forces dare not cross the threshold of that ruined tenement”. Discurso de William Pitt, Conde de Chatham, Primeiro-Ministro do Reino Unido, citado por BROUGHAM, Henry Peter. Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III. Philadelphia: Lea and Blanchard, 1842.

<sup>54</sup> BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. The right to privacy. Harvard Law Review, Cambridge, p.1-15, 15 dez. 1890.

<sup>55</sup> "The right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone."

<sup>56</sup> "Privacy is the rightful claim of the individual to determine the extent to which he wishes to share of himself with others and his control over the time, place and circumstances to communicate with others. It means his right to withdraw or to participate as he sees fit. It also means the individual's right to control dissemination of information about himself; it is his own personal possession". BRECKENRIDGE, Adam Carlyle. The Right to Privacy. Lincoln: University of Nebraska Press, 1970.

<sup>57</sup> X - são invioláveis a *intimidade*, a *vida privada*, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

tível alguma tendência doutrinária em se considerar a privacidade como gênero e a intimidade como espécie. Em Portugal, positivou-se o direito à *reserva da intimidade da vida privada*, assim como na França, em que a legislação protege o *droit au secret de la vie privée*. Na Itália fala-se em *diritto alla riservatezza* e na Espanha assegura-se o *Derecho a la intimidad*.

Orlando de Carvalho<sup>58</sup>, dissecando o conceito de reserva da vida privada, identifica três zonas de proteção, que intitula esfera privada, esfera pessoal e esfera de segredo. A primeira englobaria informações nem públicas nem pessoais, como as relativas ao lar e à vida doméstica. A segunda referir-se-ia a informações pessoais, como gostos e preferências. A esfera de segredo, por sua vez, abrangeria itens natural ou voluntariamente secretos.

Em similar sentido, a doutrina de Heinrich Hubmann, que defendeu a compreensão da personalidade humana a partir da visualização de três círculos concêntricos. O círculo externo abrangeria a vida privada, o intermediário o segredo e o mais interno a intimidade. A esfera da privacidade (*Privatsphäre*) abrigaria informações pessoais mais rasas, conhecidas por um grupo de pessoas, mas não disponíveis a toda a coletividade, a exemplo de dados de movimentação bancária ou telefônica. A esfera do segredo (*Geheimsphäre*) englobaria informações mais restritas, compartilhadas com pessoas mais íntimas ou divididas com indivíduos que, em razão do ofício, gozem da confiança de seu titular (padres ou psicólogos, por exemplo). A esfera da intimidade (*Vertrauenssphäre*) seria composta pelas informações mais íntimas, por vezes jamais compartilhadas<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> CARVALHO, Orlando de. Apud REDINHA, Maria Regina e GUIMARÃES, Maria Raquel. O uso do correio electrónico no local de trabalho – algumas reflexões. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

<sup>59</sup> Enriquecedora a construção de Thomas Hobbes: “The secret thoughts of a man run over all things, holy, profane, clean, obscene, grave, and light, without shame or

A jurisprudência portuguesa, por sua vez, identifica o chamado “núcleo duro da vida privada”, ressaltando que a proteção constitucional se dirige aos bens mais sensíveis, como “a intimidade, a sexualidade, a saúde, a vida particular e familiar mais restrita, que se pretende reservada e fora do conhecimento das outras pessoas<sup>60</sup>”.

A extensão desta proteção, a par da possibilidade de se imprimir caráter eminentemente pessoal ao conceito de privacidade/intimidade, vem sendo aprimorada pela doutrina e pela jurisprudência.

Nos Estados Unidos da América, desde *Katz v. United States (Supreme Court, 1967)*, entende-se que a quarta emenda<sup>61</sup> engloba apenas o que se chamou de *expectativa razoável de privacidade*, que se caracteriza quando o indivíduo verdadeiramente espera ter privacidade e tal expectativa seja considerada legítima pela sociedade como um todo.

O Direito canadense igualmente adota a *expectativa razoável de privacidade* como parâmetro para aferição de possível violação da privacidade. Tal análise é feita sob a perspectiva de uma pessoa razoável, instruída e preocupada com os efeitos, em longo prazo, da ação estatal para proteção da privacidade<sup>62</sup>.

Entende-se que as normas que tutelam a privacidade vi-

---

blame; which verbal discourse cannot do farther than the judgment shall approve of the time, place, and persons. An anatomist or a physician may speak or write his judgment of unclean things, because it is not to please but profit; but for another man to write his extravagant and pleasant fancies of the same is as if a man, from being tumbled into the dirt, should come and present himself before good company. And it is the want of discretion that makes the difference.”. HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London: Andrew Crooke, 1651.

<sup>60</sup> Supremo Tribunal de Justiça. Processo 22/09.6YGLSB.S2.

<sup>61</sup> Amendment IV. The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

<sup>62</sup> *Regina v. Patrick* (2009). Supreme Court of Canada.



sam a proteger informações pessoais que indivíduos, em uma sociedade livre e democrática, gostariam de manter a salvo do Estado, bem como informações que podem revelar detalhes íntimos de seu estilo de vida ou de escolhas individuais<sup>63</sup>.

Os tribunais canadenses tem entendido que não há expectativa de privacidade em relação ao que o indivíduo, de forma consciente, expõe ao público ou abandona em local público<sup>64</sup>. Reconhece-se a expectativa de privacidade no interior de veículo próprio, porém considera-se que tal expectativa é baixa<sup>65</sup>, ao contrário do que ocorre com a residência, local onde tal expectativa é elevada<sup>66</sup>, também tida como a mais alta expectativa de privacidade<sup>67</sup>.

Amostras de DNA<sup>68</sup>, impressões digitais<sup>69</sup> e fotografias<sup>70</sup>, extraídas após autorização judicial, não são protegidas pela expectativa razoável de privacidade. Não há expectativa de privacidade quanto a objetos jogados no lixo<sup>71</sup>. Aos computadores é reconhecido alto grau de privacidade, eis que normalmente contém correspondências pessoais, dados financeiros, históricos médicos e informações pessoais<sup>72</sup>. Tal expectativa é mitigada ou inexistente se o computador é entregue à assistência técnica<sup>73</sup>. No caso *Regina v. Piette* (2009), a *Court of Quebec* considerou lícita a prova produzida a partir de cópia de um disco rígido enviado à polícia por funcionário de assistência técnica, mesmo sem autorização judicial, após constatar que

---

<sup>63</sup> *Regina v. Plant* (1993). Supreme Court of Canada.

<sup>64</sup> *Regina v. Tessling* (2004), *Regina v. Boersma* (1994), *Regina v. Stillman* (1997), *Regina v. Evans* (1996), *Baron v. Canada* (1993), *Regina v. Dymont*, *Regina v. Monney* (1999).

<sup>65</sup> *Regina v. Alkins* (2007). Court of appeal for Ontario.

<sup>66</sup> *Regina v. Silveira* (1995). Supreme Court of Canada.

<sup>67</sup> *Regina v. Sutherland* (2000). Court of appeal for Ontario.

<sup>68</sup> *Regina v. De Jesus* (2010). Court of appeal for Ontario.

<sup>69</sup> *Regina v. Jackpine* (2006). Supreme Court of Canada.

<sup>70</sup> *Regina v. Jackpine* (2006). Supreme Court of Canada.

<sup>71</sup> *Regina v. Sipes* (2008). Supreme Court of British Columbia.

<sup>72</sup> *Regina v. Morelli* (2010). Supreme Court of Canada.

<sup>73</sup> *Regina v. Graham* (2010). Supreme Court of Canada.

seu cliente armazenava imagens sugestivas de abuso infantil em seu computador.

A expectativa de privacidade é limitada ou inexistente em se tratando de computadores utilizados por funcionários em seu local de trabalho, a depender da política da empresa quanto à possibilidade de armazenamento de arquivos pessoais nas máquinas<sup>74</sup>. É possível a apreensão de computador durante o cumprimento de um mandado de busca. Contudo, a pesquisa em seus arquivos pode exigir um mandado específico<sup>75</sup>. Da mesma forma, a busca em cartões de memória<sup>76</sup>. Aos *smartphones* vem sendo reconhecida elevada expectativa de privacidade, por armazenarem dados sociais, familiares e de trabalho<sup>77</sup>. Uma análise pericial completa em um telefone celular exige prévia expedição de mandado judicial<sup>78</sup>. No momento da prisão, desde que haja conexão com a investigação, a polícia pode, sem mandado, acessar o histórico de ligações do aparelho celular<sup>79</sup>.

Os Códigos Civis de Brasil e Portugal, diferentemente do que tratamento dado ao direito de imagem, não traçaram limites para a proteção da privacidade/intimidade.

Contudo, o caráter de relatividade destes direitos está impresso, com clareza, em outras normas.

A Constituição portuguesa, ao elencar hipóteses de nulidade de provas no Processo Penal, trata de *abusiva* intromissão na vida privada<sup>80</sup>, sugerindo que nem toda prova produzida com violação à privacidade deve ser considerada nula.

---

<sup>74</sup> Regina v. Cole (2009). Supreme Court of Canada.

<sup>75</sup> Regina v. Little (2009). Ontario Superior Court of Justice.

<sup>76</sup> Regina v. Tudeau (2011). Ontario Superior Court of Justice.

<sup>77</sup> Regina. v. Sheck (2012). Provincial Court of British Columbia.

<sup>78</sup> Regina v. Schira (2011), Regina v. Hiscoe (2011), Regina v. Dorey (2011).

<sup>79</sup> Regina v. Hiscoe (2011). Provincial Court of Nova Scotia.

<sup>80</sup> Artigo 32.º Garantias de processo criminal

8. 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.

Canotilho anota que a intromissão deve ser considerada abusiva “quando efetuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (art. 34º - II e IV), quando desnecessária ou desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos (cfr. art. 18º – II e III)”<sup>81</sup>.

Repise-se que a legislação infraconstitucional portuguesa autoriza, na persecução criminal de organizações criminosas, o registro de voz e imagem, por qualquer meio, mesmo sem consentimento do visado, mediante prévio comando judicial<sup>82</sup>.

A jurisprudência portuguesa parece adotar, majoritariamente, conceitos similares ao da expectativa razoável de privacidade, tendendo a afastar a proteção legal nas hipóteses em que a pessoa que teve sua imagem captada se encontrava em local público ou no interior de estabelecimento comercial de terceiro<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> CANOTILHO, JJ Gomes. MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 524.

<sup>82</sup> Lei 5/2002: Artigo 6.º Registo de voz e de imagem

1 - É admissível, quando necessário para a investigação de crimes referidos no artigo 1.º, o registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado. 2 - A produção destes registos depende de prévia autorização ou ordem do juiz, consoante os casos. 3 - São aplicáveis aos registos obtidos, com as necessárias adaptações, as formalidades previstas no artigo 188.º do Código de Processo Penal.

<sup>83</sup> Supremo Tribunal de Justiça:

“Apenas não podem ser usadas em processo penal as fotografias extraídas de cassetes de vídeo quando, para as obter, tiver havido abusiva intromissão na vida privada do arguido. O que não acontece quando este é filmado em local que não é privado, ao qual outras pessoas tenham acesso e que apenas substituem depoimentos de agentes ou pessoas que fizessem a observação da conduta do mesmo arguido. Não sendo assim, é cometida nulidade do art. 119º do C.P.Penal, dependente de tempestiva arguição”. Acórdão de 15 Fev. 1995, Processo 44.846.

“As proibições de gravação vídeo mesmo que com consentimento das pessoas visadas, na medida em que o legislador constitucional e o ordinário pretendem defender a vida, actividade privada das pessoas, pressupõem, v.g. que as imagens tomadas o foram em algum local privado, total ou parcialmente restrito, no qual, segundo as concepções morais vigentes, uma pessoa não deve ser retratada, abrindo-se uma excepção sempre que as exigências de polícia ou dos tribunais exigirem ou necessitarem de tais gravações para proteger direitos ou garantias fundamentais que, por exemplo, a vida ou a integridade física exigem. II - Assim, não é proibida a prova obtida por sistema mecânico de videogravação colocado em postos de abastecimen-

O Supremo Tribunal de Justiça português já se manifestou pela atipicidade da obtenção de fotografias ou filmagens, mesmo sem o consentimento da pessoa retratada, quando reali-

---

tos de combustíveis ou noutros locais públicos, com a finalidade de proteger a integridade física, a vida, o património dos proprietários de veículos ou dos próprios postos de abastecimento perante tentativas de furto ou de roubo. Acórdão 20 Junho 2001 Processo: 244/00.

Tribunal da Relação do Porto:

“Não violam a intimidade ou a esfera privada do arguido, que está acusado do crime de tráfico de estupefacientes, as fotografias que os investigadores lhe tiraram em locais públicos, para documentar factos que eles observaram e fizeram constar dos relatórios que elaboraram, dando conta das diligências de vigilância levados a cabo no âmbito do inquérito. II - Tais fotografias constituem, por isso, prova admitida por lei.”. Acórdão de 16 Nov. 2005, Processo 5267/05.

Tribunal da Relação de Lisboa

“A obtenção de fotogramas através do sistema de videovigilância existente num estabelecimento comercial, para protecção dos seus bens e da integridade física de quem aí se encontre, mesmo que se desconheça se esse sistema foi comunicado à CNPD, não corresponde a qualquer método proibido de prova, desde que exista uma justa causa para a sua obtenção, como é o caso de documentar a prática de uma infracção criminal, e os referidos fotogramas não digam respeito ao “núcleo duro da vida privada” da pessoa visionada.”. Acórdão de 4 Mar. 2010, Processo 1630/08.

Tribunal da Relação de Coimbra

“A vigilância da actividade de tráfico de estupefacientes desenvolvida ao ar livre, em pleno parque público, pode ser registada em imagem, não consistindo em intromissão da vida privada nem estando dependente de prévia autorização do Juiz.”. Acórdão de 22 Jan. 2002, Processo 2436/02.

“1.- A videovigilância visa finalidades sociais de “protecção de pessoas e bens”. É uma medida preventiva e de dissuasão em relação à prática de infracções penais. 2.- As imagens dos arguidos obtidas através de sistema de videovigilância instalado na ourivesaria onde foi praticado o furto julgado nos autos, e com vista a prevenir a segurança desse estabelecimento, não se traduziram em qualquer acto de intromissão na vida privada alheia, podendo ser validamente utilizadas como meio de prova.”. Acórdão de 02 NOV. 2011, Processo 106/09.

Tribunal da Relação de Évora

“A autorização de visionamento, na audiência de discussão e julgamento, de um registo fílmico, efectuado em vídeo pela PSP, em lugar público, sem prévia autorização, quer judicial, quer dos filmados, durante uma investigação criminal não viola qualquer preceito constitucional, nem de direito penal. Acórdão de 21 Nov. 2000, Processo 623/99.

Tribunal da Relação de Guimarães

“A gravação de imagens do autor de um furto dentro das instalações de uma agência bancária é uma prova válida e utilizável em processo penal.”. Acórdão de 19 Mai. 2003, Processo 782/03

zadas em lugares públicos, visem à realização de interesses públicos ou tenham ocorrido publicamente, consignando que a documentação de infração criminal é justa causa para o registro em vídeo, desde que não haja violação do que chamou de núcleo duro da vida privada (intimidade, sexualidade, saúde, vida particular e familiar mais restrita)<sup>84</sup>.

No mesmo sentido, o art. 8º da Convenção europeia dos direitos do homem<sup>85</sup> autoriza a intervenção na vida privada, quando necessária para a “segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”.

No Brasil, em matéria processual penal, é prevista na legislação ordinária a realização de “captação ambiental de sinais

---

<sup>84</sup> “É criminalmente atípica a obtenção de fotografias ou de filmagens, mesmo sem consentimento do visado, sempre que exista justa causa nesse procedimento, designadamente quando as mesmas estejam enquadradas em lugares públicos, visem a realização de interesses públicos ou hajam ocorrido publicamente, constituindo único limite a esta justa causa a inadmissibilidade de atentados intoleráveis à liberdade, dignidade e integridade moral do visado. Assim, os fotogramas obtidos através do sistema de videovigilância existentes num local de acesso público, para protecção dos bens e da integridade física de quem aí se encontre, mesmo que se desconheça se esse sistema foi comunicado à Comissão Nacional de Protecção de Dados ou tenha sido objecto de deliberação favorável da Assembleia de Condóminos do respectivo prédio constituído em propriedade horizontal, não correspondem a qualquer método proibido de prova, desde que exista uma justa causa para a sua obtenção, como é o caso de documentarem a prática de uma infração criminal, e não digam respeito ao «núcleo duro da vida privada» da pessoa visionada (onde se inclui a sua intimidade, a sexualidade, a saúde, a vida particular e familiar mais restrita, que se pretende reservada e fora do conhecimento das outras pessoas)”. Processo 22/09.6YGLSB.S2.

<sup>85</sup> Art. 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

eletromagnéticos, ópticos ou acústicos” como meio de obtenção de prova em processos envolvendo organização criminosa<sup>86</sup>. À minguia de outros paradigmas legais, parâmetros valorativos diversos vêm sendo construídos pela jurisprudência, também com limites similares aos utilizados no contexto da expectativa razoável de privacidade, a exemplo do reconhecimento da legalidade do registro produzido em local público<sup>87</sup> ou pelo interlocutor de conversa<sup>88</sup>.

## 5.2 A TUTELA DA SEGURANÇA

Em contraponto à possível violação de direitos de personalidade a partir do registro de imagens pessoais por câmeras de videovigilância, tem-se que a segurança – direito fundamental garantidor de outros direitos fundamentais – é predicado de

---

<sup>86</sup> Lei 12.850/2013: Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: (...)

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

<sup>87</sup> Supremo Tribunal Federal

“1. A produção e divulgação de imagem de vídeo, quando da abordagem policial em "local público" não viola o art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, posto preservar o referido cânone a "intimidade", descaracterizando a ilicitude da prova.”. (RHC 108.156).

“Não há nenhuma ilicitude na documentação cinematográfica da prática de um crime, salvo, é claro, se o agente se encontra numa situação de intimidade. Obviamente não é o caso de uma corrupção passiva praticada em uma repartição pública.”. (HC 87.341).

Superior Tribunal de Justiça

- Não configura prova ilícita gravação feita em espaço público, no caso, rodovia federal, tendo em vista a inexistência de "situação de intimidade.”. (MS 12.429)

<sup>88</sup> Supremo Tribunal Federal

“Como gravação meramente clandestina, que não se confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem consentimento do outro, se não há causa legal de sigilo nem de reserva da conversação” (RE 402717).

Superior Tribunal de Justiça

“A gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos em tese criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a *notitia criminis* e para a persecução penal.”. RHC 19.321.

elevada importância, a merecer atento sopesamento na análise da admissibilidade da prova em vídeo<sup>89</sup>.

A primeira declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789) já apontava, como direitos naturais e imprescritíveis do homem, a liberdade, a propriedade, a *segurança* e a resistência à opressão<sup>90</sup>. Nos mesmos moldes está redigido o art. 3º da declaração universal dos direitos humanos (ONU, 1948)<sup>91</sup>.

A Constituição brasileira o prevê em seu art. 5º, *caput*<sup>92</sup> e art. 6º<sup>93</sup>.

A Constituição portuguesa aborda o direito à segurança no art. 27º, 1º<sup>94</sup>.

O Supremo Tribunal de Justiça (Portugal), por ocasião do julgamento do processo 2/09.6YGLSB.S2, afirmou que o direito à segurança proporciona o livre exercício de direitos individuais, sociais e políticos, consistindo em bem público e direito de cidadania decorrente da dignidade da pessoa humana. Des-

---

<sup>89</sup> De Plácido e Silva apresenta a seguinte definição: "Segurança: derivado de segurar, exprime, gramaticalmente, a ação e efeito de tornar seguro, ou de assegurar e garantir alguma coisa. Assim, segurança indica o sentido de tornar a coisa livre de perigos, de incertezas. Tem o mesmo sentido de seguridade que é a qualidade, a condição de estar seguro, livre de perigos e riscos, de estar afastado de danos ou prejuízos eventuais. E Segurança Pública? É o afastamento, por meio de organizações próprias, de todo perigo ou de todo mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade de cada cidadão. A segurança pública, assim, limita a liberdade individual, estabelecendo que a liberdade de cada cidadão, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode turbar a liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a". SILVA, op.cit., p. 739.

<sup>90</sup> Article II - Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la *sûreté*, et la résistance à l'oppression.

<sup>91</sup> Art. III – Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à *segurança pessoal*.

<sup>92</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes (...)

<sup>93</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a *segurança*, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>94</sup> 1. Todos têm direito à liberdade e à *segurança*.

tacou, ainda, sua função nuclear como “direito positivo à protecção contra tudo aquilo que viole a esfera pessoal ou patrimonial de cada um”.

Destaque-se que, ao contrário do que se poderia concluir de uma análise mais superficial, o direito à segurança não diz respeito apenas à protecção de bens jurídicos tutelados pela norma penal, mas à prerrogativa que cada indivíduo tem de salvaguardar sua universalidade de direitos.

Como mencionado anteriormente, o registro em vídeo mostra-se especialmente útil como instrumento para o exercício, em juízo, do direito à segurança.

## 6. A VIDEOGRAVAÇÃO COMO PROVA

### 6.1 ANÁLISE DA LICITUDE DA OBTENÇÃO DA GRAVAÇÃO

Como mencionado em capítulo anterior, uma prova deverá ser considerada ilicitamente obtida quando produzida com infração a norma legal ou constitucional.

Neste passo, será ilícita a videogravação colhida em desconformidade com as exigências legais para sua realização ou produzida com violação a direitos da personalidade. Cabe reiterar que, em Portugal, a Lei da protecção de dados pessoais (lei 67/98) determina que aquele que intencione realizar a captação de imagens de pessoa identificada ou identificável deverá notificar previamente a comissão nacional de protecção de dados<sup>95</sup>,

---

<sup>95</sup> Artigo 27.º Obrigação de notificação à CNPD

1 - O responsável pelo tratamento ou, se for caso disso, o seu representante deve notificar a CNPD antes da realização de um tratamento ou conjunto de tratamentos, total ou parcialmente automatizados, destinados à prossecução de uma ou mais finalidades interligadas.

2 - A CNPD pode autorizar a simplificação ou a isenção da notificação para determinadas categorias de tratamentos que, atendendo aos dados a tratar, não sejam susceptíveis de pôr em causa os direitos e liberdades dos titulares dos dados e tenham em conta critérios de celeridade, economia e eficiência.



a menos que se trate de pessoa singular no exercício de atividade exclusivamente pessoal ou doméstica<sup>96</sup>.

Consigne-se, por outro lado, que a jurisprudência tem afastado a relevância da Lei 67/98 para a análise da legalidade da prova<sup>97</sup>, questão que será melhor analisada na parte final

---

3 - A autorização, que está sujeita a publicação no *Diário da República*, deve especificar as finalidades do tratamento, os dados ou categorias de dados a tratar, a categoria ou categorias de titulares dos dados, os destinatários ou categorias de destinatários a quem podem ser comunicados os dados e o período de conservação dos dados.

4 - Estão isentos de notificação os tratamentos cuja única finalidade seja a manutenção de registos que, nos termos de disposições legislativas ou regulamentares, se destinem a informação do público e possam ser consultados pelo público em geral ou por qualquer pessoa que provar um interesse legítimo.

5 - Os tratamentos não automatizados dos dados pessoais previstos no n.º 1 do artigo 7.º estão sujeitos a notificação quando tratados ao abrigo da alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo.

<sup>96</sup> 2 - A presente lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais efectuado por pessoa singular no exercício de actividades exclusivamente pessoais ou domésticas.

<sup>97</sup> Supremo Tribunal de Justiça: “O artigo 167 do CPP faz depender a validade da prova produzida por reproduções mecânicas da sua não ilicitude face ao disposto na lei penal. Significa o exposto que a admissibilidade da prova depende da sua configuração como um acto ilícito em função da integração de tipos legais de crime que visam a tutela de direitos da personalidade como é o caso do direito á intimidade. Questão distinta é a ponderação sobre a eventual concessão de autorização pela Comissão Nacional de Protecção de Dados pois que esta poderá relevar para uma valoração do respeito pela legislação de protecção de dados, designadamente a Lei 67/98 (aplicável à videovigilância nos termos do seu art. 4.º/4) mas não define a licitude, ou ilicitude, da recolha ou utilização das imagens. (o não cumprimento intencional das obrigações relativas à protecção de dados, designadamente a omissão das notificações ou os pedidos de autorização a que se referem os artigos 27.º e 28.º, constituem o crime da previsão do art. 43.º dessa lei, pois tratando-se de uma conduta negligente haverá apenas a contra-ordenação cominada no antecedente artigo 37.º). A verificação da existência, ou não, de licença concedida pela CNPD para a colocação da(s) câmara(s) de videovigilância no prédio do assistente poderá eventualmente, integrar desrespeito pela legislação de protecção de dados, designadamente a Lei 67/98, aplicável à videovigilância nos termos do seu art. 4.º/4.”. Processo 22/09.6YGLSB.S2.

Tribunal da Relação do Porto: “I - É proibida a obtenção de provas com intromissão na vida privada. II - Os fotogramas obtidos por câmaras de videovigilância, instaladas nas proximidades de postos de combustível, ou de centros de lavagens, para protecção dos seus bens e da integridade física de quem aí se encontra, eventualmente sem licenciamento da Comissão Nacional de Protecção de Dados, não constituindo a sua obtenção crime de devassa da vida privada, nem crime de devassa por meio

deste estudo. Por ora, trataremos a ausência de notificação à CNPD como ilícito.

De início, necessário enfatizar que toda filmagem importa em captação de imagem, mas que nem toda captação de imagem constitui violação dos direitos a ela inerentes. Do mesmo modo, eventual lesão a direitos relativos à imagem não faz presumir violação da privacidade ou da intimidade. Afiguram-se, portanto, duas peneiras a serem utilizadas, sequencialmente, ao se avaliar a licitude de determinada prova em vídeo.

Em análise mais detalhada, a partir do raciocínio construído nos tópicos pretéritos, podemos afirmar que haverá violação:

a) Do direito à imagem:

No Brasil: nos casos de captação não consentida e destinada a fins comerciais ou que atinja a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa retratada, salvo se o uso da imagem for necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Em Portugal: nos casos de ausência de notificação à CNPD, quando necessário, ou nos casos de captação não consentida, à exceção das hipóteses de notoriedade, ocupação de cargo de relevância, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais ou captação da imagem

---

informático, não constituem provas obtidas por método proibido.”. Acórdão de 26 Mar. 2008, Processo 5930/07.

Tribunal da Relação de Lisboa: “Não é a existência ou não de licença concedida pela CNPD para a colocação de câmaras de videovigilância que define a licitude ou ilicitude penal da recolha ou utilização das imagens, mas sim o artigo 199.º do Código Penal que tipifica o crime de gravações e fotografias ilícitas.”. Acórdão de 28 Mai. 2009, Processo 10210/08.

“A obtenção de fotogramas através do sistema de videovigilância existente num estabelecimento comercial, para protecção dos seus bens e da integridade física de quem aí se encontra, mesmo que se desconheça se esse sistema foi comunicado à CNPD, não corresponde a qualquer método proibido de prova, desde que exista uma justa causa para a sua obtenção, como é o caso de documentar a prática de uma infracção criminal, e os referidos fotogramas não digam respeito ao “núcleo duro da vida privada” da pessoa visionada.”. Acórdão de 4 Mar. 2010, Processo 1630/08.

enquadrada na reprodução de lugares públicos, de fatos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente, desde que não haja prejuízo para a reputação, honra ou decoro da pessoa retratada.

b) Do direito à privacidade/intimidade:

No Brasil: nos casos de registro de imagens de pessoa em situação que conduza a razoável expectativa de privacidade, ao menos que se trate de captação que se destine a servir como meio de prova em processo penal envolvendo organização criminosa.

Em Portugal: nos casos de ausência de notificação à CNPD, quando necessário, ou nas hipóteses de abuso; ou seja: invasão da privacidade efetuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial, quando desnecessária ou desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos.

Quanto a eventual violação de direito à imagem, é de se observar que o uso da filmagem como prova judicial, via de regra, incidirá nas ressalvas previstas, no Brasil e em Portugal, para os casos de exigência/necessidade da justiça. Deste modo, uma filmagem, ainda que não consentida pela pessoa retratada, poderá vir a ser utilizada como prova em processo judicial, sem que se considerem violados direitos relativos à *imagem*.

O mesmo raciocínio, contudo, não se subsume à privacidade ou à intimidade. É inegável que, se de um lado a captação em vídeo pressupõe uso da imagem, de outro não se pode concluir, necessariamente, que será atingida a privacidade ou a intimidade da pessoa retratada, como já ressaltado alhures. Em havendo lesão à privacidade ou intimidade (Brasil) ou abusiva intromissão na vida privada (Portugal), tal prova deverá ser considerada ilícita, não obstante sua utilidade para a justiça, ressalvada a exceção para a captação que se destine a servir como meio de prova em processo penal envolvendo organização criminosa.

## 6.2 ADMISSIBILIDADE DO REGISTRO DE VÍDEO ILICITAMENTE PRODUZIDO

### 6.2.1 LEGÍTIMA DEFESA

Como mencionado anteriormente, no sistema brasileiro<sup>98</sup>, a prova ilícita é inadmissível e no sistema português<sup>99</sup> é nula, advindo tal mandamento dos respectivos textos constitucionais.

Muito se discute, contudo, acerca da possibilidade de aproveitamento da prova ilicitamente obtida.

Uma hipótese quase incontroversa diz respeito à exibição de imagens captadas como forma de defesa. Não se trata, exatamente, de relativização da regra de inadmissibilidade ou nulidade da prova ilícita, mas de causa de exclusão da própria ilicitude.

Na prática, é utilizada em situações de extorsão e ameaça. Nestas circunstâncias, majoritariamente se entende que o interesse de quem faz a gravação é sensivelmente superior ao do autor da palavra gravada, sendo este último dificilmente digno de proteção penal<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

<sup>99</sup> Artigo 32.º Garantias de processo criminal

8. 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.

<sup>100</sup> Supremo Tribunal Federal: “É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminoso deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.”. (HC 75.338).

Superior Tribunal de Justiça: “A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada pela vítima dos fatos, em tese, criminosos, é prova lícita, que pode servir de elemento probatório para a *notitia criminis* e para a persecução criminal. (RHC

## 6.2.2 PROPORCIONALIDADE

Se, de um lado, o aproveitamento da prova ilícita é bem aceito pela doutrina nas hipóteses de uso da prova em legítima defesa, de outro se percebe maior retração no que concerne à sua admissão em outras situações.

Da lição de Canotilho extrai-se que os interesses do processo encontram limites nos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e na dignidade humana, do que decorreria a nulidade das provas produzidas com ofensa a direitos fundamentais. No entanto, ressalva que tal nulidade é absoluta nos casos de violação a direito à integridade pessoal e *relativa* nos demais casos<sup>101</sup>.

Sem dúvida, um dos desafios do Estado de Direito é a relação equilibrada entre segurança e democracia ou entre segurança e direitos fundamentais. Neste contexto, o registro em vídeo, ainda que obtido com violação de direitos relativos à imagem ou intimidade/vida privada, poderá caracterizar meio de prova viável, a depender da magnitude do interesse jurídico que se contraponha, no caso concreto, aos direitos violados pela ilícita obtenção da prova. Neste contexto, desenha-se o desafio da justa análise da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é um parâmetro hermenêutico utilizado como solução de conflitos entre normas ou princípios<sup>102</sup>. Tem origem no direito germânico (*Verhältnismässigkeit*) e parte da doutrina identifica sensíveis diferenças

---

14.672).

<sup>101</sup> CANOTILHO, JJ Gomes. MOREIRA, Vital. *Op.cit.*, p.524.

<sup>102</sup> “Considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular...A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002, p.1253.

em relação ao princípio da razoabilidade<sup>103</sup>. Na Alemanha possui *status* de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito.

O princípio da proporcionalidade tem sido amplamente aplicado na jurisprudência como instrumento para solução de colisão de direitos fundamentais, muito embora sofra críticas por permitir ao julgador algum subjetivismo<sup>104</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>105</sup> relata que a primeira referência a este princípio feita pela Suprema Corte brasileira data de

---

<sup>103</sup> “Em se tratando de aspectos culturais próprios, a diferença se acentua na estrutura dos presentes princípios. Os povos germânicos (principalmente os alemães) são notadamente metódicos, objetivos e organizados em seu estudo. Desta forma, salta aos olhos que a Proporcionalidade tem uma estrutura mais objetiva (com o desenvolvimento dos três elementos) que a Razoabilidade. De fato, na Proporcionalidade há parâmetros mais claros para se trabalhar o princípio no caso em concreto, enquanto que a Razoabilidade muitas vezes acaba se confundido com a noção do que seria racional ou equilibrado em uma determinada circunstância (o que abre uma maior margem ao subjetivismo do julgador). No que diz respeito à abrangência, parece-nos que a Razoabilidade teria como objetivo impedir a prática de atos que fogem a razão e ao equilíbrio do “pensamento comum”. Já a Proporcionalidade teria um campo de atuação maior: seria um verdadeiro parâmetro para se aferir à adequação e a necessidade de um determinado comando normativo no Ordenamento Jurídico.” BRAGA, Fernanda. Há diferença entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade? Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/95239/hadiferencas-entre-o-principio-da-proporcionalidade-e-da-razoabilidade-fernanda-braga>>. Acesso em: 03 ago. 2013.

<sup>104</sup> Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, acerca do subjetivismo do julgador, anotam que: “Ein derartiges Gewichten und Abwägen, beim BVerfG auch als Jonglieren bezeichnet, entbehrt der rationalen und verbindlichen Maßstäbe. Auch die Berufung auf die Wertordnung der Grundrechte oder des Grundgesetzes behauptet lediglich einen Maßstab, kann ihn aber nicht aufweisen. Daher läuft die Prüfung der Verhältnismäßigkeit iEs stets Gefahr, bei allem Bemühen um Rationalität die subjektiven Urteile und Vorurteile des Prüfenden zur Geltung zu bringen. Dass das überprüfende BVerfG seine subjektiven Urteile über die des überprüften Gesetzgebers setzt, ist nicht zu rechtfertigen; dort, wo nur noch subjektive Urteile getroffen werden können, beginnen im Gegenteil der Bereich und die Legitimität der Politik.”. PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. Grundrechte Staatsrecht II. München: C.F.Müller, 2011, p. 69.

<sup>105</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, 14 (2000).

1953, oriunda de voto do Ministro Orozimbo Nonato<sup>106</sup>. A doutrina brasileira, majoritariamente, explicita que sua justificativa dogmática repousa em diversas normas constitucionais, dentre elas a do *due process of Law*<sup>107</sup>.

O ordenamento jurídico português, por sua vez, adota solução mais científica, com inserção clara deste princípio no texto constitucional<sup>108</sup>.

Da disciplina jurídica alemã se extrai o desdobramento do princípio da proporcionalidade em três subprincípios: necessidade/exigibilidade (*Erforderlichkeit*), adequação (*Ge-eignetheit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Stimmigkeitskontrolle*).

A necessidade/exigibilidade se caracteriza pela inexistência de outro meio menos lesivo a direitos fundamentais.

O meio será considerado adequado quando puder ser útil à obtenção do resultado perseguido.

A proporcionalidade em sentido estrito consiste em juízo de ponderação entre os danos causados e o resultado obtido. Trata-se de um “controle de sintonia fina” para aferir a justeza

---

<sup>106</sup> “O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado.”. RE 18.331, Relator Ministro Orozimbo Nonato.

<sup>107</sup> STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p.159 e 170.

<sup>108</sup> Artigo 18.º Força jurídica

(...)

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

da solução encontrada, pesando-se “as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim<sup>109</sup>”.

Um teste de proporcionalidade menos discutido no Brasil, mas igualmente relevante, é o chamado *teste de proporcionalidade de Oakes*, adotado pela Suprema Corte do Canadá.

O teste de Oakes foi criado no caso *Regina v Oakes*, em 1986, e desde então é utilizado nas hipóteses de violação à Carta de Direitos.

Edwin David Oakes foi preso portando entorpecentes, que alegou se destinarem a uso próprio. Na época de seu julgamento, a legislação previa que caberia ao acusado demonstrar que as drogas ilícitas que portava serviriam ao seu próprio consumo, sob pena de se presumir que se destinavam ao tráfico.

Oakes argumentou que a norma violaria a presunção de inocência prevista na seção onze<sup>110</sup> da Carta de direitos e liberdades<sup>111</sup>.

É importante enfatizar que a seção um<sup>112</sup> da carta permite que direitos e liberdades nela previstos sofram limitação legal, de modo razoável e comprovadamente justificado, cabendo à parte que invoca a limitação a demonstração de sua aplicabili-

---

<sup>109</sup> CANOTILHO, *op.cit.*, p.262.

<sup>110</sup> 11. Any person charged with an offence has the right:

(...)

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

<sup>111</sup> “A Carta de Direitos e Liberdades (Charter of rights and freedoms) passou a fazer parte da lei suprema do Canadá em 1982, inserida na Parte I da Lei Constitucional de 1982, tendo o Direito Penal e o Direito Processual Penal como seus destinatários mais importantes. Anteriormente à Carta, o legislador era autônomo para tratar de direito penal e de procedimentos criminais, sendo costumeira a ação desregrada da polícia e sua aceitação pelos juizes”. FERREIRA, Hugo Barbosa Torquato. Breves comentários sobre as disposições criminais da Carta de Direitos Canadense. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 2, n. 7, p.6973-6982, 22 maio 2013.

<sup>112</sup> 1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.



dade. A partir de Oakes, o Tribunal criou uma sequência de requisitos que deverão ser preenchidos para que a mitigação de direitos e liberdades seja admitida.

Eis a fórmula do teste de proporcionalidade de Oakes:

1. A limitação deve estar normatizada, de forma clara e acessível;
2. O objetivo da norma deve ser urgente e substancial, consistindo em algo importante para a sociedade.
3. A norma deve observar proporcionalidade. Este item se divide em outros 3 subitens:
  - 3.1 Racionalidade;
  - 3.2 Mínima ofensividade;
  - 3.3 Efeito proporcional.

No caso Oakes a Suprema Corte do Canadá findou por acatar a argumentação defensiva, por não vislumbrar qualquer liame racional entre a inversão do ônus da prova e a intenção do Estado de impedir o tráfico de drogas.

Especificamente sobre a tutela da privacidade, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem elenca três condições que justificam a interferência de uma autoridade pública na vida privada, consistentes na previsão legal do procedimento, na legitimidade do fim perseguido e na necessidade no contexto de uma sociedade democrática<sup>113</sup>.

Novamente tomando por base o ensinamento de Canotilho, não vislumbramos razões, *prima facie*, para atribuir caráter absoluto à vedação à prova ilicitamente obtida, podendo os direitos relativos à imagem, privacidade e intimidade, ser mitigados se confrontados com interesses de maior relevo.

Neste diapasão, a recomendação n.º R (87) 15 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que traduz a necessidade “de conciliar, de um lado, o interesse da sociedade na prevenção e repressão das infracções penais e na manutenção da ordem pública e, do outro lado, os interesses do indivíduo e o direito ao respeito pela sua vida privada”.

---

<sup>113</sup> Marper v. United Kindom, 2008.

## CONCLUSÃO E PROPOSTA DE HARMONIZAÇÃO

A partir do estudo sistematizado das provas, do alcance da videovigilância, dos direitos fundamentais envolvidos, das soluções jurisprudenciais mais comuns e dos principais métodos adotados no Direito estrangeiro para superação do confronto de normas, consideramos ser possível a apresentação de uma proposta de harmonização específica para a utilização de registros de videovigilância como prova em processo judicial no Brasil e em Portugal.

De início é importante registrar que, tomando de empréstimo o já mencionado raciocínio desenvolvido pela Suprema Corte americana em *United States v. Jeffers* (1951), parece-nos absolutamente lúcida a decisão do Supremo Tribunal de Justiça português (22/09.6YGLSB.S2), ao afastar do juízo de licitude da prova a análise da adequação do sistema de videovigilância à Lei de proteção de dados pessoais, por ausência de violação de direito de qualquer das partes.

Da mesma forma, como já sustentado, não vislumbramos a possibilidade da configuração de ilícito por dano à imagem, diante das ressalvas legais, em Brasil e Portugal, quanto ao uso da imagem por interesse da justiça.

A captação em vídeo será lícita se realizada fora de situações em que o indivíduo retratado possua razoável expectativa de privacidade ou quando não haja violação do “núcleo duro de sua vida privada”. Será lícita, ainda, quando, mesmo que o indivíduo visado detenha razoável expectativa de privacidade ou que haja ofensa ao “núcleo duro de sua vida privada”, a ação houver sido previamente autorizada pelo juízo competente, para apuração dos crimes previstos nas leis 12.850/2013 (Brasil) ou Lei 5/2002 (Portugal) ou se destinar a produzir prova defensiva.

Entendemos que o registro em vídeo, mesmo obtido ilici-

tamente, poderá ser admitido como prova no processo nas seguintes hipóteses:

- a) Inexistência de outro meio de prova, menos lesivo a direitos fundamentais;
- b) Inequívoca demonstração de utilidade para comprovação do direito alegado;
- c) Notória superioridade do direito que se intenciona defender em relação ao direito de privacidade/intimidade violado;
- d) Mínima ofensividade, devendo ser apresentadas em juízo apenas as imagens que se mostrem imprescindíveis para demonstração do direito defendido.

Consideramos, ainda, que, admitida a filmagem ilícitamente obtida, caberá ao julgador zelar pela não propagação dos efeitos lesivos à privacidade/intimidade da pessoa retratada, devendo adotar as providências necessárias para conferir sigilo ao processo.

Por fim, é de se ressaltar que o aproveitamento excepcional de videogravação ilícitamente obtida não obsta eventual reparação civil dos danos porventura sofridos pela pessoa que teve sua imagem captada.



## BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2.
- AROCA, Juan Montero. *La prueba en el Proceso Civil*. Navarra: Civitas, 2011.
- AZENHA. Nívea Aparecida de Souza. *Prova ilícita no Proces-*

- so Civil*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- BRAGA, Fernanda. *Há diferença entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade?* Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/95239/ha-diferencas-entre-o-principio-da-proporcionalidade-e-da-raoabilidade-fernanda-braga>>. Acesso em: 03 ago. 2013.
- BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. *The right to privacy*. Harvard Law Review, Cambridge, p.1-15, 15 dez. 1890.
- BRECKENRIDGE, Adam Carlyle. *The Right to Privacy*. Lincoln: University of Nebraska Press, 1970.
- BROUGHAM, Henry Peter. *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III*. Philadelphia: Lea and Blanchard, 1842.
- CAMINKER, Evan H. *Miranda and some puzzles of "prophylactic rules"*. University Of Cincinnati Law Review, Cincinnati, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANOTILHO, JJ Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile – parte generali Il Concetto giuridico della prova*. Milano: Giuffrè, 1992.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Eugênio Jovene, 1960.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume IV. Rio de Janeiro: Forense,

2002

- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Os direitos de personalidade na civilística portuguesa*. Revista da Ordem dos Advogados . Lisboa . v.61 . n.3 . p.1229-56, 2001.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo III, 2ª edição, Lisboa: Almedina, 2007.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Traduzido por Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva e Cia livraria Acadêmica, 1946.
- CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1982.
- DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FEITOSA, Denílson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5º ed, rev e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- FERREIRA, Hugo Barbosa Torquato. *Breves comentários sobre as disposições criminais da Carta de Direitos Canadense*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 2, n. 7, p.6973-6982, 22 maio 2013.
- FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil brasileiro*. V.2. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FREITAS, José Lebre de. MACHADO. A. Montalvão. PINTO, Rui. *Código de Processo Civil anotado*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London: Andrew Croke, 1651.

- HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português: teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2009.
- JUNIOR, Hermes Zaneti. *Teoria Geral da Prova*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16725-16726-1-PB.htm>.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2006.
- KRAUSE, Karl Christian Friedrich. *Philosophische Abhandlungen*. Leipzig: O. Schulze, 1838.
- LESSONA, Carlos. *Teoria General de la Prueba en Derecho Civil- trad*, espanhola de Enrique Saz. Madrid: Instituto Ed. Reus, 1957.
- MAIER, Júlio. *Función normativa de la nulidad*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal* (tradução de J. Alves de Sá). Lisboa: Clássica, 1927.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 2.
- MELENDO, Santiago Sentís. *La prueba, los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Ayres: Pie de Imprenta, 1985.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, 14 (2000).
- MIDÓN, Marcelo Sebastián. *Derecho probatorio. Parte general*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2007.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. II. Rio de Janeiro: Forense,

- 1974.
- MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Rio de Janeiro: A.A. da Cruz Coutinho, 1871.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 9ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.
- PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: De Direito, 2001.
- PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. München: C.F.Müller, 2011.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.
- REDINHA, Maria Regina e GUIMARÃES, Maria Raquel. *O uso do correio electrónico no local de trabalho – algumas reflexões*. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- SANTISTEBAN, Xabier Arzors. *Videovigilancia, seguridad, ciudadana y derechos fundamentales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2010.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de Personalidade*. Lisboa: Almedina, 2006.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso Avançado de Processo Civil*. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

## JURISPRUDÊNCIA

### 1. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

Marper v. United Kindom (2008): condições para interferência de uma autoridade pública na vida privada - p.56.

### 2. BRASIL

#### *Supremo Tribunal Federal*

HC 75.338 (1998): licitude da gravação feita por um interlocutor sem ciência do outro – p.52

HC 87.341 (2006): licitude da documentação cinematográfica da prática de crime em repartição pública – p.45.

RE 402.717 (2008): licitude da gravação feita por um interlocutor sem ciência do outro – p.45

RHC 108.156 (2011): licitude da filmagem de abordagem policial em local público – p.45.

#### *Superior Tribunal de Justiça*

RHC 14.672 (2005): licitude da gravação efetuada pela vítima dos fatos –



p.52.

MS 12.429 (2007): licitude da gravação feita em espaço público – p.45.

RHC 19.321 (2007): licitude da gravação feita por interlocutor envolvido em fato criminoso – p.45.

#### *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*

HC 0015219-82.2010.4.03.0000/SP (2010): licitude da imagem captada em local público por agentes policiais – p.31.

### 3. PORTUGAL

#### *Supremo Tribunal de Justiça*

Processo 44.846 (1995): filmagem em local público não caracteriza abusiva intromissão na vida privada – p.43.

Processo: 244/00 (2001): licitude da videogravação realizada em local público – p.43.

Processo 22/09 (2011): licitude da videogravação realizada em local público – p.44.

#### *Tribunal da Relação do Porto:*

Processo 5267/05 (2005): licitude da videogravação realizada em local público – p.43.

Processo 5930/07 (2008): licitude da gravação realizada nas proximidades de postos de combustível – p.49.

Processo 1630/08 (2010): licitude da gravação realizada no interior de estabelecimento comercial – p.49.

#### *Tribunal da Relação de Coimbra*

Processo 2436/02 (2002): licitude da gravação de atividade de tráfico de estupefacientes desenvolvida ao ar livre – p.44.

Processo 106/09 (2011): licitude da gravação realizada no interior de estabelecimento comercial – p.44.

#### *Tribunal da Relação de Évora*

Processo 623/99 (2000): licitude da videogravação realizada em local público – p.44.

#### *Tribunal da Relação de Guimarães*

Processo 782/03 (2003): licitude da gravação de imagens do autor de um furto dentro de agência bancária – p.44.

*Tribunal da Relação de Lisboa*

Processo 10210/08 (2009): irrelevância da licença concedida pela CNPD para a análise da licitude da prova em vídeo – p.49.

Processo 1630/08 (2010): irrelevância da licença concedida pela CNPD para a análise da licitude da prova em vídeo – p.49.

## 4. CANADÀ

*Supreme Court of Canada*

Regina v Oakes (1986): teste de proporcionalidade – p.55.

Regina v Dyment (1988): não há expectativa de privacidade em relação ao que o indivíduo, de forma consciente, expõe ao público ou abandona em local público – p. 40.

Regina v. Duarte (1990): distinção entre uso de informantes e realização de gravação – p.31.

Baron v. Canada (1993): não há expectativa de privacidade em relação ao que o indivíduo, de forma consciente, expõe ao público ou abandona em local público – p. 40.

Regina v. Plant (1993): as normas que tutelam a privacidade visam a proteger informações pessoais que indivíduos, em uma sociedade livre e democrática, gostariam de manter a salvo do Estado, bem como informações que podem revelar detalhes íntimos de seu estilo de vida ou de escolhas individuais – p.40.

Regina v. Boersma (1994): não há expectativa de privacidade em relação ao que o indivíduo, de forma consciente, expõe ao público ou abandona em local público – p. 40.

Regina v. Silveira (1995): a residência é dotada de elevada expectativa de privacidade – p.40.

Regina v. Evans (1996): não há expectativa de privacidade em relação ao que o indivíduo, de forma consciente, expõe ao público ou abandona em local público – p. 49.

Regina v. Stillman (1997): não há expectativa de privacidade em relação ao que o indivíduo, de forma consciente, expõe ao público ou abandona em local público – p. 40.

Regina v. Monney (1999): não há expectativa de privacidade em relação ao que o indivíduo, de forma consciente, expõe ao público ou abandona em local público – p. 40.

Regina v. Tessling (2004): não há expectativa de privacidade em relação ao que o indivíduo, de forma consciente, expõe ao público ou abandona em local público – p. 40.

Regina v. Jackpine (2006): impressões digitais e fotografias, extraídas após

autorização judicial, não são protegidas pela expectativa razoável de privacidade – p.40.

Regina v. Cole (2009): a expectativa de privacidade é limitada ou inexistente em se tratando de computadores utilizados por funcionários em seu local de trabalho – p.41.

Regina v. Patrick (2009): a análise da expectativa razoável de privacidade deve ser feita pela perspectiva de uma pessoa razoável, instruída e preocupada com os efeitos, em longo prazo, da ação estatal para proteção da privacidade – p.40.

Regina v. Morelli (2010): elevado grau de privacidade dos computadores – p.41.

Regina v. Graham (2010): mitigação da privacidade se o computador é levado à assistência técnica – p.41.

#### *Ontario Superior Court of Justice*

Regina v. Little (2009): É possível a apreensão de computador durante o cumprimento de um mandado de busca. Contudo, a pesquisa em seus arquivos pode exigir um mandado específico – p.41.

Regina v. Tuduca (2011): É possível a apreensão de computador durante o cumprimento de um mandado de busca. Contudo, a pesquisa em cartão de memória pode exigir um mandado específico – p.41.

#### *Court of appeal for Ontario*

Regina v. Sutherland (2000): a residência é o local onde há a mais elevada expectativa de privacidade – p.40.

Regina v. Alkins (2007): baixa expectativa de privacidade no interior de veículo – p.40.

Regina v. De Jesus (2010): Amostras de DNA, extraídas após autorização judicial, não são protegidas pela expectativa razoável de privacidade – p.40.

#### *Supreme Court of British Columbia*

Regina v. Sipes (2008): Não há expectativa de privacidade quanto a objetos jogados no lixo – p.40.

#### *Court of Quebec*

Regina v. Piette (2009): licitude da prova produzida a partir de cópia de um disco rígido enviado à polícia por funcionário de assistência técnica – p. 41.

#### *Provincial Court of British Columbia.*

Regina. v. Sheck (2012): elevada expectativa de privacidade quanto a smartphones – p.41.

*Provincial Court of Nova Scotia*

Regina v. Hiscoe (2011): No momento da prisão, desde que haja conexão com a investigação, a polícia pode, sem mandado, acessar o histórico de ligações do aparelho celular – p.41.

Regina v. Dorey (2011): a análise pericial completa em um telefone celular exige prévia expedição de mandado judicial – p.41.

*Provincial court of Saskatchewan*

Regina v. Schira (2011): a análise pericial completa em um telefone celular exige prévia expedição de mandado judicial – p.41.

## 5. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

*U.S. Supreme Court*

Burdeau v. McDowell (1921): admissibilidade da prova ilícita produzida por particular – p.25.

United States v. Jeffers (1951): admissibilidade da prova ilícita que viola apenas direito de terceiro – p.25 e p.58.

Katz v. United States (1967): a quarta emenda engloba apenas a expectativa razoável de privacidade – p.39.

Nix v. Williams (1984): a descoberta inevitável é uma exceção à regra da inadmissibilidade da prova ilícita – p.25.

United States v. Leon (1984): sopesamento da boa fé na admissão da prova ilícita – p.26.

Massachusetts v. Sheppard (1984): sopesamento da boa fé na admissão da prova ilícita – p.26.

Hudson v. Michigan (2006): a rejeição da prova deve ser o último recurso e não o primeiro impulso – p.25.

## 6. INGLATERRA

Roe v. Harvey (1769): ilegalidade da prova baseada em confissão forçada – p.23.