

UNIVERSIDADE DE LISBOA



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA



**MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA
ESPECIALIDADE DE DIREITO PENAL**

DA (I)LEGITIMIDADE DOS *DRONES* NO PROCESSO PENAL

Realizado por Duarte Domingos Moura de Sousa

ANO 2020

Orientado pelo Professor Doutor Francisco Aguilar

Agradecimentos

Aos meus pais, pelo incentivo e por todo o apoio que sempre me deram, porque sem eles nada seria possível.

À minha filha pelo amor incondicional e pelo orgulho que tem por mim, apesar das minhas ausências!

Ao Professor Doutor Francisco Aguilar, pela disponibilidade e partilha de conhecimentos e por me ter orientado na realização desta dissertação.

Abreviaturas

AAN	Autoridade Aeronáutica
Ac	Acórdão
ADN	Ácido Desoxirribonucleico
ANAC	Autoridade Nacional de Aviação Civil
AR	Assembleia da República
art.º	Artigo
CC	Código Civil
CDFU	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDU	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cfr.	Conforme
CNPD	Comissão Nacional de Proteção de Dados
CP	Código Penal
CPP	Código Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código de Trabalho
DL	Decreto-Lei
DLG	Direitos, Liberdades e Garantias
DUDH	Declaração Universal Direitos dos Homens
EMP	Estatuto do Ministério Público
EUA	Estados Unidos da América
FDUL	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
GNR	Guarda Nacional Republicana
GPS	Global Positioning System
INAC	Instituto Nacional de Aviação Civil
JIC	Juiz de Instrução Criminal
LPDP	Lei da Proteção de Dados Pessoais
MP	Ministério Público
n.º	Número
NAV	Navegação Aérea de Portugal
OPC	Órgão de Polícia Criminal
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais

PJ	Polícia Judiciária
PM	Polícia Marítima
PSP	Polícia de Segurança Pública
RPA	Aeronaves Pilotadas Remotamente – <i>drones</i>
Séc.	Século
ss	Seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRP	Tribunal da Relação do Porto
v.g.	<i>Verbi Gratia</i> em Latim ou Por Exemplo em Português
vs.	<i>Versus</i>

Índice

Sumário	
Summary / Abstract	
Introdução	
1. Os novos desafios colocados pela evolução tecnológica e científica, os <i>Drones</i>	
1.1 O olho de Deus-----	14
1.2 Breve Evolução Histórica-----	15
1.3 Particularidades e Aptidões dos <i>Drones</i> -----	16
1.4 A Utilização Arbitrária dos <i>Drones</i> -----	18
1.5 Vulnerabilidade-----	19
1.6 Os <i>Drones</i> em Portugal-----	19
2. Instituto da Prova-----	22
3. Legitimidade, Ética e Moralidade-----	24
4. <i>Drones</i> e Direito Processual Penal	
4.1 Problema a Resolver: a (i)legitimidade da Utilização dos <i>Drones</i> -----	27
4.2 Obediência Absoluta à Constituição-----	29
4.3 Direitos Fundamentais-----	31
4.4 Lesões aos Direitos Fundamentais-----	36
4.5 Em que termos é que a Vida Privada pode ser devassada-----	39
4.6 Restrições aos Direitos Fundamentais entender o Processo Penal na Constituição-----	44
4.7 À Procura de Soluções-----	53
4.8 Entender o Alcance da Proibição de Prova-----	58
4.9 <i>Drones</i> , Meios de Obtenção de Prova Ocultos e/ou Atípico-----	61
4.10 A Solução na Jurisprudência quanto ao uso de outros Meios de Obtenção de Prova Ocultos, nomeadamente o <i>GPS</i> -----	67
4.11 A Caixa de Pandora – Lei 5/2002 de 11 de janeiro-----	74
4.12 Lei 5/2002 de 11 de Janeiro <i>versus</i> Regime das Escutas Telefónicas-----	83
4.13 A Videovigilância-----	90
4.14 As Gravações de Imagem e Voz Obtidas por Particulares Utilizando <i>Drones</i> -----	95
4.15 A Realidade dos <i>Drones</i> noutros Países-----	102
4.16 Onde se encaixam verdadeiramente os <i>Drones</i> -----	109

5. Considerações Finais-----	119
6. Conclusões-----	129
Bibliografia	

Sumário

É real aquilo que outrora era ficção! Os *drones*, que nos pareciam ser equipamentos de filmes futuristas, chegaram para ficar e estão atualmente ao alcance de qualquer pessoa. Estas máquinas têm um papel cada vez mais significativo na vida em sociedade, para o bem e para o mal. Criados originalmente para o uso militar, os *drones* têm invadido vários outros setores, nomeadamente, *os media*, a saúde, a segurança, a área empresarial, a cultura, a administração urbanística, etc.

Com as colossais competências do homem, que explicam todo o crescimento tecnológico e científico das últimas décadas, nasceram estes aparelhos cuja utilização capacita ao seu utilizador o poder de controlar e vigiar todos os passos dos cidadãos sem que estes se apercebam disso. Esta inteligência permite unir o mundo ou por outro lado afrontar esse mesmo mundo, por isso, surge esta necessidade de abordar os problemas que possam advir da sua utilização no Direito Processual Penal.

O aparecimento dos *drones* vem fortalecer inúmeros ataques aos direitos fundamentais, em diferentes frentes e, agora, com o impacto de estarmos perante violações com repercussões planetárias.

No mundo inteiro, são utilizados *drones* para diversos fins. Este dispositivo tem a aptidão de filmar e fotografar, transmitir dados e imagens, conectado, em tempo real, com outros aparelhos.

É fácil perceber os novos desafios que o direito enfrenta ao nível da tutela da vida privada e da imagem. Por outro lado, estes novos aparelhos podem contribuir para ajudar na prevenção e repressão criminal, como auxílio das forças e serviços de segurança para obtenção de prova.

Não obstante a possibilidade de podermos ser expostos a estes aparelhos, iremos aqui abordar algumas das questões que se colocam com a utilização dos mesmos: primeiro e a montante, temos o problema da (i)legitimidade, e a jusante tudo o que respeita ao direito à inviolabilidade pessoal, sobretudo no que toca aos aspetos da imagem, da reserva da vida privada, especialmente vulneráveis perante a banalização da utilização de novas tecnologias, nomeadamente dos *drones*.

É simples entender o grande desafio que o Direito enfrenta ao nível da tutela dos direitos fundamentais, e havendo a possibilidade destes equipamentos poderem vir a ser utilizados

como meio de obtenção de prova à luz do Processo Penal, será inadiável legislar, para se afastarem outras teses discricionárias.

Palavras chave: *drones* – ilegitimidade – meios de prova proibidos – processo penal – legislação – violar – devassa da vida privada.

Summary / Abstract

What once was fiction, it is now real. Drones, which seemed to be props in futuristic movie sets, are here to stay and are now available to anyone. These vehicles have had an increased role in today's society, for good and evil. They were originally created for military purposes, however they have intruded into other sectors, such as the media, health, security, businesses, culture, urban management and so on.

With the colossal powers of mankind, which explain all the technological and scientific growth of the last decades, these devices were born whose use empowers the user to control and monitor all citizens' steps without their realizing it. This intelligence allows us to unite the world or otherwise challenge the same world, therefore arising the necessity to address problems that may accrue from its use in the Criminal Procedural Law.

The appearance of the drones has strengthened countless attacks on fundamental rights, on different fronts, and now, with the impact of facing violations with planetary repercussions.

Worldwide, drones are used for various purposes. These devices are capable of shooting and taping, transmitting data and images, while connected in real time with other devices.

It is easy to understand the new challenges that the Law faces regarding the protection of citizen's right to privacy and image. On the other hand, these new devices can aid Governmental Agencies, such as the Police, by gathering evidence that can be used for prevention and criminal repression processes. Nevertheless, the possibility of being exposed to these devices, we will address here some of the questions that arise with their use: first and upstream we have the problem of (il) legitimacy, and downstream everything related to the violation of the Right to Privacy Law, particularly vulnerable to the trivial use of new technologies, namely drones.

It is simple to understand the great challenges the Law faces protecting the fundamental Human Rights, and if these equipments are used as means to obtain evidence as part of a criminal procedure, it will be imperative to legislate as to set aside other discretionary theses.

Keywords: *drones* – illegitimacy – unlawful means of evidence – penal process – legislation – violate – deprivation of privacy

“A eficácia da justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa.”¹

¹ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui - *Constituição da República Portuguesa Anotada. Tomo I*, Coímbra, Coímbra Editora, 2005, pág.361.

Introdução

Foi no âmbito do Curso de Mestrado em Ciência e Prática Jurídica, na especialidade de Direito Penal, organizado pela FDUL, que a unidade curricular Direito Penal III me despertou o interesse pela temática dos meios de prova proibidos, particularmente o *GPS* que, analogamente aos *drones*, não tem legislação que autorize a sua intervenção no âmbito do processo penal. No entanto, este é utilizado como meio de obtenção de prova, pela extensão oferecida pelo art.º 189 do CPP, pese embora existam apoiantes da sua legitimidade, e, por outro lado, existem outros, que se posicionam pela sua ilegitimidade.

Os alunos da unidade curricular Direito Penal III foram convidados a elaborar trabalhos práticos, com exposição oral sobre meios de obtenção de prova ocultos/atípicos ou, que à luz dos argumentos de cada um, fossem inadmissíveis.

Foram apresentados trabalhos muito curiosos, designadamente, a utilização de Polígrafos, Delação Premiada, *GPS*, Mandados de Detenção Coletivos e *ADN*, e, no que concerne ao *GPS*, a minha posição foi sempre defender o que mais me preocupou, isto é, a ausência de legislação. A jurisprudência analisada tinha mais de 12 anos, e continua tudo na mesma; ou seja, passado todo este tempo, nada se fez quanto a legislar este meio de obtenção de prova. Apesar da existência da analogia oferecida pela equiparação do art.º 189 do CPP, operada pelos aplicadores da lei, esta deixa sempre àqueles o emprego de poderes discricionários, baseados em fundamentos Processuais Penais-Constitucionais, e não deixa de ser um recurso legal. Porém, a solução legal mais transparente seria a sua regulamentação efetiva.

Atuando de forma profilática, e desta forma repor a segurança e confiança jurídica de todos os cidadãos, entendemos ser necessário trazer à discussão a utilização de meios de obtenção de prova que não tenham legislação como é o caso dos *drones* e que devido à colossal evolução das novas tecnologias, estas últimas possam auxiliar aqueles que investigam e que têm legitimidade para o fazer, obtendo mais respostas e de forma mais célere para alcançar a descoberta da verdade.

Os *drones* são meios tecnológicos com capacidades exclusivas, podendo ser úteis para os OPC, quer seja para prevenção ou na investigação criminal. Todavia ir-nos-emos focar na sua potencial habilidade como meio de obtenção de prova, ou seja, a captação de

imagens, devassado deste modo a vida privada do cidadão, sem o seu consentimento, violando desta maneira os seus direitos, garantias e liberdades fundamentais.

Seguidamente a uma breve explicação sobre o meio tecnológico em análise – *drones*, transitamos para o que realmente nos propusemos fazer, ou seja, a (i)legitimidade dos *drones* no Processo Penal.

Esta (i)legitimidade é feita em conformidade com a CRP, e ao mesmo tempo, com a DUDH, por exigência expressa da nossa lei fundamental, tendo sido explorado o que é necessário para não ser inconstitucional, isto é, quais os pressupostos constitucionais impostos para que a utilização de *drones*, como meios de obtenção de prova, não sejam considerados ilegais.

Todavia, é no CPP e nas leis especiais de natureza penal que encontramos orientações quanto aos meios processualmente admissíveis para a realização da justiça, logo será nestes diplomas legais que encontraremos a solução deste enigma. Vamos, por um lado, constatar, em que termos e como poderá ser feito, isto é, não havendo nenhuma lei expressa que regule este meio de obtenção de prova – *drones* _ onde é que o podemos enquadrar? Por outro lado este meio de prova está ao alcance de qualquer sujeito processual? Caso esteja, em que contexto poderá ser utilizado, isto é, como prova ofensiva ou como prova defensiva?

Não deixamos de trazer à colação aspetos essenciais para evidenciar o grau de intrusão e invasão do núcleo da devassa da vida privada, comparando-o com outros meios que atingem o mesmo fim, bem como, caso seja possível, a sua utilização, se esta se adapta verdadeiramente no Processo Penal ou se se adapta necessariamente a um tipo de investigação criminal.

Independentemente de os leitores deste estudo ficarem com as ideias mais organizadas quanto à temática em discussão, será que se justifica haver *de jure constituendo* no Processo Penal Geral ou Especial, para que a Justiça seja alcançada de forma mais justa?

Veremos, então.

1. Os Novos Desafios Colocados pela Evolução Tecnológica e Científica - Os Drones

Os *drones* são talvez um dos equipamentos com maior crescimento dentro do sector aeronáutico, devido principalmente à sua eficácia². O desenvolvimento tecnológico provocou, uma vez mais, que dispositivos projetados para o uso militar, pudessem vir a ser usados para outros fins, procedendo-se para tal às alterações adequadas e apropriadas para a finalidade a ser dada por cada um dos seus operadores. Por isso, pensa-se poderem ser utilizados como um meio de obtenção de prova em Processo Penal, pois têm capacidades tecnológicas para recolha de imagens – prova - logo, são bastante úteis para a finalidade do inquérito³.

Neste capítulo vão ser expostas considerações sobre o equipamento em causa, primeiro numa perspetiva global, fazendo uma breve explanação quanto ao seu aparecimento, características, utilização, debilidades e por último a atualidade destes aparelhos em Portugal e concluir, que na verdade, um desvio ilegítimo e extralegal quanto à sua utilização pode violar gravemente Direitos Fundamentais.

1.1 O Olho de Deus

Podemos comparar os *drones* na perspetiva de tentar captar a conceção do olho de Deus, que dos céus, equipado de potentes câmaras, se torna omnipresente e onnipotente, inovando assim a maneira de vigiar e seguir ininterruptamente os suspeitos. CHAMAYOU GRÉGOIRE agrupa esta revolução em cinco grandes princípios, os quais se enquadram perfeitamente no domínio da desmedida desobediência aos direitos fundamentais dos cidadãos, que são: i) princípio do olhar persistente ou de vigília permanente; ii) princípio de totalização das perspetivas ou de vista sinóptica; iii) princípio de arquivamento total ou do filme de todas as vidas; iv) princípio de fusão de dados e o

² CURIEL, Pedro - El régimen jurídico internacional, europeo y Español de las aeronaves no tripuladas o Drones y su influencia en el mercado, la gestión y el derecho aeronáutico. Aranzadi Doctrinal. Navarra. 2015, p. 223.

³ art.º 219 do CRP e art.º 262 do CPP “*O inquérito compreende um conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir recolher as provas, (...)*”.

princípio de esquematização das formas de vida,⁴ e todos eles violam, de uma forma sinistra e bárbara, o princípio da liberdade⁵.

1.2 Breve Evolução Histórica

Nos anais mais remotos, os primeiros *drones* eram utilizados como alvos, em treinos, durante a segunda Grande Guerra,⁶ pelos soldados americanos e foi então que passaram a ter o nome de *drone*, que em inglês significa zangão. No entanto, os *drones* só foram novamente utilizados muito tempo depois, na guerra do Vietname,⁷ realizando trabalhos de reconhecimento, voltando apenas em 2001, com o profético 11 de setembro, desta vez usados para recolha de informação e transformando-os numa arma letal, equipando-os com bombas.⁸

Constatamos, apenas com um parágrafo, que este aparelho tem atributos consideráveis para ser utilizado no domínio da investigação criminal, como meio de obtenção de prova, pois, tem a faculdade de recolher informação (imagens) importantes para ajudar na descoberta da verdade,⁹ todavia, a sua finalidade no seio militar, nomeadamente em trabalhos de reconhecimento e recolha de informação, torna-os bastante úteis para a esfera da investigação criminal, excluindo de todo e sem direito a debate, a utilização dos mesmos como forma de arma.

A palavra *drone* é definida pelo exército norte-americano como “*veículo terrestre, naval ou aeronáutico, controlado à distância ou de modo automático*”,¹⁰ ou seja, um veículo não tripulado e motorizado à distância, seja qual for o seu desígnio, no entanto, privilegiamos os aeronáuticos pela sua capacidade de dissimulação e ocultação, e por isso ventilamos a possibilidade da sua utilização no âmbito da investigação criminal.

⁴ CHAMAYOU, Grégoire – Teoria do drone, Edição Brasileira: ed. Coasac & Naify, 2015, p. 33-35.

⁵ Afrenta aos art.ºs 1, 2 e 27 da CRP.

⁶ 1939 – 1945 CAROL, Anne; CARRIGUES, Jean; IVEMEL, Martin – Resumo de história do Século XX. Paris: Plátano Edições Técnicas, 1997, p. 408-415.

⁷ 1964 – 1968 *ibidem*, p. 146.

⁸ Sob alegações de defesa pessoal os homens são abatidos numa “*lógica de segurança baseada na eliminação preventiva de indivíduos perigosos.*” CHAMAYOU, Grégoire – Teoria do drone, Edição Brasileira: ed. Coasac & Naify, 2015, p. 30.

⁹ Finalidade e âmbito do inquérito n.º 1 do art.º 262 do CPP.

¹⁰ *ibidem*, p. 9.

Vamos refletir em capítulos próprios, neste trabalho, casos onde seja possível a utilização de *drones*.

Primo, a sua utilização como meio de obtenção de prova e devido ao facto de não existir, até ao momento deste estudo, qualquer tipo de legislação que enquadre a sua utilização como meio de obtenção de prova no seio do Processo Penal, questionamos a sua (i)legitimidade.

Secundus, expor de forma lícita, ou seja, respeitando as garantias do Direito Processual Penal e Constitucional, o possível enquadramento deste mecanismo de obtenção de prova com a legislação já formada, ou seja, não havendo qualquer legislação que mencione de forma direta este equipamento como meio de obtenção de prova, iremos demonstrar quais os limites a ter, para que possa vir a ser questionada a sua utilização, por aqueles que aplicam o direito nestes casos concretos.

Se tais ponderações não forem feitas, a investigação criminal será iníqua e injusta, pois é substituído o Homem físico,¹¹ nas vigilâncias/seguimentos policiais, por aeronaves telecomandadas à distância, camufladas e dissimuladas, sendo que estas características pendem somente para o lado do suspeito. Por outro lado, a tirana e autoritária intromissão total e universal, por todo o espaço livre e acessível a descoberto (sem teto) desta ferramenta na vida privada dos cidadãos, pode criar violações a direitos fundamentais protegidos por todo o ordenamento jurídico planetário.

1.3 Particularidades e Aptidões dos *Drones*

Compete clarificar, na eventualidade de vir a ser possível utilizar *drones* como meio de obtenção de prova no Processo Penal, que seria bastante conveniente, haver um acordo bilateral entre os Ministério da Justiça e o Ministério da Defesa Nacional, (Força Aérea), para possibilitar o uso de *drones* militares, uma vez que estes utilizam tecnologia, inteligência e uma engenharia de ponta, sendo estas particularidades bastantes úteis para auxiliar nas investigações criminais, quanto à produção de prova. Porém, só devem ser usados depois de se esgotarem os outros meios capazes de o fazer.

¹¹ “...considerado um *alter ego* do operador, onde a sua consciência é incorporada à máquina e a única distinção seria apenas a ausência da «carne viva do primeiro»”, cfr. CHAMAYOU, Grégoire, *op. cit.*, p.20.

Com os *drones* é possível conceber zonas de atuação estabelecidas, delimitando áreas sinalizadas, onde o seu tamanho pode variar de acordo com a necessidade do suspeito que se quer vigiar/seguir, como, por exemplo, na investigação criminal utilizar num veículo automóvel referenciado por *GPS*,¹² e deste aparelho enviar sinal para o *drone* e daqui haver um seguimento e uma vigilância total a todos os movimentos do suspeito com recolha de imagens *in loco*.

Embora o uso militar tenha sido a justificação para a criação de *drones*, atualmente estes equipamentos têm dimensões várias, consoante a sua utilidade (civil, militar, policial, científica e lúdica). Têm sido utilizados pelos civis relativamente a tarefas denominadas perigosas e arriscadas, mas graças à sua eficácia e baixo custo, eles ampliaram os limites das suas possíveis aplicações, designadamente, em grandes obras e infraestruturas ou vastas plantações, para entrega rápida e barata por grandes empresas como *Amazon* e *Google*, no socorro médico urgente e imediato (desfibriladores voadores), transmissão de sinais de TV, rádio e internet, segurança rodoviária, em grandes eventos¹³, na segurança pública, trabalho de recolha de fotografia aérea, proteção civil e na luta contra incêndios florestais¹⁴

Existem vários modelos de *drones*, sendo que o seu peso varia desde de umas poucas gramas a várias toneladas. A autonomia de voo pode variar entre poucos km e mais de mil milhas e a altura pode alcançar e chegar aos três mil metros¹⁵. O uso de *microdrones* e os projetos de construção de novos modelos para o futuro, demonstram a tendência a diminuir o seu tamanho até às dimensões de um inseto, o que para uso em contextos de investigação policial, se tornam cada vez mais dissimulados, facilitado assim o seu emprego.

¹² *vide*, jurisprudência que autoriza a utilização deste meio de obtenção de prova – TRP de 21.03.2013, processo n.º 246/12.9TAOAZ-A.P1, relator Juiz Desembargador Joaquim Gomes, Votação Unanimidade.[Consult.02 Nov.. 2018]. Disponível em www.dgsi.pt/jtrp.nsf/.

¹³ CALEIRO, João Pedro – Como os Drones vão mexer com a economia. [Em linha] Exame on line, 2016, [Consult. 11 de Abr. 2019]. Disponível em <https://exame.abril.com.br/economia/como-os-drones-vaomexer-com-a-economia>.

¹⁴ CURIEL, Pedro - El régimen jurídico internacional, europeo y Español de las aeronaves no tripuladas o Drones y su influencia en el mercado, la gestión y el derecho aeronáutico. Aranzadi Doctrinal. Navarra. 2015, p. 224.

¹⁵ CURIEL, Pedro - El régimen jurídico internacional, europeo y Español de las aeronaves no tripuladas o Drones y su influencia en el mercado, la gestión y el derecho aeronáutico. Aranzadi Doctrinal. Navarra. 2015, p. 225.

1.4 A Utilização Arbitrária dos Drones

Expomos as formas como são utilizados estes equipamentos sem a intervenção legislativa, isto é, vamos analisar os *Drones* caso estes fossem utilizados como um meio de obtenção de prova no Processo Penal, sem qualquer base legal e sujeitos às regras impostas pelo Legislador. Pois, existe na realidade planetária quem os utilize sem o devido controlo judiciário.

É do conhecimento geral que existem Estados que os usam de forma fortuita. Veja-se o caso dos EUA, que depois da queda das Torres Gêmeas,¹⁶ com ajuda dos serviços secretos ocidentais, vasculharam todos os cantos do mundo garantindo em alguns casos fortunas por informações que pudessem levar à localização de terroristas, prometendo por 22 (vinte e dois) estados, 25 (vinte e cinco) milhões de dólares de recompensa.¹⁷ Desta maneira, assistimos com a permissividade da população mundial, à utilização do “vale tudo” para se alcançar a localização de pessoas que na verdade e em todo o ordenamento jurídico civilizado, começam apenas por serem suspeitos. Exemplos militares como “*Predator*” e o “*Reaper*” que se deram a conhecer em diversas ações bélicas no Médio Oriente, sendo Israel e os EUA os pioneiros neste campo¹⁸.

Ainda assim, foi elaborada uma lista cheia de nomes a começar pelos líderes da Al-Qaeda, Osama bin Laden e Ayman al-Zawahiri, Mohammad Omar, Ezzat Ibrahim al-Douri e os líderes dos sérvios da Bósnia Radovan Karadzic, Ratko Mladic entre outros¹⁹. Atualmente alguns deles já foram capturados, detidos e executados e na verdade foram autorizadas as suas capturas “vivos ou mortos”, sob uma autorização mais política do que judicial.

Para a captura destes “Procurados”, porque em bom rigor seriam sempre suspeitos, foram utilizados *drones* que os localizavam e /ou atacavam. Também eram utilizados para obter

¹⁶ As “Torres Gêmeas” do World Trade Center original foi um grande complexo de sete edifícios na região de Lower Manhattan, Nova Iorque, Estados Unidos e destruído durante os ataques de 11 de setembro de 2001.

¹⁷ JORGE, Fernando – Os homens mais procurados do mundo. Publico [Em linha].2003.[Consult.05 Out. 2018]. Disponível em www.publico.pt/2003/12/21/mundo/noticia/os-homens-mais-procurados-do-mundo-117899. p. 1.º parágrafo.

¹⁸ CURIEL, Pedro - El régimen jurídico internacional, europeo y Español de las aeronaves no tripuladas o Drones y su influencia en el mercado, la gestión y el derecho aeronáutico. Aranzadi Doctrinal. Navarra. 2015, p. 224.

¹⁹ *Ibidem*, onde é referido que: estes incluem da lista dos 55 responsáveis políticos mais procurados, cujas fotografias foram impressas nas cartas de um baralho distribuído pelo Pentágono, o Departamento de Defesa dos EUA.

a localização de outros indivíduos, que apenas por terem determinadas características eram apontados como elementos de uma “organização terrorista”, sendo capturados sem ao menos se saberem os seus nomes. Estes “retratos” de indivíduos são criados segundo os relacionamentos que têm e os lugares que costumam visitar, isto é, se se relacionam com alguém que já pertence à lista dos procurados, tornam-se suspeitos também²⁰.

Desta forma com a argumentação de que se deve “controlar” o terrorismo, são por vezes os Estados que criam e praticam o verdadeiro terrorismo.

1.5 Vulnerabilidade

Do mesmo modo que os colossais, valentes e intocáveis mitos, nomeadamente Aquiles²¹ e Siegfried²², e que a história revelou na realidade vulneráveis em algum ponto, os *drones* não são diferentes. No decurso da utilização dos *drones* em todos estes anos, os alvos humanos alargaram estratégias para enganar, defraudar e iludir os sistemas dos *drones*. Segundo um artigo publicado no conceituado “The New York Times Magazine”,²³ insurgentes aproveitam a oculta imagem gerada pelo *drone* para se deslocarem em ziguezague fazendo este errar o alvo, outros têm *hackeado* os sinais transmitidos pelos *drones* para obterem as imagens geradas pelo mesmo, tendo assim acesso ao mesmo material. O livre acesso à aquisição destes aparelhos, a baixo custo, tem o efeito perverso: os sujeitos / alvos, possuem *drones*, podendo fazer o mesmo.

1.6 Os Drones em Portugal

É uma realidade no nosso País, ou seja, atualmente existe legislação relativamente à utilização destes aparelhos; no entanto, este uso está excluído do âmbito do Direito

²⁰ KLAIDMAN, Daniel, - Kill or Capture: The War on Terror and the Soul of the Obama Presidency. United States: Houghton Mifflin, 2012, p.41.

²¹ HOMERO – Odisseia. 2.ª ed. rev. São Paulo: Cultrix, 2013, canto I. Na mitologia grega, foi um herói da Grécia, um dos participantes da Guerra de Troia e o personagem principal e maior guerreiro da *Iliada* de Homero. Aquiles era invulnerável em todo o seu corpo por se banhar no rio Estige, exceto no seu calcanhar.

²² ANÔNIMO - Saga dos Volsungos. Tradução de Théo de Borba Moosburger. São Paulo: Editora Hedra, 2009, p. 205. Herói lendário da mitologia nórdica e personagem central da Saga dos Volsungos. A sua invulnerabilidade e o seu ponto forte segundo Nibelungenlied são similares aos do herói grego Aquiles.

²³ MAZZETTI, Mark – The Drone Zone. The New York Times Magazine [Em linha]. 6 de Julho de 2012. [Consult. 11 Dec. 2018]. Disponível em WWW.nytimes.com/2012/07/08/magazine/the-drone-zone.html

Processual Penal. Porém, é parca a legislação e existem problemas chave na regulamentação expressa, tais como a possibilidade de qualquer utilizador destes dispositivos poder filmar e fotografar, sem grandes exigências, no que respeita à tutela e salvaguarda da imagem, e, especialmente, à sua divulgação e proteção de dados. Daí ser necessário criar-se mecanismos para garantir a inexistência de tais violações, como, por exemplo, a obrigação de um registo homologado em todos os modelos de *drones*, de forma à identificação imediata dos seus proprietários, comparativamente ao que existe com outros veículos aéreos, terrestres e navais (matriculas). Estes constrangimentos também os encontramos no nosso país vizinho²⁴.

Os *drones* em Portugal são regulados pela NAV, AAN e ANAC. As “Aeronaves Pilotadas Remotamente” (RPA)²⁵, designação dada pelo Regulamento n.º 1093/2016²⁶, tem a ANAC como entidade reguladora e é este Regulamento que dispõe as condições de operações aplicáveis à utilização do espaço aéreo pelos sistemas de aeronaves civis pilotadas remotamente, *drones*. Este Regulamento vem também definir as condições de operações aplicáveis a aeronaves civis não tripuladas, *drones*, no âmbito das suas competências em matéria de acesso, por parte de aeronaves civis, ao espaço aéreo sob controlo ou jurisdição do Estado Português.

Destaca-se o Regulamento de Execução (UE) n.º 923/2012, onde a alínea a) do n.º 1 do art.º 4 desobriga as missões policiais dos requisitos específicos deste regulamento. Igual referência é feita no n.º 1 e alínea a) do n.º 3 do art.º 1 do Regulamento n.º 1093/2016, que exclui a operação de sistemas de aeronaves civis pilotadas remotamente consideradas aeronaves de Estado,²⁷ isto é, a alçada da aplicação deste Regulamento fica, deste modo, circunscrita às aeronaves civis pilotadas remotamente. Assim, as violações de

²⁴ CURIEL, Pedro - El régimen jurídico internacional, europeo y Español de las aeronaves no tripuladas o Drones y su influencia en el mercado, la gestión y el derecho aeronáutico. Aranzadi Doctrinal. Navarra. 2015, p. 223 a 254.

²⁵ De acordo com a designação estabelecida na alínea h) do art.º 2 do Regulamento n.º 1093/2016, que determina as condições de operação aplicáveis à utilização do espaço aéreo pelos sistemas de aeronaves civis pilotadas remotamente (“*drones*”).

²⁶ Dá deste modo cumprimento ao n.º 4 do art.º 1 do Regulamento de Execução (UE) n.º 923/2012, da Comissão, de 26 de setembro de 2012, alterado pelo Regulamento de Execução (UE) 2016/1185, da Comissão, de 20 de junho, nos termos do qual se prevê que os Estados-Membros devem assegurar que sejam instituídas regras nacionais para que os aeromodelos e as aeronaves brinquedo sejam utilizados de forma a minimizar os perigos relacionados com a segurança da aviação civil, das pessoas, dos bens e das outras aeronaves.

²⁷ alínea g) do art.º 2 do Regulamento n.º 1093/2016, define «Aeronaves do Estado» que são, “*as aeronaves usadas nos serviços militares, aduaneiros e policiais*”.

determinações instruções ou ordens da ANAC, constituem contraordenações aeronáuticas civis graves ou muito graves, remetendo *ex vi* art.º 13 do Regulamento n.º 1093/2016, para o art.º 7 do DL n.º 10/2004, de 9 de Janeiro que aprova o regime das contraordenações aeronáuticas civis,²⁸ tendo o INAC a finalidade de supervisionar, regulamentar e inspecionar o sector da aviação civil.

Em Portugal, para utilizar um *drone* que tenha câmara é preciso pedir autorização à AAN. Saliente-se que desde os modelos mais básicos até aos mais complexos²⁹, todos têm a particularidade de usar câmaras de captação de imagens. Assim, qualquer cidadão que tenha um *drone* abaixo de 250 (duzentos e cinquenta) gramas, não necessita de ter nenhum tipo de registo e seguro obrigatório, logo que voem dentro dos limites definidos em cada área. Todavia, para filmar e fotografar até 30 (trinta) metros necessita somente de uma autorização prévia³⁰, *cf.* alínea e) do art.º 2 e alínea b) do n.º 1 e n.º 2 do art.º 9, ambos do Regulamento n.º 1093/2016.

Identificamos desta maneira que em Portugal qualquer cidadão tem a faculdade de poder adquirir um *drone* e utilizá-lo de acordo com a legislação em vigor, desde que tenha seguro de responsabilidade civil e mais de 16 anos de idade. Um cidadão português munido deste aparelho, e a despeito da grande potencialidade que os mesmo têm no que concerne à faculdade de poder possuir instrumentos de captação de imagem/fotografia³¹, terá consequentemente de ter um enorme respeito ao cumprimento escrupuloso das normas relativamente a bens jurídicos com dignidade penal e à Proteção de Dados Pessoais, direitos de tutela Constitucional. Este respeito deverá ser acatado tanto pelos operadores do Estado como dos particulares, visto que a utilização destes instrumentos de voo, acidentalmente, poderão produzir prova de um acontecimento ilícito, e daí,

²⁸ Autorização concedida pela Lei n.º 104/2003, de 9 de dezembro.

²⁹ Exemplos de diferentes modelos de *drones* todos com camaras: Phantom 4 Pro; DJI Mavic Air; DJI Spark; Mi Drone 4k; JI Mavic Pro; DJI Phantom; DJI Spark; GoPro Karma e DJI Ryze Tello e entre outros mais.

³⁰ Com entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 58/2018 de 23 de julho que estabelece um sistema de registo e seguro de responsabilidade civil obrigatório aplicável aos sistemas de aeronaves civis não tripuladas *drones*, todos os outros modelos que excedam os 250 gramas é obrigatório um registo com matrícula na ANAC, devendo esta matrícula ser afixada no próprio *drone*, também não podem ser pilotados por menores de 16 anos e é obrigatório seguro de responsabilidade civil.

³¹ alínea b) do n.º 2 do art.º 10 indica que os voos estão sujeitos autorização da ANAC quando “*estejam munidos de equipamento FPV.*” Sendo a alínea q) do art.º 2 que nos define o acrônimo FPV “*Vista em primeira pessoa, modo de operação de uma RPA em que o piloto remoto monitoriza a posição da aeronave através de uma câmara instalada na mesma.*” ambos do Regulamento n.º 1093/2016.

poderem vir a ser responsabilizados criminalmente pelos crimes de devassa da vida privada, gravações e fotografias ilícitas, respetivamente art.º 192 e art.º 199, ambos do CP. No entanto, será que tais provas poderão vir a ser admissíveis e valoradas no Processo Penal para acusar ou absolver, ou serão sempre consideradas meios de obtenção de prova ilícitos? Analisaremos mais adiante tais incertezas.

2. Instituto da Prova

Antes de prosseguirmos para a temática em causa, particularmente no que respeita às contrariedades da utilização de *drones* como meio de obtenção de prova no Processo Penal, sem que exista legislação que autorize e legitime tal viabilidade, entendemos ser crucial começar por deixar algumas considerações gerais sobre o instituto da prova, pois a finalidade deste trabalho situa-se na área desta questão, isto é, a possibilidade de utilizar os *drones* como meio de obtenção de prova no seio do direito processual penal e poderem produzir prova, designadamente imagens, pois esta prova através deste meio de obtenção vai ser um instrumento probatório para ajudar a formar a convicção do julgador³².

O CPP dispõe matéria inerente à prova, fruto de um evidente receio do legislador quanto ao respeito pelos imperiosos princípios constitucionais alusivos à dignidade da pessoa humana, à integridade pessoal e à intimidade da vida privada e familiar, exclusivos de um Estado de Direito Democrático, como é o nosso, de acordo com o art.º 1, art.º 25, ambos da CRP, art.º 12 da DUDH, art.º 8 da CEDH e art.º 2 da CRP, respetivamente.

O CPP principia prontamente com um vetor indispensável à prova, ou seja, é estabelecido pelo art.º 2 deste diploma, que a aplicação de penas e de medidas de segurança criminais, só podem ter lugar em plena concordância com as disposições aí elencadas. Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE³³ frisa que só nos termos de um processo previsto em lei ou diploma equivalente, podem ser aplicadas penas e medidas de segurança criminais. Percebemos, deste modo, que se aclama uma total obediência às ordens impostas no CPP e nas leis extravagantes da mesma natureza, isto é, à legalidade do

³² SILVA, G. Marques – Curso de Processo Penal II. 4.ª Ed. Revista atualizada. Coimbra, Verbo, 2008, pp. 114.

³³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – Comentário ao Código de Processo Penal. Lisboa, 2009, pp. 44.

processo. Deste modo, temos como rumo, só um sentido, que é a legalidade em todo o Processo Penal³⁴.

A prova consiste numa atividade apta a produzir no juiz a convicção da verdade ou não de uma afirmação. Portanto, a palavra *prova* não significa apenas atividade probatória³⁵ ou direção da prova, mas também o próprio meio de obtenção da prova³⁶. Neste sentido, TERESA BELEZA³⁷ afirma que a produção de prova é, fundamentalmente, convencer alguém de uma certa versão das coisas. Também GERMANO MARQUES DA SILVA³⁸ entende que, a atividade probatória se destina a convencer da existência ou não de factos que são pressupostos da estatuição da norma incriminadora. A prova, para CAVALEIRO DE FERREIRA³⁹ é a demonstração da verdade ou realidade dos factos juridicamente relevantes.

Podemos, desde de logo, qualificar a prova como sendo um dos elementos fundamentais de qualquer processo, nomeadamente no Processo Penal⁴⁰. Todavia, é algo dogmático, pois constatamos anteriormente que tem como função a demonstração da realidade dos factos, atividade probatória, realização e garantia de um processo justo, eliminação do arbítrio e que só pode ser obtida através de meios lícitos, não obstante, ainda ser capaz de figurar no elenco das causas de reexame de uma decisão transitada em julgado, nos termos da alínea d) e e) do n.º 1 do art.º 449 do CPP.

O Processo Penal visa a investigação acerca de um provável acontecimento ou facto criminoso e posteriormente uma possível concretização do direito penal substantivo ao facto penalmente relevante. Parafraseando, logo após averiguação da suspeita de um eventual facto criminoso, impulsiona-se o Processo Penal com a tarefa de permitir o

³⁴ Entenda-se por força do art.º 3 do CPP que são subsidiariamente aplicáveis, salvo disposição em contrário, aos processos de natureza penal regulados em lei especial.

³⁵ É o esforço metódico através do qual são demonstrados os factos relevantes para a existência do crime, a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis, n.º 1 do art.º 124 do CPP.

³⁶ *cfr.* conceito de prova de GONÇALVES, Fernando; ALVES, João Manuel – A Prova do Crime - meios legais para a sua obtenção. Coimbra, Almedina, 2009. p. 123. As provas enquanto meios de prova são elementos com base nos quais os factos relevantes podem ser demonstrados, *vide*, MENDES, Paulo de Sousa – Lições de Direito Processual Penal, 3.ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2015. p. 173.

³⁷ In «A Prova» Apontamentos de Direito Processual Penal, II Volume, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992, p.147.

³⁸ Curso de Processo Penal, vol.II, 3.ª ed., Editorial Verbo, 2002, p.96.

³⁹ *Apud*, GONÇALVES, Fernando; ALVES, João Manuel – A Prova do Crime - meios legais para a sua obtenção. Coimbra, Almedina, 2009. p. 124.

⁴⁰ Elemento indispensável em todas as fases do Processo Penal.

apuramento da verdade material no que toca à possível prática dos factos que tipificam o crime e à descoberta do agente que o praticou. Destarte, é inevitável e iminente a vinculação à investigação da ocorrência do facto criminoso antes da prestabilidade das normas penalmente relevantes.

Nessa continuidade, só após o conhecimento de certos factos comprovantes, que serão transportados para os autos, permitindo um exame da confirmação de factos passados, logrará haver a certeza da prática de um crime e do seu agente, dando a isto o nome de prova.

3. Legitimidade, Ética e Moralidade

O raciocínio Moral tem assento exclusivo na consciência individual e está excessivamente alarmado com o exame disciplinado das relações entre seres humanos. A Ética, ciência especulativa sobre o dever ser da conduta em função do Bem está preocupada em como devem ser conduzidas essas relações. Tais inquietudes são codificadas pelos Estados e por isso se criam as leis⁴¹.

Este introito serve de base para percebermos esta complexidade: a existência de leis ou conjunto de normas baseadas na experiência das relações humanas, que garantem a ordem e a paz social, revelam a quem deve ser atribuída a legitimidade, afastando as falhas e os abusos de poder, cabendo ao Estado garantir a aplicação dessas mesmas leis.

Todavia, estas afirmações não são consensuais. Existem teóricos que, antagonicamente, entendem que não deve haver correspondência direta entre os pressupostos morais e os instrumentos legais⁴². Não obstante, compreende-se que, de forma ampla, as condicionantes e limitações nos campos da legitimidade, da ética e da moral são relevantes no estudo dos aspetos legais relativos ao emprego criterioso dos *drones* como meios de obtenção de prova no processo penal. Contudo, a legislação por ser um tanto

⁴¹ TEIXEIRA, Braz António – Sentido e Valor do Direito – Introdução à filosofia jurídica. 4.^a ed. Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2010. pp. 165-168.

⁴² Idem, p. 167. “(...) *Vicente Ferrer Neto Paiva encontrou eco no positivismo jurídico, tendo, contemporaneamente, representantes destacados em Kelsen e Hart, procura fundamentar a distinção ou separação entre as duas ordens normativas (...)*”.

manipulada por alterações nesses campos, julgamos importante determinar como eles podem influenciar a legislação afeta ao tema deste trabalho.

Segundo ROSÁRIO LUANA⁴³, o maior problema relacionado com o Direito é a Justiça, sendo esta, um conceito Moral, do domínio da Ética. Sem o ideário da Justiça, o Direito perde fundamentabilidade e em consequência se deslegitima. ANTÔNIO BRAZ TEIXEIRA⁴⁴ refere também que se o Direito existe para realizar Justiça, já que só ela dá sentido e validade ao Direito. É a Justiça que faz o Direito ser Direito, logo, as relações da Justiça com o Direito ou com a lei, traduzem-se em igualdade e equidade.

Na possibilidade de utilizar os *drones* como meio de obtenção de prova no âmbito do Processo Penal as restrições e os seus limites nos campos da legitimidade, da ética e da moral devem ser entendidas como pressupostos amplos que protegem o estabelecimento de aspetos legais relativos ao emprego criterioso desses equipamentos.

No campo do direito, a legalidade diz respeito à forma da lei, enquanto a legitimidade está diretamente relacionada ao seu conteúdo. Desta forma, são legítimas as ações que se conformam com a razão, a equidade e a justiça universal, existindo um entendimento generalizado de que é uma ação justa? Ou seja, ao satisfazer as justas exigências da moral, será aquela ação a consecução do bem comum?

A determinação da legitimidade do emprego de *drones* está fortemente relacionada com a natureza do caráter da excecionalidade, ou seja, a inequívoca necessidade, essencialidade, indispensabilidade e imprescindibilidade atuais em auxílio dos princípios de discriminação e da proporcionalidade.

A Ética pode ser definida como o estudo dos juízos de apreciação que se referem à conduta suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal. Desta forma agir de forma ética visa o bem ou a virtude. Os *drones* podem tornar o processo de decisão mais facilitado quanto à descoberta da verdade e à boa decisão da causa, afastando o envolvimento dos aspetos éticos.

⁴³ ROSÁRIO, LUANA - O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a dimensão ético-moral do Direito. Revista de Informação Legislativa [Em linha]. Brasília a. 47 n.º 186 abr./jun. (2010), p. 245. [Consult.07Mar.2019].Disponívelemhttps://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/47/186/riL_v47_n186_p245.pdf.

⁴⁴ TEIXEIRA, Braz António – Sentido e Valor do Direito – Introdução à filosofia jurídica. 4.ª ed. Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2010. pp. 251-323.

Pode definir-se a Moral, como o conjunto de costumes e hábitos de comportamento de um determinado grupo de indivíduos. Quando se busca determinar os aspetos morais que envolvem o uso de *drones*, como meio de obtenção de prova no Processo Penal, há que estabelecer diferenciações entre estas e a sua utilização, ou seja, em ações de prevenção ou na investigação criminal. No âmbito da prevenção, está mais ligada às questões afetas à segurança do cidadão; já no campo da investigação criminal trata de confrontar o direito positivo com a moral social ou a moral positiva, ou seja, às questões afetas à preservação da privacidade do cidadão e às questões morais que dizem respeito ao valor da vida humana e ao conteúdo da norma que limita o exercício de direitos, portanto, deverá respeitar o bem comum.

Uma das principais questões levantadas relativamente à utilização dos *drones* para ações de investigação criminal diz respeito à perda de autoridade moral que advém da inexistência de lei própria. Porém, mesmo havendo uma lei que admita a utilização de *drones* como meio de obtenção de prova terá de se analisar o conteúdo da lei como refere GARCIA DE ENTERRÍA,⁴⁵ pois não é qualquer comando ou preceito normativo que legitima, mas somente aqueles que se produzem ‘dentro da Constituição’ e especialmente de acordo com a sua ordem de valores que, com toda a plenitude, expressem e sirvam os direitos fundamentais.

Perante tais reflexões, o emprego operacional dos *drones* nas ações de investigação criminal, nomeadamente como meios de obtenção de prova, é necessário que seja aperfeiçoado a esse fim, para melhor se adequar às condicionantes de legitimidade, ética e moral existentes.

O processo penal tem por fim a realização da Justiça, porém, só por meios processualmente admissíveis e por forma a assegurar a paz jurídica dos cidadãos. Está o Direito entrelaçado com a Justiça e esta última está conectada com juízos da ética e da moral, sendo nestes conceitos que alicerçamos a construção da dicotomia da (i)legitimidade da utilização dos *drones* como meio de obtenção de prova no Processo Penal.

⁴⁵ ENTERRÍA, Eduardo Garcia – Princípio da Legalidade na Constituição Espanhola. Revista de Direito Público, nº 86, 1988.

4. *Drones* e Direito Processual Penal

4.1 Problema a Resolver, a (I)legitimidade da Utilização dos *Drones*

O problema da (i)legitimidade vai ser abordado em dois sentidos distintos. Primeiro, veremos quem poderá ter (i)legitimidade de usar *drones* como meio de obtenção de prova, se todos os participantes ou só os sujeitos intervenientes no processo, isto é, aqueles que podem condicionar concretamente a tramitação do processo, oferecendo prova ou requerendo diligências no sentido de auxiliar o Tribunal na descoberta da verdade, por isso, questionamos a sua (i)legitimidade quanto a poderem utilizar imagens obtidas por *drones* como prova. Segundo, veremos o problema daqueles que poderão vir a usar da faculdade de intervir no processo, ou seja, quando têm legitimidade para intervir no processo, oferecendo prova, tendo utilizado *drones* para a obter, quais os níveis de exigência impostos pela lei, para que essa mesma prova obtida através da utilização de *drones* não seja (i)legítima.

Sendo a medula deste trabalho, a obtenção de prova produzida por um meio para o qual não existe base legal que sustente o seu uso, e ao sabermos que a regra geral sobre a legitimidade para promover o processo penal cabe ao MP, embora com algumas exceções⁴⁶, de acordo com o art.º 48 do CPP, temos o Princípio da Legalidade como uma regra da estrutura e da promoção do processo penal⁴⁷, e numa lógica de silogismo tudo começa *ab initio*, sendo competência da AR legislar sobre o processo penal⁴⁸. Logo é legítimo pelo DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro⁴⁹, ao MP, exercer a ação penal orientada por critérios de legalidade e de objetividade e pela sujeição às diretivas, ordens e instruções previstas na lei, ou seja, o MP tem legitimidade para exercer ação penal norteado sempre pelo princípio da legalidade e de defesa da legalidade democrática, *cf.* alínea c) do n.º 1 do art.º 165 e n.º 1 do art.º 219 ambos CRP, respetivamente. Portanto,

⁴⁶ Restrições constantes dos art.ºs 49 a 52 do CPP, tais como: quando o procedimento criminal depender de queixa; quando o procedimento criminal depender de acusação particular; intervenção do MP cessa com a homologação da desistência da queixa ou da acusação particular e legitimidade do MP no caso de concursos de crimes.

⁴⁷ Com consagração Constitucional, a defesa da legalidade democrática, a constituição atribui ao MP dever de fiscalização dos actos e comportamentos das autoridades públicas, das entidades privadas e aos particulares segundo princípios da legalidade e da juridicidade, *cf.* n.º 1 do art.º 219, *vide* CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2014, pp.602.

⁴⁸ Reserva de lei exclusiva da competência da AR (Lei de autorização + Decreto-Lei do governo devidamente autorizado pelo parlamento), als. b), c) e d) do art.º 165 da CRP..

⁴⁹ Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929.

havendo legitimidade por parte desta entidade, todos os seus atos terão de ser legais à luz da constituição penal.

No entanto, partilhamos da posição de TERESA BELEZA⁵⁰ quando alarga esta legitimidade ao assistente⁵¹, arguido, defensor e às próprias partes civis, conforme art.º 69, alínea g) do n.º 1 do art.º 61, n.º 1 do art.º 63 e n.º 2 e 3 do art.º 74, todos do CPP respetivamente, referindo que todas elas poderão desenvolver uma atividade de convencimento do tribunal quanto à existência ou não de responsabilidade criminal por parte do arguido e as consequências dessa responsabilidade. Porém, todos eles estão obrigados ao respeito pela legalidade. E será exposto mais adiante em que termos e quais os seus limites.

Portanto, é legítimo o Estado, representado pelo MP, e aos restantes sujeitos processuais, intervir no processo, incorporando meios de prova admissíveis por lei, ou à *contrario sensu*, não forem proibidas por lei. Porém, é necessário esclarecer quais os limites e as exigências legais do uso de meios de obtenção de prova, quando existe omissão legislativa.

Assim, na conceção que a utilização dos *drones* visam a obtenção de prova, observamos anteriormente que a prova, é um elemento fundamental de todo o processo penal, e só por meios lícitos é que existe uma real garantia de um processo justo. Esta máxima, formulada em termos de cláusula geral, é uma consequência das decisões valorativas fundamentais do Estado de Direito⁵².

A (i)legitimidade e a (i)legalidade andam lado a lado no processo, com o respeito pela legitimidade ou a defesa da legalidade, e, por isso, questiona-se se é (i)legítimo, logo, (i)legal a utilização de *drones* como meio de obtenção de prova no processo penal. Devido aos desmedidos avanços tecnológicos, designadamente, a possibilidade de usar *drones* como meios de obtenção de prova, temos diante de tais reflexões a nossa posição, e que

⁵⁰ apud, GONÇALVES, Fernando; ALVES, João Manuel – A Prova do Crime - meios legais para a sua obtenção. Coimbra, Almedina, 2009. p. 123.

⁵¹ “A constituição de assistente de «qualquer pessoa» nos crimes referidos na alínea e) do n.º 1 do art.º 68 do CPP, (...)” uma legitimidade difusa de Todos, “(...) relaciona-se com a possibilidade de exercício da ação penal por «qualquer pessoa» sem interesse específico conexo com a infração (...)” MESQUITA, Paulo – Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário. Coimbra, Coimbra Editora, 1.ª ed. 2010. pp. 131-151.

⁵² Vide, acórdão de fixação de Jurisprudência do STJ, processo n.º 287/99.0TABJA-B E1-A.S1, de 16 de dezembro de 2010, relator Santos Cabral.

não poderia ser outra, isto é, apurar à luz de um autêntico⁵³ Estado de Direito Democrático se se justifica essa utilização, ou seja, se é (i)legítimo a violação de bens jurídicos fundamentais, e, por outro lado, quais as exigências impostas e imperativas, previstas na Constituição, para que o uso destes novos aparelhos possam não atentar para possíveis consequências desastrosas quanto a serem utilizados como meios de obtenção de prova e logo tornar (i)legítimo o seu emprego.

Separamos daqui a dualidade de duas (i)legitimidades diferentes. Uma, no que toca à intervenção de vários sujeitos processuais quanto à sua intervenção no processo, onde verificamos haver legitimidade quanto aos sujeitos *supra* mencionados e no que concerne à sua intervenção durante o processo. Outra, diz respeito à (i)legitimidade de usar meios de obtenção de prova - *drones* - do qual não existe lei expressa para sustentar essa (i)legitimidade.

Desta forma, vamos a par com a Constituição e com a Lei Processual Penal, encontrar uma saída quanto à (i)legitimidade e consequente (i)legalidade da possibilidade de utilizar os *drones* no âmbito do processo penal como meios de obtenção de prova. Começamos a montante por uma abordagem à Constituição e rastrear quais as exigências que todos, mas especialmente os operadores do Estado (MP), têm de respeitar quanto à restrição de Direitos Fundamentais dos cidadãos, para habilitarem o julgador a formar a sua convicção sobre a existência ou não de concreta e determinada situação de facto.

4.2 Obediência Absoluta à Constituição

A Constituição, *lex suprema* do Estado que impõe ao poder público o respeito pelos preceitos constitucionais, em bom rigor, impõe-se a todos os elementos de uma comunidade, com especial relevância para o Estado enquanto poder, ou seja, todos devem obediência à Constituição⁵⁴.

⁵³ n.º1 do art.º 2 da CRP “*A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático (...)*”.

⁵⁴ Identicamente, GOUVEIA, Bacelar Jorge – Manual de Direito Constitucional. Vol. II, 5.ª ed. Almedina. Coimbra. pp. 697-699 menciona que “*Princípio do Estado de Direito Democrático com a preocupação essencial pela limitação do poder político, (...) a ideia de que a atuação do Estado, ou do poder político em geral, longe se desenvolve fora do Direito, se lhe devia submeter. O significado do Princípio do Estado de Direito Democrático tem diversos graus de desenvolvimento, uma Dimensão material, baseada na ideia que a lei é justa e racional, devendo obediência, uma Dimensão normativa o arranjo do ordenamento*

Esta aprovação e autenticidade é feita à luz da Lei Fundamental, encontrando, desde de logo, receção no Princípio de Estado de Direito Democrático, JORGE BACELAR GOUVEIA⁵⁵ salienta que esta importância vem expressamente indicada no preâmbulo do texto constitucional⁵⁶, ou seja, a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, nos termos dos art.ºs 2, 3 e 13 da CRP, fazendo apelo ao primado da Lei, à igualdade dos cidadãos perante a Lei, à justiça como valor, à confiança e à existência de meios de garantia para defesa dos direitos, liberdades e garantias⁵⁷, J.J.GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁵⁸, elucida-nos que este princípio densifica a ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança. JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS⁵⁹ destacam ainda que há elementos inerentes ao Estado de Direito, nomeadamente, a publicidade das leis, a sujeição dos governantes às leis em vigor enquanto não sejam modificadas, a imparcialidade dos tribunais e a salvaguarda dos casos julgados.

Percebemos sem margem de dúvidas que Todos, *ex vi*, art.º 2, conjuntamente com art.º 12 a 16 e n.º 1 do art.º 18, todos da CRP, devem obediência à Constituição, enformada na Legalidade Democrática, portanto, é imposto que Todos respeitem a Lei. Partimos com um aviso prévio que nos indica que a utilização de *drones* como meio de obtenção de prova, só será possível dentro da Legalidade Constitucional.

Importa agora deslindar quais as exigências impostas pela Constituição para que o uso de *drones*, como meio de obtenção de prova, seja admissível no que concerne às ameaças aos direitos fundamentais que o uso destes dispositivos pode efetuar.

jurídico Estadual ao nível das fontes normativas, com a função específica a atribuir à Constituição e uma Dimensão organizatória exprime a necessidade de limitar o poder público”.

⁵⁵ *Idem*, pp. 703.

⁵⁶ No preâmbulo da CRP, ao dizer-se que a “*A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português (...) de assegurar o primado do Estado de Direito Democrático...*”.

⁵⁷ ROSÁRIO, Pedro Trovão do. [et.al.] – Introdução ao Direito. Manuais Universitários). Coimbra: Almedina, 2016, p.86.

⁵⁸ CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2014, pp.205.

⁵⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Vol. I, 2.ª ed. Revista, Coimbra Editora. Coimbra, 2010. pp. 98.

4.3 Direitos Fundamentais.

No capítulo 4.1 da (i)legitimidade da utilização dos *drones*, encontramos o fundamento do exercício de quem tem a faculdade de agir e de impor, ou seja, do poder para utilizar *drones* como meios de obtenção de prova, todavia, esse poder, está delimitado com a análise dos direitos fundamentais.

Vimos que Portugal é um Estado de Direito Democrático e que Todos devem obediência à Lei, exigência Constitucional. Desta forma, somos obrigados a respeitar a Lei, a começar pelos Direitos Fundamentais, e esta exigência foi logo pré-estabelecida no preâmbulo do texto Constitucional e no art.º 2 da CRP, indicando-nos que, “(...) a decisão do povo português, (...), é garantir os Direitos Fundamentais dos cidadãos...”⁶⁰ e normativamente refere que, “A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na, (...) garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais...”. MIGUEL JOSÉ FARIA⁶¹ refere que são um reduto sagrado de defesa dos direitos dos cidadãos face ao poder, liga-se intrinsecamente com a dignidade humana, com o primado do Homem face à sociedade de que faz parte. Assim, podemos afirmar que são uma classe de direitos essenciais e primários, pois sem o respeito dos quais seria muito difícil um individuo viver em paz, conservar a vida, preservar a honra e a sua identidade e dignidade pessoal, moral e humana.

Também, MIGUEL JOSÉ FARIA⁶², indica que os direitos fundamentais são próprios das Ordens Jurídicas Internas, de cada Estado, que os consagra e protege, e se essa consagração e protecção se transferir para a Ordem Jurídica Internacional, então estaremos perante os chamados “*direitos do homem*”⁶³.

⁶⁰ Texto oficial e integral publicado no Diário da República, 1.ª série -A, n.º 155, de 12 de agosto de 2005, pp. 4642 e ss. Com as Alterações introduzidas pela Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de agosto, que aprovou a VII Revisão Constitucional.

⁶¹ FARIA, José Miguel – Direitos Fundamentais e Direitos do Homem. Vol. I, 3.ª ed. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, pp. 3.

⁶² FARIA, José Miguel – Direitos Fundamentais e Direitos do Homem. Vol. I, 3.ª ed. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, pp. 4.

⁶³ “Está muito generalizada a fórmula “*direitos humanos*” como sinónimo de “*direitos do homem*”. A razão disto parecer estar no facto de muitos autores da modernidade fazerem a tradução literal do inglês *human rights*. Mas, em português correto, devemos dizer “*direitos do homem*” ...” Apud, FARIA, José Miguel – Direitos Fundamentais e Direitos do Homem. Vol. I, 3.ª ed. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, pp. 4-5.

Constatamos, assim, que esta exigência vai para além das nossas fronteiras, isto é, a Constituição impõe a Portugal o respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático e pelo respeito dos direitos do homem, nas relações com os outros países, nomeadamente com a União Europeia, *cf.* n.º 1 e n.º 6 do art.º 7 da CRP e de acordo com os ensinamentos de J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁶⁴, referem que há um princípio implícito ao preceito, que é obviamente o do respeito pelo direito internacional, confirmação esta estabelecida no art.º 8 e art.º 16 ambos da CRP.

A nossa Lei Fundamental é vinculada à não exclusão das Leis e das regras aplicáveis de direito internacional⁶⁵, particularmente, os direitos fundamentais que devem ser interpretados e integrados de harmonia com a DUDH⁶⁶, de acordo com o art.º 16 da CRP, ou seja, a CRP é lida à luz da DUDH⁶⁷, obedecendo ao princípio da interpretação em conformidade com a DUDH⁶⁸, esclarecendo ainda J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que além dos direitos fundamentais formalmente consagrados na Constituição, poderá haver ainda outros constantes de leis e de normas de direito

⁶⁴ CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2014, pp.240.

⁶⁵ *Cfr.* FARIA, José Miguel – Direitos Fundamentais e Direitos do Homem. Vol. I, 3.ª ed. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, pp. 4. “*Essa abertura à fundamentabilidade de outras normas transforma aquela disposição numa cláusula aberta, em que a regra é a da não tipicidade.*”

⁶⁶ “*A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) é a primeira convenção internacional de proteção de direitos humanos, impondo aos Estados a obrigação recíproca de respeitar e proteger os direitos nela enunciados, em relação às pessoas sob sua jurisdição. Constitui, por isso, a primeira concretização jurídica internacional, no que respeita aos direitos civis, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovada pela assembleia geral das Nações Unidas em 1948*”. MOREIRA, Vital - Portugal e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 40 anos depois. Diário de Notícias [Em linha]. N.º 54624 de 9 de Nov. 2018. [Consult. 26 Dec.2018].Disponível em <https://www.dn.pt/edicao-do-dia/09-nov-2018/interior/portugal-e-a-convencao-europeia-dos-direitos-humanos-40-anos-depois-10151202.html>.

⁶⁷ Adotada e proclamada pela Assembleia Geral na sua Resolução 217A (III) de 10 de Dezembro de 1948. Publicada no Diário da República, I Série A, n.º 57/78, de 9 de Março de 1978, mediante aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

⁶⁸ CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2014, pp.367.

internacional⁶⁹, isto é, direitos fundamentais fora da Constituição⁷⁰, no mesmo sentido MIGUEL JOSÉ FARIA⁷¹ refere que, no caso de procura do sentido e do espírito de uma norma, ou de uma lacuna da lei, em matéria de direitos fundamentais, devemos socorrer-nos da riqueza e atualidade doutrinária que a DUDH encerra.

A DUDH é o mais sério documento⁷² e está no cume da hierarquia da matéria objeto do nosso estudo, quanto aos direitos fundamentais. No entanto, o significado geral e global que define o texto da DUDH completa-se especificamente com outros dois documentos, o PIDCP e o PIDESC, assim como a CEDH⁷³, instrumento de que o Conselho da Europa lançou mão para realizar o fim a que se propôs, de proteger e desenvolver os direitos do homem e as liberdades fundamentais no espaço Europeu.

Vejam os que nos dita a DUDH, quanto ao respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e que ampare a utilização de *drones* como meio de obtenção de prova no processo penal. Temos de imediato valores e princípios a respeitar no que respeita à utilização de *drones* como meio de obtenção de prova, que são a dignidade da pessoa humana, a moral, a ordem e a inviolabilidade, de acordo com o art.º 1 (art.º 26 do PIDCP), n.º 2 do art.º 29 (art.º 26 a 31 do PIDCP), art.º 28 (art.º 1 e art.º 23 do PIDCP) e art.º 30 (art.º 5 do PIDCP), todos da DUDH respetivamente. Servindo de fio condutor à nossa Constituição,⁷⁴ o art.º 2 da DUDH indica a proteção ao princípio da universalidade, referindo o princípio da igualdade, ou seja, a DUDH pode ser invocada por Todos.

⁶⁹ Tomamos como exemplos o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Carta das Nações Unidas, Convenção de Viena, Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, Convenções de Genebra para Proteção das Vítimas da Guerra e entre muitos mais, *vide*, GOUVEIA, Jorge Bacelar – Textos Fundamentais de Direito Internacional Público. 2.ª ed. Almedina, Coimbra, 2014 e FARIA, José Miguel – Direitos Fundamentais e Direitos do Homem. Vol. I, 3.ª ed. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2001.

⁷⁰ CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2014, pp.365.

⁷¹ FARIA, José Miguel – Direitos Fundamentais e Direitos do Homem. Vol. I, 3.ª ed. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, pp. 101.

⁷² Nota prévia, *vide* BALERA, Wagner – Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos. 2.ª ed. Conceito. São Paulo, 2011, pp 11.

⁷³ É também conhecida pelo nome de Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

⁷⁴ Parte I – Direitos e Deveres Fundamentais. Título I – Princípios gerais da CRP.

Entretanto vamos eleger quais os dispositivos que estão diretamente ligados como a utilização de *drones* como meio de obtenção de prova no processo penal.

Brindamos com o art.º 7 da DUDH, onde é referido que Todos têm direito a igual proteção da lei, motivo para o comentário de MARTA GUELLER⁷⁵ frisando que o incumprimento da lei acarreta a diminuição da dimensão da pessoa humana, por isso a exigência ao cumprimento inflexível da lei. Em consagração do princípio da presunção da inocência, determina o n.º 1 do art. 11 da DUDH, a obrigação de se confirmar a culpabilidade de um indivíduo presumido inocente, o que está diretamente relacionado com a matéria em estudo – *drones* - e a questão da prova, ou seja, esta ultima deve ser produzida legalmente, logo, a presunção de inocência não afasta a possibilidade de medidas de caracter excepcional, tais como a utilização de *drones* como meio de obtenção de prova, porém os requisitos devem estar previstos na lei.

O art.º 12 da DUDH (art.º 8 da CEDH), alude a que ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, nem ataques à sua honra e reputação e contra tais intromissões ou ataques, toda a pessoa tem direito á proteção da lei, especialmente frente a meios de obtenção de prova de grande grau de intromissão – *drones* – onde não é admissível a ingerência da autoridade pública no exercício desses direitos, salvo se ela estiver prevista na lei⁷⁶, daí, LUIS KERBAUY⁷⁷ indicar uma salvaguarda ao espaço íntimo mínimo intransponível no campo da privacidade. No entanto, posteriormente veremos como os *drones* podem invadir aspetos interiores que abrangem a própria pessoa e os seus familiares, logo inviolável, por se tratar da vida privada e aspetos exteriores por ser pública e poder ser objeto da divulgação de terceiros.

Já o n.º 2 do art.º 29 da DUDH refere que “*No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.*”, MARCELO CRUZ⁷⁸ salienta que, aquando da

⁷⁵ BALERA, Wagner – Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos. 2.ª ed. Conceito. São Paulo, 2011, pp 46.

⁷⁶ n.º 2 do art.º 8 da CEDH.

⁷⁷ BALERA, Wagner – Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos. 2.ª ed. Conceito. São Paulo, 2011, pp 83-85.

⁷⁸ *Ibidem*, pp 178.

leitura deste dispositivo normativo e, porque trata da limitação de direitos, devemos refletir quanto à existência de um compromisso dos Estados de não-violação de direitos, conforme é indicado no início do preceito, onde refere que o homem no exercício dos seus direitos e liberdades, somente estará sujeito às limitações impostas por lei. Tem-se aqui a clara invocação do princípio da legalidade⁷⁹ logo, somente a lei pode criar as limitações de direitos e liberdades a um indivíduo.

Prima facie a utilização dos *drones* como meio de obtenção de prova no processo penal, começa, desde logo, com o contexto jurídico do Estado de Direito, ou seja, do simples cidadão até ao poder público estão subordinados ao domínio do Direito, portanto, Todos estão ligados às normas e aos direitos fundamentais. Neste enfoque, os *drones* só devem ser utilizados respeitando escrupulosamente as normas legalmente estabelecidas no ordenamento jurídico Português e nas Convenções ratificadas pelo Estado orientadas sempre em pleno respeito com os direitos fundamentais, particularmente, o direito à imagem e à reserva da vida privada, prevalecendo sempre o princípio da preferência de aplicação das normas consagradoras de um nível de proteção mais elevado, de acordo com art.º 53, articulado com o n.º 1 do art.º 52 ambos da CDFUE⁸⁰.

Por outro lado, esta articulação guia-nos para que qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades deva respeitar a lei e as limitações previstas na lei, nomeadamente, a observância do princípio da proporcionalidade. Essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros⁸¹. Desta forma, entendemos que as leis *supra* Constitucionais norteiam-nos para possíveis cenários onde se possam utilizar os *drones* como meio de obtenção de prova; todavia, o seu emprego deverá estar estabelecido na lei e terá de ser examinado à luz de

⁷⁹ *Crf.* comentário de MARCELO CRUZ, *ibidem*, pp 180 “*É por meio do princípio da legalidade que se materializa o valor da segurança jurídica e se tem a plena efetividade da democracia. Isto porque, a legalidade é a expressão da vontade geral do povo.*”

⁸⁰ A CDFUE protege da mesma forma que a DUDH o respeito pela vida privada e a proteção de dados pessoais, respetivamente nos art.º 7 e art.º 8.

⁸¹ CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, art.º 52, “*Âmbito dos direitos garantidos*” n.º 1 “*Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros.*”

vigorosos princípios constitucionais, designadamente, ao princípio da proporcionalidade como é, aliás, referido na própria convenção.

Sendo assim e à luz da interpretação dada pela DUDH, PIDCP, PIDESC, CEDH e CDFUE, percebemos que o uso de *drones* põe em causa a diminuição da pessoa humana, a presunção de inocência, a intromissão na vida privada e familiar. No entanto, desvendamos que existe somente uma possibilidade de utilizar os *drones* como meio de obtenção de prova, isto é, este meio de obtenção de prova deve estar previsto na lei, ou seja, sendo um aparelho que limita o exercício de direitos fundamentais este só poderá ser aceite na ordem jurídica caso exista uma lei prévia que preveja esta situação, portanto, a utilização dos *drones* como meio de obtenção de prova não poderá ser feita de forma fortuita. Contudo, estando uma pessoa sujeita a esta interferência, terá de haver base legal que sustente a sua utilização e deverá, a todo o tempo, respeitar as imposições e limitações que a lei Constitucional estabelece.

Desta forma, vamos clarificar quais os direitos fundamentais protegidos e quais os limites impostos pela CRP, ciente das convenções *supra* mencionadas quanto à utilização deste aparelho como meio de obtenção de prova.

4.4 Lesões aos Direitos Fundamentais

Ainda que doutrinariamente existam outras classificações e critérios para o nosso estudo, seguiremos apenas a classificação apresentada pelo Professor CASTRO MENDES⁸², por ser a que consideramos mais clara e ampla. Assim, teremos os direitos fundamentais comuns e os direitos fundamentais especiais. Quanto aos primeiros, são atribuídos ao homem enquanto tal, a Todos, quer esteja incorporado numa ou noutra ordem jurídica e social, ou mesmo em nenhuma, *vide* art.º 12 a 23 da CRP. Já os segundos, derivam essa especialidade do bem tutelado, da forma especial da configuração desse direito, cuja tutela se faz depender de uma organização especial da sociedade. Mas, para o tema em debate, circunscrevemos aos elencados nos arts.º 25 a 34 da CRP, pois são destes que faremos a nossa análise quanto às lesões e às restrições dos direitos fundamentais no emprego de *drones* como meio de obtenção de prova.

⁸² Citado por FARIA, José Miguel – Direitos Fundamentais e Direitos do Homem. Vol. I, 3.ª ed. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, pp. 95.

À luz dos anteriores argumentos, os *drones* poderão ser utilizados como meios de obtenção de prova, ou seja, poderão ser utilizados para executar as diligências realizadas pelas autoridades e acidentalmente por particulares, para recolha de prova. Porém, tal possibilidade terá de estar prevista na lei, logo os *drones* têm a capacidade de produzirem imagens e dar informações: estas são as provas. Contudo, é desde logo um direito reconhecido na Lei *supra* Constitucional, daí que o uso de *drones* atropela direitos constitucionalmente protegidos, tais como a imagem e a reserva da vida privada e até mesmo familiar, com amparo no n.º 1 do art.º 26 da CRP, iluminado pelo art.º 8 e art.º 12, ambos da CEDH, que o promove e garante como um direito do Homem, bem como nos art.º 79 e art.º 80 do CC e art.º 190, art.º 192 e art.º 199 do CP.

Identificamos os direitos violados com o uso dos *drones*, quando usados como meio de obtenção de prova e caso sejam utilizados sem os filtros impostos pela própria Constituição, Convenções Internacionais e pelas demais normas positivas, determina a lei Fundamental garantias concretas contra a obtenção e utilização abusivas ou contrárias à dignidade humana destes aparelhos, nos termos do n.º 2 do art.º 26 da CRP. Constatamos no mesmo preceito uma dualidade Constitucional: por um lado o reconhecimento de direitos fundamentais, por outro, a garantia na lei quanto à sua violação.

Foi referido no capítulo 4.3, dedicado aos direitos fundamentais segundo a Constituição, que a conceção de direitos fundamentais está intrínsecamente conectado com a dignidade humana. A CRP impõe o princípio da dignidade da pessoa humana com primado do Homem face à sociedade de que faz parte, art.º 1 da CRP, isto é, um interesse constitucionalmente protegido e sempre atual por fazer parte da sociedade em que se insere, daí que a amplitude e a natureza dos direitos fundamentais não permaneceu estática, adaptando-se com o desenvolvimento da sociedade⁸³. O princípio da dignidade humana está na base da materialização de princípios resultantes da ação humana e de valores próprios inerentes a muitos direitos fundamentais, nomeadamente, aos aqui invocados pelo uso de *drones* como meio de obtenção de prova e, por outro lado, alimenta materialmente o princípio da igualdade, proibindo qualquer diferenciação no que toca aos “suspeitos/arguidos”, que têm a mesma dignidade das chamadas “pessoas normais⁸⁴”.

⁸³ FARIA, José Miguel – Direitos Fundamentais e Direitos do Homem. Vol. I, 3.ª ed. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, pp. 3.

⁸⁴ CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2014, pp.198 e 199.

Certificamo-nos que o recurso a *drones* só poderá ser aceite como meio de obtenção de prova caso exista uma lei que admita tal possibilidade⁸⁵. Porém, esta premissa não deixa de desobedecer aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente tais como, a imagem e a reserva da intimidade da vida privada e familiar *in casu* – *drones* – logo, teremos de examinar quais as exigências impostas pela lei Fundamental quanto às restrições de direitos fundamentais onde esteja em causa o atropelo à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar, direitos fundamentais violados pelo emprego de *drones* como meios de obtenção de prova.

Antes de prosseguirmos para o próximo capítulo, é categórico fixar a excelência dos direitos fundamentais quanto às suas restrições. Desde logo, verificamos que podem ser invocados por Todos, da mesma forma também que podem ser restringidos a Todos. No entanto e pela sistematização da Constituição, realçamos aqui o critério valorativo de certos direitos fundamentais elencados no n.º 6 do art.º 19 da CRP que não podem ser afetados pelos estados de exceção Constitucional. J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁸⁶ referem uma cláusula de intangibilidade de certos direitos, vale tanto perante a declaração de estado de sítio como para a declaração de estado de emergência, no mesmo sentido JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS⁸⁷ indicam que da Constituição decorre a existência de limites absolutos da suspensão dos direitos enunciados no n.º 6 do art.º 19 da CRP. Neste instante, constatamos a relevância das restrições aos direitos fundamentais, mesmo em épocas que em quaisquer Estados ocorrem situações de exceção ou de necessidade, resultantes de perturbações de maior ou menor vulto, de origem interna ou externa⁸⁸. Por isso, a Constituição prevê uma lei regulamentadora com escrupulosos pressupostos de admissão⁸⁹. Este argumento foi colocado neste estudo para refletirmos quanto à importância das restrições dos direitos fundamentais e constatarmos que, mesmo

⁸⁵ De acordo com as reflexões expostas neste estudo e *ex vi* art.º 16 da CRP verificamos que a diminuição na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais só poderá ser feita por lei, ou seja, a restrição aos direitos fundamentais é Reserva de lei, nos termos da alínea b) do n.º 1 do art.º 165, alínea b) do n.º 1 do art.º 198 e art.º 18 todos da CRP.

⁸⁶ *Ibidem*, 2007, pp. 402.

⁸⁷ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Vol. I, 2.ª ed. Revista, Coimbra Editora. Coimbra, 2010. pp. 412.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 407.

⁸⁹ Tipicidade dos pressupostos ou das causas das situações de necessidade; Necessidade de declaração ou de proclamação na forma prevista na Constituição; Obrigação de declaração em caso de ocorrência das situações de necessidade; Declaração adequadamente fundamentada; Estrita sujeição de todas as providências que alertem a normalidade constitucional aos princípios da constitucionalidade e da legalidade e Declaração com efeitos temporalmente limitados, *ibidem*, pp. 410-411.

em casos de situações de guerra, envolvendo conflitos armados internos ou internacionais, períodos de desordem civil, em nenhum dos casos podem ser afetados alguns dos direitos fundamentais⁹⁰ encontrados no n.º 6 do art.º 19 da CRP. Daí a razão das exigências meticulosas que a Constituição impõe quanto às restrições de direitos fundamentais.

Vamos agora percorrer a nossa lei Fundamental e continuar na linha da resolução proposta anteriormente, ou seja, verificarmos quais as exigências legais e quais os limites da utilização dos *drones* como meio de obtenção de prova, isto é, a interpretação dada pela CRP à luz das convenções internacionais. A matéria que limita direitos fundamentais tem como pressuposto basilar a reserva de lei, no entanto para cumprir as exigências justas para a reposição da ordem pública e do bem-estar da sociedade, a Constituição impõe apertadas regras quanto ao emprego de meios que colidam com direitos fundamentais.

4.5 Em que Termos é que a Vida Privada pode ser devassada

Foi anteriormente analisado que este tipo de aparelhos usados em sede de investigação criminal ofende direitos fundamentais protegidos *supra* constitucionalmente e consequentemente na própria Constituição. Vimos também que a limitação ao exercício desses direitos só pode ter como base a lei, logo, os *drones* limitam o exercício desses direitos, por isso, necessitem de regulamentação que permita a sua utilização como meio de obtenção de prova. Na perspetiva de não haver base legal que sustente a utilização de *drones* como meio de obtenção de prova, julgamos ser necessário fazer um exame prévio e autêntico na Constituição quanto às lesões concretamente feitas pelo uso destes dispositivos, e, desse ponto, ponderar quais as exigências impostas pela Constituição quanto ao seu uso.

Por um lado, encontramos na CRP preceitos que tutelam na íntegra a violação aos direitos atrás mencionados. Por outro, a mesma CRP indica-nos como as violações a esses direitos podem ser contrariadas. Contudo, a CRP ensina-nos que deverá sempre prevalecer o Princípio do Estado de Direito, logo, a obediência à lei. E, por isso, encontramos a

⁹⁰ Cfr. n.º 6 d art.º 19 da CRP, “(...) *direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião.*”

exigência do respeito pela preservação da concretização dos direitos e liberdades fundamentais, fixada na interpretação à luz da DUDH. Concluímos, portanto, que a possibilidade da utilização de *drones* como meio de obtenção de prova, deve ser observada pelo o que nos impõe a lei, no que respeita às suas restrições, de acordo com os art.º 16, art.º 17 e n.º 1 do art.º 18, todos da CRP.

Os *drones* podem produzir imagens e, conseqüentemente, permitem a divulgação de informações sobre a vida privada e familiar de outrem e, assim, encontramos na CRP a proteção a direitos da esfera nuclear das pessoas e da sua vida, de acordo com o n.º 1 e n.º 2 ambos do art.º 26 e n.º 1 e n.º 4 do art.º 34, do diploma.

No entanto, é necessário esclarecer que os *drones* podem produzir imagens não só de pessoas, mas também de coisas, coisas essas que possam ajudar a identificar pessoas, automóveis e casas.

A imagem à luz da Constituição tem um conteúdo bastante intransigente, englobando, desde logo o direito de cada um a não ser fotografado, nem de ver a sua imagem exposta em público sem o consentimento do respetivo titular. Paralelamente a esta proteção, temos também o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, ou seja, o direito de impedir o acesso a estranhos de informações sobre o foro privado e familiar, bem como o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem⁹¹. Também JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS⁹² referem o princípio da autodisponibilidade do titular das imagens, por parte de quem, com o devido acordo ou consentimento, as divulga.

Entendemos que a CRP impõe como restrição o consentimento do visado ao direito à imagem de pessoas ou à imagem pessoal⁹³, e vemos JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS⁹⁴ referirem que o direito à imagem é uma expressão típica da autonomia pessoal constitucionalmente garantida, por força do princípio da dignidade humana.

⁹¹ Cfr. CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2014, pp.467.

⁹² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Vol. I, 2.ª ed. Revista, Coimbra Editora. Coimbra, 2010. pp. 619.

⁹³ Cfr. CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2007, pp.467.

⁹⁴ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Vol. I, 2.ª ed. Revista, Coimbra Editora. Coimbra, 2010. pp. 618.

Já no que respeita a imagens de coisas que possam vir ajudar a identificar pessoas, consideramos estar em causa o direito à intimidade das pessoas, isto é, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Este direito aparece como significado de modelo de todos os direitos pessoais, e de acordo com RITA AMARAL CABRAL⁹⁵, compreende, em qualquer caso, não somente o direito de oposição à divulgação da vida privada, mas também o direito ao respeito da vida privada, ou seja, o direito de oposição à investigação sobre a vida privada. Para as imagens produzidas pelos *drones*, de automóveis e casas, que possam ajudar a dar informações sobre os seus proprietários, devemos determinar os termos de acesso e utilização por terceiros dessas mesmas informações. Porém, questiona-se se as imagens produzidas por um *drone* relativas a coisas (automóveis e casas) que possam ajudar a identificar pessoas se encontram abrangidas por uma reserva de intimidade, em concreto, as esferas da vida privada e familiar do visado?

As teses doutrinárias e jurisprudenciais, destacam a respeito, a teoria das esferas⁹⁶, caracterizada por distinguir a esfera íntima, a esfera privada e a esfera social. A esfera íntima corresponde o núcleo duro do direito à intimidade da vida privada⁹⁷, SANDRA OLIVEIRA SILVA⁹⁸ cita que, na Alemanha, a tutela da esfera íntima (*intimsphäre*) é direcionada a uma área própria e inviolável de segredo e reserva onde a pessoa possa mover-se com liberdade e autenticidade e onde ninguém deve penetrar sem autorização do respetivo titular. No caso de obtermos imagens por meio de *drones*, cobre-se o universo de todo o interior do domicílio do visado, bem como o espaço compreendido à

⁹⁵ *apud*, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Vol. I, 2.^a ed. Revista, Coimbra Editora. Coimbra, 2010. pp. 620.

⁹⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Vol. I, 2.^a ed. Revista, Coimbra Editora. Coimbra, 2010. pp. 620.

⁹⁷ *vide*, ac. do STJ de 14.06.2005, processo 05A945 “O direito à imagem e direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, enquanto direitos fundamentais de personalidade, são inatos, inalienáveis, irrenunciáveis e absolutos, no sentido de que se impõem, por definição, ao respeito de todas as pessoas. O que se passa no interior da residência de cada pessoa e na área, privada, que a circunda, integra o núcleo duro da reserva da intimidade da vida privada legalmente protegida...” e *vide* ac. TRC de 03.05.2005, processo 920/05 refere que “ (...) englobam os acontecimentos que cada indivíduo partilha com um número restrito de pessoas, como acontece com a circulação de acesso à sua casa de habitação, pelo caminho de serventia particular, e com passeios, em pijama, de forma descontraída.”

⁹⁸ SILVA, Sandra Oliveira – O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo – considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Coimbra. Almedina. 2018. pp. 173.

volta⁹⁹ (pátios, serventias, logradouros, passeios, etc.), onde esteja em causa o respeito dos comportamentos adotados pelos visados (roupa), o respeito pelo anonimato (companhia do visado) e o respeito da vida em relação (aspetos sensuais ou libidinosos), dimensões utilizadas por J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA¹⁰⁰. Nesta conjectura está excluída a possibilidade de se obterem imagens de (coisas) propriedades e dos seus interiores através de *drones* quando estão em causa aquelas dimensões, ou seja, no interior da propriedade privada e de toda a área envolvente, contendo um circulo de atos que, por serem pessoais, feitos longe da sociedade, isto é, comportamentos, convivências e sentimentos cuja a intimidade da vida privada é posta em causa, não obstante, as limitações impostas pelos art.ºs 3 a 6 e art.º 11 do Regulamento n.º 1093/2016¹⁰¹.

No que respeita à esfera privada admite-se ponderações e juízos de proporcionalidade. Neste contexto JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS¹⁰², indicam que tais juízos devem ter sempre uma justificação em face de fins suficientemente relevantes e esses fins deverão, em regra, ser tão mais importantes quanto mais próximos nos situarmos das esferas da intimidade pessoal, não devendo nunca ficar esquecido o referencial Constitucional do “conteúdo essencial¹⁰³”, e nesta circunstância, as imagens de (coisas) que ofendam o mínimo intocável do direito fundamental, *in casu* a esfera íntima deve ser excluída, pegando no exemplo de um *drone* estar a seguir um automóvel, obtendo imagens do seu interior e essas imagens possam ultrajar a intimidade dessa(s) pessoa(s). Do mesmo modo, encontram-se os casos de permanente e exaustiva vigilância, o “*Big Brother*” apontado tanto por JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, como por J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, que poderá ser exemplo o caso dos *drones* que se complementam com outros meios tecnológicos, ou seja, coloca-se um *GPS* no

⁹⁹ Auxiliamo-nos da expressão “*espaço fechado*” previsto no artº 204º 1 f) e 2 e) CP, inclui qualquer espaço fechado, e não apenas os que estão afectos ou integram as habitações e os estabelecimentos comerciais ou industriais” cfr. ac. TRP de 21.02.2018, processo 784/14.9GBVNG.P1.

¹⁰⁰ Dimensões para eventuais renúncias à proteção da intimidade da vida privada, referidas por CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2014, pp.468.

¹⁰¹ Condições de operação aplicáveis à utilização do espaço aéreo pelos sistemas de aeronaves civis pilotadas remotamente *Drones*. Publicado no Diário da República, 2.ª série — N.º 238 — 14 de dezembro de 2016.

¹⁰² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Vol. I, 2.ª ed. Revista, Coimbra Editora. Coimbra, 2010. pp. 621.

¹⁰³ “*Esse mínimo intocável constitui o chamado conteúdo ou núcleo essencial de cada direito fundamental*” ac. STA de 10.03.2010, processo 046262.

automóvel do visado que vai fornecer informações de localização ao *drone*, e, mesmo quando existem motivos urbanos de inacessibilidade (túneis, garagens), obtêm sempre a sua atual localização conseguindo-se um retrato detalhado de todas as movimentações relativas à coisa (automóvel), porquanto, permite traçar o perfil detalhado da vida pública e privada de uma pessoa, tendo como principal vantagem o permanente acesso à localização em que se encontra o carro-alvo. A desvantagem mais evidente será a de que, apesar de em qualquer momento se saber aonde está o carro, se desconhecer por completo o que é que o seu ocupante ou os seus ocupantes estão a fazer de concreto (pegando no exemplo de túneis e garagens). No entanto, o *drone*, caso consiga localizar tais pessoas com o auxílio do *GPS*, já o poderá fazer recolhendo imagens. Assim sendo, cremos que esta dependência tecnológica mesmo utilizada em espaços públicos, irá afetar a vida privada do visado, sendo um propósito a considerar como desproporcional ao fim que se pretende obter, pois nada da vida do visado escaparia a esta investigação.

Já no que concerne à esfera social, caminhamos então no quadro do direito à imagem e não do direito à intimidade da vida privada. Logo, poderemos aqui exemplificar casos em que *os drones* recolhem imagens em determinados contextos onde se excluem, de forma clara, a vida privada e familiar, tais como, locais públicos. Partimos da premissa que a destrinça se faça à medida que se avança da esfera social para a esfera íntima, pois esta aumenta a aproximação à pessoa e daí sobe de tom a necessidade de proteção e tutela.

Todavia, podemos-nos socorrer do n.º 2 e do n.º 3 do art.º 18 da CRP para ajudar na aplicação a teoria das esferas.

A utilização de *drones*, como meio de obtenção de prova, concede que uma pessoa seja vigiada, recolhendo imagens em tempo real, e isto pode ocorrer 24 sobre 24 horas, com a vantagem de o visado não se aperceber de tal. Neste ponto, é evidente compreender que esta técnica, ao permitir “ver sem ser visto”, conduz a que a pessoa visada não possa consentir, e, desta maneira, esta tecnologia tem uma elevada intromissão na intimidade da vida privada e familiar, daí violar direitos fundamentais com proteção Constitucional, nos termos do n.º 1 do art.º 26.

Apesar deste preceito Constitucional não fazer qualquer distinção, consideramos, todavia, essencial distinguir aspetos relativos ao campo da vida privada e familiar que gozam de reserva de intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade, quando

produzidas imagens em contextos públicos¹⁰⁴. O juízo Constitucional refere ainda a dignidade humana como critério para definir a esfera privada de cada pessoa¹⁰⁵.

Desta forma, a CRP indica, desde de logo, na mesma norma, n.º 1 e n.º 2 do art.º 26, que a violação àqueles direitos, tem garantia de proteção na lei, com origem na própria CRP, ou seja, uma imposição constitucional, que de acordo com as lições de J.J.GOMES CANOTILHO, e VITAL MOREIRA¹⁰⁶, o Estado não só não pode violar esses direitos, mas está também obrigado instituir mecanismos que impeçam tais violações, e essas garantias constam, pois, na CRP nos termos do n.º 8 do art.º 32 e n.º 4 do art.º 34, e nas sanções penais e civis, *cfr.* art.º 190 e ss do CP, art.º 80 do CC e do Regulamento Geral de Proteção de Dados¹⁰⁷.

Nesta perspetiva, dispomos de proteção Constitucional e *infra* Constitucional, no que toca à utilização dos *drones* como meios de obtenção de prova, quando não consentidos pelo próprio titular, produzindo prova, nomeadamente, imagens e conseqüentemente o desrespeito à reserva da intimidade da vida privada.

Apesar deste forte acolhimento na lei Fundamental, existem preceitos que restringem estes mesmo direitos, estabelecem limites e ditam em que condições estes direitos podem vir a ser afetados. Assim, a lei Fundamental permite uma redução aos DLG. Vejamos quais as exigências para essa tal limitação.

4.6 Restrições aos Direitos Fundamentais e entender o Processo Penal na Constituição

Entender o processo penal na Constituição é um acordo honrado e valioso do Estado de direito democrático. MARIA FERNANDA PALMA¹⁰⁸ refere que este compromisso tem

¹⁰⁴ CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2007, pp.468.

¹⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁶ *Cfr.* CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2014, pp.471.

¹⁰⁷ REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

¹⁰⁸ PALMA, Maria Fernanda – Casos e Materiais de Direito Penal, Almedina. Coimbra, 2002, pp. 21-23.

uma finalidade dominante na máxima realização das liberdades individuais e do desenvolvimento pessoal de cada um, com o mínimo de restrição da liberdade geral. Recordamos que a Constituição Portuguesa não se afasta deste compromisso, designadamente, pelo art.º 1 n.º 2 do art.º 18 e n.º 1 do art.º 27 e através do elenco dos direitos fundamentais.

Estas restrições Constitucionais são dignas de uma comparação bíblica, com o corolário entre nós conhecido que nos dita “o que Deus dá, Deus tira¹⁰⁹”, no aspeto de pensarmos que a decisão e a vontade do povo português foi a de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, e também este mesmo povo, tendo em vista a construção de um país mais justo e de forma a assegurar a paz jurídica dos cidadãos, limitou-os. Procede de uma conjuntura jurídica fundamental das pessoas, reconhecida nos art.º 24 a 79 da CRP, recebidos pela Constituição, por força dos art.º 16, art.º 17 e n.º 1 do art.º 18, e, por outro lado, existem preceitos que condicionam tais direitos oferecidos da mesma forma pela Constituição, designadamente no art.º 19, n.º 3 do art.º 27, art.º 28, n.º 5 do art.º 30, n.º 4 e n.º 7 do art.º 33 e n.º 2, n.º 3, n.º 4 do art.º 34, por força do n.º 2 e n.º 3 do art.º 18. Apesar desta enumeração exemplificativa de vários preceitos que restringem direitos fundamentais, vamos focar-nos naqueles que dizem respeito à possibilidade de usar *drones* como meio de obtenção de prova, nomeadamente, a imagem e a reserva da intimidade da vida privada, que encontram limites no princípio da dignidade humana, *cf.* n.º 1 e n.º 2 do art.º 26 e art.º 1 e art.º 2, todos da CRP. Contudo, a problemática quanto à utilização dos *drones*, como meio de obtenção de prova, terá de passar sempre pela resolução de uma ligação estreita e forte do Direito Processual Penal com a CRP, no que concerne aos limites Constitucionais expressos na vida privada. E observamos isto quando verificamos que não são permitidas buscas ao domicílio ou ingerências na correspondência e nas telecomunicações e demais meios de comunicação que se traduzam numa abusiva intromissão na vida privada, *cf.* n.º 8 do art.º 32 e no art.º 34 ambos da CRP, e este último como causas legais justificantes do Estado.

Estas limitações ou restrições têm como sismógrafo o n.º 2 e n.º 3 art.º 18 da CRP, ou seja, o regime dos DLG tem força normativa e é vinculativo a Todos¹¹⁰, de acordo com o

¹⁰⁹ 1 Samuel 2:6 “O SENHOR é quem tira a vida e a dá; faz descer ao *Sheol*, à sepultura, e da morte resgata”

¹¹⁰ “Designadamente ao fazer aplicar directamente nas relações entre particulares (e não apenas nas relações entre estes e o Estado)” *vide*, CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2007, pp.381.

n.º 1 do art.º 18 da Constituição. Vimos anteriormente que a lei Fundamental reconhece direitos fundamentais e leis de garantia do exercício desses direitos, *cf*r n.º 2 do art.º 26 da CRP. No entanto, o que agora se pretende examinar são quais as exigências impostas pela Constituição quanto às restrições aos direitos fundamentais, na utilização de *drones* como meio de obtenção de prova, designadamente, no que respeita à imagem e à reserva da vida privada do visado, tendo como principais sensores o n.º 2 e n.º 3 do art.º 18 da CRP.

Destes sensores jurídicos, temos como pressupostos materiais de legitimidade das restrições de DLG, em primeiro, a exigência de previsão constitucional expressa da respetiva restrição, 1.ª parte do n.º 2 do art.º 18 da CRP, em segundo, tal restrição só se pode justificar para salvaguardar um outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, *in fine* n.º 2 do art.º 18 da CRP, em terceiro, consiste no que, de forma geral, se caracteriza por princípio da proporcionalidade, conhecido também por princípio da proibição do excesso¹¹¹, *in fine* n.º 2 do art.º 18 da CRP, (este princípio desdobra-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito, que serão desenvolvidos posteriormente) e, como quarto e último pressuposto, não poderem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, *in fine* do n.º 3 do art.º 18 da CRP¹¹².

Estes pressupostos têm ainda como condição e obrigação de legitimidade das restrições de DLG o seu carácter geral e abstrato, *cf*r 1.ª parte do n.º 3 do art.º 18 da CRP, e não terem carácter retroativo, 2.ª parte do n.º 3 do art.º 18 da CRP e de reserva de lei¹¹³, isto é, tem um duplice significado: primeiro, a reserva de lei material, a matéria de restrição aos DLG só por via de lei, em segundo, a reserva de lei formal em que os DLG só podem ser regulados por lei da Assembleia da República, art.º 165 da CRP¹¹⁴.

Entendemos que o art.º 18 da CRP é o preceito Constitucional que cria o regime geral das restrições aos DLG e agora vamos observar quais as restrições que implicam o uso de

¹¹¹ Foi a Lei Constitucional n.º 1/82 que deu expressa guarida constitucional a tal princípio.

¹¹² CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2007, pp.391-396.

¹¹³ Embora CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL o indicam como requisito importante, *ibidem*, pp. 395. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Vol. I, 2.ª ed. Revista, Coimbra Editora. Coimbra, 2010. pp. 356, refere a reserva de lei como pressuposto fundamental.

¹¹⁴ CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2007, pp.391-396.

drones como meio de obtenção de prova, comparando-o com outros bens jurídicos, constitucionalmente protegidos, que violem os mesmos direitos fundamentais.

A utilização de *drones* como meio de obtenção de prova encontram desde logo uma garantia fundamental da Constituição ao Processual Penal, pois esta indica-nos que as proibições de prova, reguladas no n.º 8 do art.º 32 da CRP são cominadas com a nulidade. Com efeito, a todas as provas obtidas mediante a intromissão abusiva (não autorizada) na vida privada, portanto, elas deverão ser consideradas provas de valoração proibida, *cf.* art.º 126 e ss do CPP. Consideramos que o preceito Constitucional deverá ser interpretado de forma rigorosa, na origem da força da sua aproximação ao princípio basilar do Estado de Direito, que é o da dignidade da pessoa humana, logo, estas provas obtidas *cf.* n.º 8 do art.º 32 da CRP deverão ser totalmente proibidas¹¹⁵ e, nas palavras de JOÃO CONDE CORREIA¹¹⁶, tais provas jamais podem ser utilizadas. Do mesmo modo, JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS¹¹⁷ salientam que seria intolerável que, para realizar a Justiça no caso, fossem utilizados elementos de prova obtidos por meios vedados pela Constituição e incriminados pela lei.

É a partir da Constituição que é delineada a primeira fonte legal, no que confere às proibições de prova. Assim, a utilização dos *drones* como meio de obtenção de prova, não autorizados, serão sempre meios de prova proibidos e jamais poderão ser utilizados.

Anteriormente, já foi referido que a utilização de *drones*, como meio de obtenção de prova, interfere em direitos fundamentais do cidadão, nomeadamente, o direito à imagem e à reserva da intimidade da vida privada sem a autorização do seu titular (n.º 1 do art.º 26 da CRP), logo, é um meio de obtenção de prova proibido (n.º 8 do art.º 32 da CRP). Contudo, a própria constituição estabelece diretrizes quanto às exigências no exame desta proibição. J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹¹⁸ apontam para ter-se por abusiva a intromissão quando efetuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção

¹¹⁵ OLIVEIRA, Luís Martins – Da autonomia do regime das proibições de prova. In Prova Criminal e Direito de Defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Ed. Almedina. Coimbra, 2017, pp. 262.

¹¹⁶ *apud*, OLIVEIRA, Luís Martins – Da autonomia do regime das proibições de prova. In Prova Criminal e Direito de Defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Ed. Almedina. Coimbra, 2017, pp. 263.

¹¹⁷ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Vol. I, 2.ª ed. Revista, Coimbra Editora. Coimbra, 2010. pp. 737.

¹¹⁸ CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2014, pp.524.

judicial, quando desnecessários ou desproporcionais ou quando aniquiladora dos próprios direitos¹¹⁹, ou seja, a utilização de *drones* como meio de obtenção de prova, ofende direitos fundamentais. Prontamente, a Constituição obriga pelo seu regime geral de restrição de DLG (1.^a parte do n.º 2 do art.º 18 da CRP), que a sua utilização só seja feita em casos expressamente previstos na lei fundamental, e verificando-se os pressupostos imperativos impostos pela 2.^a parte do n.º 2 e n.º 3 do art.º 18 da CRP.

A Constituição impõe regras musculadas ao nível da restrição aos direitos fundamentais, e, no que concerne à utilização de *drones* como meios de obtenção de prova, a imagem e a reserva da intimidade da vida privada são os mais afetados. Nestas circunstâncias, a Constituição Penal evidencia que estes direitos fundamentais quando são violados (abusiva e arbitrariamente) por não ter sido autorizada a sua restrição pelo próprio titular, são proibidos. Salienta-se que o termo “abusiva”, *in fine* do n.º 8 do art.º 32 da CRP, não só abarca a intromissão na vida privada, bem como se estende ao domicílio, à correspondência e às telecomunicações. Todavia, a própria CRP qualifica estes três últimos direitos, como direitos invioláveis, *cf.* n.º 1 do art.º 34 da CRP, justificação dada por haver, em todos os direitos, a proteção de bens jurídicos fundamentais comuns¹²⁰. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹²¹ acrescentam ainda que esta justificação vem no sentido de limitar, na maior medida possível, a possibilidade de restrições, sujeitando-se estas a pressupostos bastantes vinculados.

É elegante sustentar que a utilização de *drones* como meio de obtenção de prova se traduz numa enorme capacidade de controlar todos os movimentos de um cidadão, podendo fotografar e transmitir dados e imagens em tempo real, portanto, dar informação. Trata-se, fundamentalmente, no direito a impedir o acesso a estranhos à informação sobre a vida privada e familiar e no direito a que ninguém divulgue a informação que tenha sobre vida privada e familiar de outrem; logo, o uso destes aparelhos sem autorização (abusiva) interferem na vida privada do cidadão.

¹¹⁹ TC. Ac. n.º 607/2003 Publicado no Diário da República n.º 84/2004, Série II de 2004-04-08 “(...) *pela inadmissibilidade da valoração do conteúdo de “diários” apreendidos aos arguidos, para efeito da avaliação da existência dos factos que constituem os pressupostos de aplicação da prisão preventiva (...)*”. n.º 2 e n.º 3 do art.º 18 da CRP.

¹²⁰ CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.^a ed. reimpressão, Coimbra, 2014, pp.539.

¹²¹ CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.^a ed. reimpressão, Coimbra, 2014, pp.540.

A Constituição, através da 2.^a parte do n.º 8 do art.º 32, anuncia o direito à inviolabilidade do domicílio, correspondência e das telecomunicações, ou seja, é um afloramento do direito à reserva da intimidade da vida privada, consagrado no art.º 26 da CRP, portanto, todos estes bens jurídicos constitucionais têm como pressuposto a sua intromissão na vida privada e familiar, sem o consentimento do respetivo titular. Por causa disto, a devida Constituição estabelece no n.º 1 do art.º 34 que o domicílio, correspondência e as telecomunicações são invioláveis, por consequência, intocáveis. Desde logo, projeta-se neste regime a tutela da inviolabilidade dos direitos fundamentais contra o interesse da investigação e a perseguição penal, captando o corolário antes referido “o que Deus dá, Deus tira”. É, também, no mesmo artigo, que se precisam quais as exigências impostas para restringir aquilo que antes concedeu *cf.* n.º 2 a n.º 4.

Neste sentido, temos uma norma que tem parceria com Deus e com o Diabo, ou seja, protege direitos constitucionais como sendo invioláveis, mas, *ex vi*, n.º 2 do art.º 18 da CRP, a mesma norma desprotege tais direitos, restringindo-os (reserva de lei). Contudo, somos obrigados a respeitar os pressupostos obrigatórios impostos pelo art.º 34 da CRP, na possível medida de utilizar os *drones* como meio de obtenção de prova, pois o uso destes aparelhos sem autorização do próprio titular, interferem na vida privada e familiar do cidadão e daí estar em causa a proteção de bens jurídicos muito semelhantes àqueles que a norma, ao mesmo tempo, protege e, ao mesmo tempo, os restringe.

A utilização de *drones* como meio de obtenção de prova, dado ao seu elevado grau de intrusão na privacidade do cidadão, e devido às suas enormes capacidades técnicas de seguimento e vigilância, limita e restringe na totalidade toda a vida do cidadão, logo, a sua utilização deve ser justificada em função de vários fatores, designadamente, por ser um meio oculto de investigação, logo, um meio dissimulado onde o visado não tem a noção que está a ser vigiado, o que se assemelha em muito, neste ponto, às interceções telefónicas.

A Constituição impõe imperiosamente condições muito apertadas quanto às restrições de direitos fundamentais, nomeadamente, a devassa da vida privada por meios ocultos de investigação (escutas telefónicas, *in casu drones*), daí, a veneração às exigências estabelecidas pelo art.º 34 da CRP quanto à limitação a estes direitos fundamentais invioláveis.

A norma Constitucional do art.º 34 proclama direitos como invioláveis, particularmente, o domicílio, a correspondência e as comunicações privadas, portanto, a proteção de bens jurídicos fundamentais comuns àqueles indicados no n.º 1 do art.º 26 da CRP, ou seja, à reserva da intimidade da vida privada, como ainda outros que a experiência constitucional vem autonomizando, a partir da ideia da dignidade da pessoa. Como, por exemplo a imagem que, da mesma forma que os anteriores, é um bem jurídico constitucionalmente protegido e ultrajado com a utilização dos *drones* como meio de obtenção de prova, e, por isso, devassa-se a vida privada utilizando um meio oculto de investigação.

É líquido que a utilização de *drones*, como meio de obtenção de prova, pode fornecer imagens, desrespeitando a reserva da intimidade da vida privada de um cidadão, portanto, um desrespeito a bens jurídicos fundamentais, os quais, estando em causa uma vigilância permanente e global dos cidadãos, terá de ter um nível de proteção e restrição, ao nível dos direitos invioláveis que a Constituição refere, pois, deste modo, a utilização de *drones* como meio de obtenção de prova, vai muito além das tarefas normais da polícia, num Estado de Direito Democrático.

O silogismo do uso dos *drones* a par das comunicações e do *GPS*, como meios ocultos de obtenção de prova, justifica-se pela associação à natureza de direitos invioláveis, dado que, todos limitam e restringem na totalidade a liberdade pessoal, à palavra falada e aos movimentos na vida do cidadão, ou seja, uma constante vigilância e um autêntico “*Big Brother*”, pois todos eles são comuns quanto à limitação da liberdade por diversas formas e, muitas das vezes, aniquiladora dela mesma. Desta maneira, o acolhimento dado pelo art.º 34 da CRP aos direitos invioláveis é o primeiro ponto de partida para analisar as obrigações impostas pela Constituição, quanto a estes meios ocultos de obtenção de prova.

Assim, o uso de *drones*, como meio oculto de obtenção de prova, a par das escutas telefónicas, deverá obedecer às restrições exigidas pelo art.º 34 da CRP, designadamente, nos casos e formas previstas na lei (reserva de lei) e só em matéria de processo penal (e não para outros efeitos) e mediante decisão judicial, (reserva de Juiz de intervenção restritiva) *cfr.* n.º 4 do art.º 34 da CRP, à “existência de perigos concretos” ou “riscos razoáveis”, isto é, definir os limites do que é razoável para prescindir da liberdade em nome da segurança, estando sujeitas aos princípios jurídico-constitucionais das leis

restritivas¹²², *cf.* art.º 18 da CRP, (necessidade, adequação, proporcionalidade, determinabilidade).

Ainda no que respeita às exigências previstas pelo art.º 34 da CRP, esta faz uma seleção “catálogo” de infrações criminais legitimadoras de meios ocultos de obtenção de prova, (*v.g. drones*, escutas telefónicas), ou seja, para a investigação de um catálogo de crimes, suficientemente gravosos, isto é, criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada e circunscritas às pessoas envolvidas nestes crimes, e nunca a todos que intervenham com aqueles, adotando os critérios de proporcionalidade indicados no n.º 2 do art.º 18 da CRP, porém este requisito complementar é cumulativo à ideia de reserva de lei, *in fine* n.º 3 do art.º 34 da CRP.

Nesta cadeia de exigências estipuladas pelo art.º 34 da CRP, somos elucidados por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹²³, num juízo intransigente quanto ao princípio da proporcionalidade, devendo a restrição limitar-se ao absolutamente necessário à proteção dos direitos e bens constitucionais e à prossecução do interesse subjacente à ação penal¹²⁴. No entanto, mesmo depois da verificação destes pressupostos, a recolha de prova através do uso de meios ocultos de investigação (*v.g. drones*, escutas telefónicas, *GPS*) está sempre sujeita, à imediação do Juiz, escoltando-a durante o tempo estritamente necessário e útil, de forma a poder decidir sobre a sua continuidade, pois de outra forma serão medidas judiciais inconstitucionais¹²⁵.

Tentando responder às primeiras dúvidas levantadas quanto à utilização de *drones* como meio oculto de obtenção de prova, é interessante notar que a Constituição nos indica, desde logo, o caminho da legalidade e, desta forma, a lei Fundamental prevê exceções quanto a cidadãos. Assim, suspeitos alvos de investigações no âmbito do processo penal,

¹²² *Cfr.* CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2014, pp.543.

¹²³ *Cfr.* CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2014, pp.543.

¹²⁴ De acordo com a sua finalidade e âmbito, *cf.* n.º 1 do art.º 262 do CPP: “(...) descoberta de um crime concreto e punir o(s) Agente(s), (...)”.

¹²⁵ “Uma interpretação não restrita do disposto no artigo 188º do CPP, particularmente no que concerne à forma como deverá ser processada a escuta e aos lapsos de tempo em que se deverão efectuar as diversas fases do procedimento acarretará a inconstitucionalidade da norma do artigo 188º n.º 1 e 2 do CPP se interpretada em sentido diferente do restrito formalismo aí estabelecido, incluindo o tempo previsto para a realização de actos aí previstos, à excepção do que será humanamente e funcionalmente exigível, por violação do disposto no artigo 32º n.º 1 e 34º n.º 4 da CRP.” vide Ac.TC. n.º 407/97.

são cidadãos a quem podem ser aplicadas medidas restritivas aos seus direitos fundamentais. Contudo, devemos respeitar os principais requisitos ou pressupostos que devem ser comuns a todos os meios ocultos de investigação, (v.g. *drones*, escutas telefónicas, *GPS*) de tal forma que a sua utilização não seja considerada inconstitucional.

Grande parte da solução está esplanada no art.º 34 da CRP, que, segundo as lições de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹²⁶, é um regime especial de tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada, genericamente afirmado no n.º 1 do art.º 26 da CRP. Deste ponto, a esfera privada admite ponderações de proporcionalidade¹²⁷, abrindo-se, assim, a cortina das soluções à inconstitucionalidade e começando a aparecer os primeiros raios de sol, iluminando a resposta da seguinte forma: primeiro, com a premissa do titular do direito atingido (contra a vontade, sem consentimento, 1.ª parte do n.º 2 e n.º 3 do art.º 34 da CRP); segundo, autorizado por uma autoridade judiciária, (reserva de Juiz, n.º 2 e n.º 3 do art.º 34 da CRP); terceiro, cumulativamente às exigências de reserva de lei (nos casos e formas previstas na lei, art.º 34, *ex vi* n.º 2 do art.º 18, ambos da CRP); quarto, quanto à seleção de catálogo de infrações criminais juntamente com a reserva de lei (n.º 3 do art.º 34 da CRP); quinto, intervenção restrita ao processo criminal, simultaneamente com a reserva de lei (*in fine* n.º 4 do art.º 34 da CRP); sexto, com o escrutínio aos princípios elencados no art.º 18 da CRP; e, por último, esta redução nos direitos fundamentais, que deverá respeitar a dignidade humana como valor básico da ideia do Estado de Direito Democrático.

Com este diagnóstico e cumprindo estas exigências, criou-se um modelo Constitucional admissível e tolerável, a que o uso de meios ocultos de investigação (v.g. *drones*, escutas telefónicas, *GPS*), seja considerado legalmente Constitucional, isto é, conforme a Constituição.

Ao que tudo indica, o uso de *drones*, como meios ocultos de obtenção de prova, para ser legal no processo penal, terá de obedecer à Constituição, pois esta é o fundamento de validade de toda a normatividade interna, uma vez que, em relação às suas normas, todas

¹²⁶ vide MIRANDA JORGE / MEDEIROS RUI – Constituição Portuguesa Anotada, Vol. I, 2.ª ed. revista, Lisboa, 2017, pp. 549.

¹²⁷ MIRANDA JORGE / MEDEIROS RUI – Constituição Portuguesa Anotada, Vol. I, 2.ª ed. revista, Lisboa, 2017, pp. 452.

as demais são inferiores e é no texto Constitucional que se encontra o maior número de preceitos relevantes para o processo penal.

Deste modo, a par com a Constituição, o Processo Penal consagra, no art.º 2 do CPP, a máxima dimensão do princípio da legalidade processual. A natureza instrumental do CPP está ligada à finalidade de obter uma decisão, obrigando a especiais exigências para a aplicação de penas ou medidas de segurança criminais e estas só podem ser sentenciadas segundo as regras pré-estabelecidas, ou seja, a legalidade do processo penal está implícita ao dever de aplicação e de respeito estrito pelas normas processuais, constituindo uma garantia efetiva de conformação Constitucional e é considerado como um direito fundamental¹²⁸, por via do art.º 29 da CRP¹²⁹.

Deste modo, a legalidade das provas, do art.º 125 do CPP, indica que as mesmas serão sempre admissíveis de acordo com a lei; se tal assim não for, serão consideradas proibidas, conforme art.º 126 do CPP. Entendemos que esta direta orientação é fornecida pelo diploma que constitui um elemento matricial de um Estado de Direito¹³⁰, o Código de Processo Penal e outros diplomas de natureza penal em lei especial¹³¹.

Alcançamos que o CPP, em matéria de admissão de provas ou meios de obtenção de prova, terá de respeitar os requisitos impostos pela Constituição quanto à admissibilidade das provas e dos meios de obtenção de prova, particularmente o emprego de *drones*, como meio de obtenção de prova, no que concerne à restrição de direitos fundamentais.

4.7 À Procura de Soluções

Sendo o Direito Processual Penal, como exprime H. HENKEL, um verdadeiro direito constitucional aplicado (...) dele deriva (...) o mandamento de que a interpretação e

¹²⁸ GASPAR, António da Silva Henriques – Código de Processo Penal Comentado. Almedina, Coimbra, 2014, pp. 18-19.

¹²⁹ A aplicação da lei criminal, estende-se à lei processual penal, face ao princípio da universalidade do direito penal, se entendermos que sim está todo o direito criminal abrangido pelo princípio da legalidade, Apontamentos académicos próprios, CRP anotações, *vide* GOUVEIA, Bacelar Jorge – Manual de Direito Constitucional. Vol. II, 5.ª ed. Almedina. Coimbra. pp.18. As garantias fundamentais estão inscritas expressamente no art.º 20, 27 e 32 da CRP.

¹³⁰ Reafirmação de confiança nos critérios dos juízes, *cf.* Preâmbulo do DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro, Código de Processo Penal.

¹³¹ As disposições do CPP são subsidiariamente aplicáveis, *ex vi*, art.º 3 do CPP.

aplicação dos preceitos legais se perspetivem a partir da Constituição e se levem a cabo de acordo com esta¹³².

A Constituição predetermina o sentido e o alcance da solução a consagrar em processo penal e tem por fim a realização da justiça, no caso, por meios processualmente admissíveis e por forma a assegurar a paz jurídica dos cidadãos, ou seja, os instrumentos de prova existentes no processo penal, têm de ser meios admissíveis, logo, legais, portanto, aqueles que o código estabelece. Ou não será assim? É certo que terá de existir uma estabilidade entre as exigências de segurança da comunidade e o respeito pelos direitos das pessoas, e este equilíbrio constitui uma das peças fundamentais do CPP.

A legalidade da prova ou a legitimidade da prova no processo penal é definida pelo art.º 125 do CPP, que prevê que são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei, consagrando, pois, o princípio da liberdade da prova¹³³. A natureza do processo penal é de estrutura acusatória, é dominada pelo MP, que é o órgão do Estado a quem compete exercer a ação penal, orientado pelo princípio da legalidade (o Estado [MP], tem o dever de perseguir criminalmente os cidadãos suspeitos de terem cometido crimes), previsto no n.º1 do art.º 219 da CRP, no art.º 1 e alínea c) do n.º 1 do art.º 3 do EMP¹³⁴ e no art.º 48, com as restrições do art.º 49 e art.º 50, todos do CPP. No entanto, vimos anteriormente que outros sujeitos processuais podem intervir no processo oferecendo provas e veremos, mais à frente, em que termos e de que forma o poderão fazer legalmente.

É da competência da investigação criminal produzir prova, demonstrando a verdade material dos factos pretéritos, penalmente relevantes. Estas comprovações exigem a utilização de meios e procedimentos idóneos, tecnicamente adequados ao caso em concreto. Contudo, a maioria da doutrina reconduz à aceitação de meios de prova e obtenção de prova não previstos ou tipificados no processo penal.

Este modelo é acompanhado por vários autores. Assim, JOSÉ BRAZ¹³⁵ considera que a produção probatória não deve ser uma atividade tipificada e juridicamente vinculada à

¹³² DIAS, Jorge Figueiredo – Clássicos Jurídicos - Direito Processual Penal, I, 1.ª ed. (1974), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 74-75.

¹³³ GONCALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – A Prova do Crime - Meios Legais para a sua Obtenção, Edições Almedina, 2009, pp.127.

¹³⁴ Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, Estatuto de Ministério Público.

¹³⁵ BRAZ, José – Investigação Criminal – A organização, o método e a prova – Os Desafios da nova Criminalidade, 3.ª ed., Coimbra, 2013, pp. 87.

utilização de determinados meios pré-definidos, por isso, o princípio da legalidade da prova, consagrado no art.º 125 do CPP, devolve-nos em direção ao problema e à disciplina das proibições da prova. GERMANO MARQUES DA SILVA refere que a norma pressupõe que existam ou possam existir meios de prova proibidos e proíbe que esses meios de prova possam ser utilizados no processo penal¹³⁶. Na verdade, os métodos proibidos de prova têm proteção na norma que os admite, ou seja, a norma consagra também, ao contrário do sistema da prova tarifada, a liberdade da prova¹³⁷, no sentido de serem admissíveis para a prova de quaisquer factos todos os meios de prova admitidos em direito, isto é, que não sejam proibidos por lei¹³⁸, e o mesmo autor remata afirmando que não são só os meios de prova tipificados, isto é, regulamentados por lei, que são admitidos, mas, ao contrário, são admissíveis todos os que não forem proibidos, mesmo sendo atípicos¹³⁹.

Também, VINÍCIO RIBEIRO lembra que do regime geral da prova (admissibilidade da prova), dos art.º 124, 125 e 127, todos do CPP, extrai-se que, em processo penal, se pode usar qualquer meio de prova. Salienta ainda que a verdade processual é diferente da verdade ontológica¹⁴⁰. O autor refere também, apoiado na jurisprudência do TC, que o art.º 125 do CPP não é inconstitucional, na interpretação segundo a qual é permitida a admissão e valoração de prova. Neste contexto, são admissíveis para a prova de quaisquer factos todos os meios de prova admitidos em direito, ou seja, não proibidos por lei. Portanto, entendemos existirem dois pontos antagónicos: de um lado, a prova tem de ser admissível pela lei, por outro, a sua valoração é feita logo que não seja expressamente proibida na lei.

Tal reflexão, em sentido muito amplo, permite aceitar toda a prova que a lei não expresse a sua proibição. Assim, os *drones*, como meio oculto de obtenção de prova, podem ser valorados como tal, contudo só depois de passar no exame das proibições que a lei estabelece para as provas.

¹³⁶ SILVA, G. Marques – Curso de Processo Penal II.Coimbra, 2008, pp.136.

¹³⁷ *Ibidem*, pp.137 “O princípio da liberdade dos meios de prova não foi sempre admitido, pelo contrário. Na Baixa Idade Média e no absolutismo predominava o sistema da prova tarifada e da prova legal, que tinha por finalidade principal limitar a discricionariedade dos juízes.”

¹³⁸ SILVA, Germano Marques – Curso de Processo Penal II, 4.ª ed., Editorial Verbo, 2008, pp. 136.

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 137.

¹⁴⁰ RIBEIRO, Vinícios – Código de Processo Penal – Notas e Comentários, 2.ª ed., Coimbra, 2011, pp. 335.

A mesma tese é seguida nas anotações de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, destacando-se a regra da não taxatividade dos meios de prova (estando os meios de obtenção de prova também subordinados ao princípio da não taxatividade), realçando ainda que a lei processual não estabelece um critério substantivo especial para a admissibilidade das provas não previstas na lei, pelo que a admissibilidade das provas não previstas na lei rege-se pelos critérios substantivos gerais do art.º 340 do CPP, que, na verdade, é um poder vinculativo do juiz na sua valoração¹⁴¹.

Todavia, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, aponta para uma classificação respeitável, ou seja, classifica os meios de obtenção de prova não tarifados, no processo penal, como atípicos, portanto, será o caso da utilização dos *drones* como meio oculto de obtenção de prova. Refere o autor, contudo, que estão subordinados aos demais limites constitucionais e legais de admissibilidade de prova numa dual conjugação entre o n.º 8 do art.º 32 da CRP e o art.º 126 do CPP, e menciona ainda o autor, o elevado grau de intrusão na privacidade do cidadão, a desmesurada “vigilância total” e desproporcional¹⁴².

Na mesma corrente, M. SIMAS SANTOS E M. LEAL-HENRIQUES¹⁴³, fazem notar que não existe um catálogo de meios de prova admissíveis, sendo a regra a atipicidade, alertando para o facto do progresso da técnica oferecer, constantemente, novos meios de prova, que serão admissíveis enquanto não forem expressamente proibidos, não impondo esta norma outros limites além daqueles referidos por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

Ainda na mesma corrente, aparece M. MAIA GONÇALVES¹⁴⁴, referindo que para que um meio de prova não possa ser usado, terá que a proibição ser estabelecida por disposição legal, como sucede do art.º 126 do CPP, *maxime* os normativos da CRP.

A par destes raciocínios, propõe ainda SANDRA OLIVEIRA SILVA,¹⁴⁵ que a fórmula do art.º 125 do CPP tem o sentido de que não são admitidos apenas os meios probatórios

¹⁴¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – Comentário ao Código de Processo Penal. Lisboa, 2011, pp. 332.

¹⁴² *Idem ibidem*.

¹⁴³ MP, Magistrados do Distrito Judicial do Porto - Código de Processo Penal – Comentários e Notas Práticas, Coimbra, 2009, pp. 316.

¹⁴⁴ GONÇALVES, M. Maia – Código de Processo Penal – Anotado, Legislação Complementar. Coimbra, 2002, pp. 334.

¹⁴⁵ DIAS, Jorge Figueiredo – Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra, 2011, pp. 560.

tipificados, mas todos os meios de prova que não forem proibidos, mesmo sendo atípicos¹⁴⁶.

É consensual na nossa doutrina, nomeadamente, pela grande maioria dos autores, alguns deles referidos anteriormente, que os *drones* como meio oculto de obtenção de prova, são aceites como meios de prova atípicos. O art.º 125 do CPP tem um duplo significado, ou seja, de um lado o sentido literal, determinando a utilização dos meios de prova que não sejam proibidos por lei (n.º 8 do art.º 32 da CRP e art.º 126 do CPP), por outro admite-se a utilização de todos os outros meios de prova que não sejam abrangidos pela restrição (n.º 8 do art.º 32 da CRP e art.º 126 do CPP). Atalhando tais considerações, podemos concluir que os meios de prova que não são regulamentados por lei (tipificados) são atípicos e só serão aceites se não forem proibidos (n.º 8 do art.º 32 da CRP e art.º 126 do CPP).

Resulta que os meios de prova não tipificados são submetidos ao crivo da Lei Fundamental e, cumulativamente, ao filtro do processo penal, ou seja, ao exame metucioso do n.º 8 do art.º 32 da CRP e art.º 126 do CPP, particularmente no preceito que nos indica as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, sem o consentimento do respetivo titular, já que é esta a determinante característica da utilização dos *drones* como meio de obtenção de prova¹⁴⁷.

Importa ainda concluir, segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁴⁸, que os interesses do processo criminal encontram limites na dignidade humana (art.º 1 da CRP) e nos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático (art.º 2 da CRP), não podendo, portanto, validar-se atos que ofendam direitos fundamentais básicos, e resulta de tal pressuposto a nulidade de provas obtidas mediante o n.º 8 do art.º 32 da CRP e do art.º 126 do CPP.

Em suma, a admissibilidade dos meios de prova no processo penal tem limites na lei que as proíbe.

¹⁴⁶cfr. SILVA, Sandra Oliveira, “Este era já o entendimento que se defendia a propósito do art.º 173 do CPP de 1929, onde se dispunha ‘o corpo de delito pode fazer-se por qualquer meio de prova admitido em direito’”. *Ibidem* p. 560.

¹⁴⁷ n.º 3 do art.º 126 do CPP.

¹⁴⁸ CANOTILHO, Gomes; MOREIRA Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.^a ed. reimpressão, Coimbra, 2007, pp.524.

Vejamos a seguir como a lei se serve para proteger os cidadãos contra as ingerências abusivas nos seus direitos, ou seja, a proibição de prova.

4.8 Entender o Alcance da Proibição da Prova

GERMANO MARQUES DA SILVA¹⁴⁹ refere que o regime das proibições de prova tem um efeito dissuasor, ou seja, convence, ou tenta convencer, a desistir aqueles que arriscam utilizar provas ilícitas. PAULO DE SOUSA MENDES, ao citar Beling¹⁵⁰, refere que existem limitações à descoberta da verdade material no processo penal e, por sua vez, FERNANDO GONÇALVES E MANUEL JOÃO ALVES¹⁵¹ mencionam que as proibições de prova são barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objeto do processo.

Estas considerações servem para frustrar e inibir que TODOS (autoridades judiciárias, OPC ou os particulares), consigam a todo o custo fulminar os direitos dos cidadãos, impedindo o uso de provas obtidas ilegalmente, mesmo aquelas de extrema importância ou até mesmo como sendo a única prova, e caso o façam, perdem o direito à descoberta da verdade.

Vários autores¹⁵² distinguem as proibições de produção de prova em (1) os temas de prova proibidos, (2) os meios de prova proibidos e (3) os métodos proibidos de prova, sendo o último o que mais interessa para o tema deste trabalho, pois, são as técnicas usadas por TODOS para a aquisição de meios de prova e a sua utilização no processo, mais concretamente, a utilização de *drones* como meios de obtenção de prova, e veremos como o CPP, a par com a CRP, proibem determinadas provas.

Primeiro, a CRP considera invioláveis os direitos à vida, à integridade pessoal (moral e física) e à reserva da intimidade da vida privada, nomeadamente, o domicílio, a correspondência e as telecomunicações, *cf.* art.º 24, 25, 26 e 34, todos da CRP, daí, a

¹⁴⁹ SILVA, Germano Marques – Curso de Processo Penal II, 4.ª ed., Editorial Verbo, 2008, pp. 138.

¹⁵⁰ *apud*, MENDES, Paulo de Sousa – Lições de Direito Processual Penal, Edições Almedina, 2015, pp. 177.

¹⁵¹ GONCALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – A Prova do Crime - Meios Legais para a sua Obtenção, Edições Almedina, 2009, pp.128.

¹⁵² Exemplos disso MENDES, Paulo de Sousa – Lições de Direito Processual Penal, Edições Almedina, 2015, pp. 178 e JESUS, Francisco Marcolino – Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal, Edições Almedina, 2015, pp.93.

CRP e o CPP fulminam com a sanção de nulidade (efeitos estabelecidos no n.º 1 do art.º 122 do CPP) a prova obtida por meios proibidos. Todavia, a doutrina específica a distinção entre proibições absolutas de produção de prova e proibições relativas. Relativamente às primeiras, resulta do n.º 2 do art.º 25 e n.º 8 do art.º 32 ambos da CRP¹⁵³ e do n.º 1 e n.º 2 do art.º 126 do CPP, ou seja, aquelas provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa e abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, porém, a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações são métodos relativamente proibidos, ou porque são afastadas pelo acordo do titular dos direitos em causa, ou nas condições expressamente previstas na lei, *cf.* n.º 2, 3 e 4 do art.º 34 da CRP e n.º 3 do art.º 126, conjugado com art.º 177, 179, 180, 187, 189 todos do CPP e outros regulados em lei especial.

No que concerne à utilização de *drones* como meios de obtenção de prova no processo penal, está inciso no n.º 3 do art.º 126 do CPP, com base no n.º 8 do art.º 32 da CRP, ou seja, “*não podem ser utilizadas*” as provas obtidas por estes aparelhos mediante intromissão na vida privada, (abusivamente) sem o consentimento do respetivo titular. São, da mesma forma, impedidos de serem utilizados quando não esteja ressalvada a sua utilização na lei processual penal, *maxime*, nos casos em que ocorre sem autorização judicial (abusivamente) e sem a observação aos requisitos legais, logo, não podem ser nem utilizados nem valorados como prova. Esta obstrução concede a melhor solução que o legislador teve para prevenir a tentação de obtenção de prova a qualquer preço¹⁵⁴, de tal forma que figura no chamado efeito-à-distância das proibições de prova, estabelecido normativamente no n.º 1 do art.º 122 do CPP, ou seja, caso a utilização dos *drones* não tenha ocorrido segundo as exigências antes referidas, tudo o que esse aparelho tenha produzido como prova não pode ser utilizado. Trata-se da proibição do uso de todos os meios de prova que sejam obtidos com origem em meio de prova proibido¹⁵⁵.

¹⁵³ Em consonância com os art.º 5 e 12 da DUDH, art.º 3 e 8 da CEDH e art.º 7 do PIDCP.

¹⁵⁴ MENDES, Paulo de Sousa – Lições de Direito Processual Penal, Edições Almedina, 2015, pp. 182.

¹⁵⁵ *cf.* JESUS, Francisco Marcolino – Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal, Edições Almedina, 2015, pp.108, refere que “(...) a doutrina dos frutos da árvore envenenada, (...) os frutos [provas derivadas no caso dos drones seriam as imagens produzidas] de uma árvore envenenada [prova ilícita originária], estão segundo a doutrina, também eles envenenados e, por isso não podem ser utilizados.” Porém esta tese é simplista pois a prova derivada seja juridicamente independente, *vide*, Ac. TC 198/2004 “(...) a prova produzida contamina a restante prova se houver um nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa entre a prova produzida e a restante prova, (...)”.

Diferente seria que a obtenção de prova por meio de *drones*, que, embora respeitasse as exigências estabelecidas no parágrafo anterior, produzisse prova alheia a uma dada investigação criminal (caso extravase do processo em curso), ou seja, a autorização para o uso de *drones* era destinada a uma classe de crimes e a um(ns) determinado(s) suspeito(s), todavia, existissem imagens causalmente produzidas, mas independentes do crime e dos suspeitos cuja investigação legitimara o uso de *drones*. Aqui poder-se-ia recorrer dos chamados conhecimentos fortuitos? Pensamos que a aplicação por analogia do art.º 4 do CPP ao n.º 7 do art.º 187 do CPP não seria de todo absurda, até porque é a solução mais adequada para a hipótese académica apresentada. Está em causa o valor dos conhecimentos obtidos na forma antes enunciada. Porém, a utilização das provas que contenham conhecimentos de investigação¹⁵⁶ ou fortuitos, devem obedecer cumulativamente aos seguintes requisitos: (1) pessoas que podem ser visadas, n.º 4 do art.º 187 do CPP, (2) o crime do outro processo deverá ser também crime de catálogo, als. a) a g) do n.º 1 do art.º 187 do CPP e (3) a prova é indispensável à prova desse crime, n.º 1 do art.º 187 do CPP. Destaca-se ainda que, caso a prova obtida não respeite cumulativamente estes requisitos, o n.º 7 do art.º 187 do CPP oferece a possibilidade de comunicação pelos OPC de notícias de crime ao MP para efeitos de investigação, art.º 248 do CPP, o que dará à abertura de inquérito, n.º 2 do art.º 262 do CPP.

Entendemos que o uso de *drones* como meios de obtenção de prova no processo penal, só será possível na medida que a sua utilização não seja proibida por lei, logo, será permitida, ou seja, a utilização de *drones* terá de estar prevista na lei ou que tenha sido dado consentimento do titular do direito, de acordo com a base legal das proibições de prova, segundo n.º 8 do art.º 32 da CRP e desenvolvido pelo n.º 3 do art.º 126 do CPP¹⁵⁷.

¹⁵⁶ “(...) a figura dos conhecimentos de investigação e o que a distingue e contrapõe à dos conhecimentos fortuitos é a estrita conexão que subsiste entre os crimes a que se reportam os conhecimentos da investigação e o originário crime [do catálogo] que determina a escuta. Em termos tais que a investigação do crime originário já leva consigo a investigação dos outros crimes, como conhecimentos daquela investigação de que fazem parte. (...) diferente no que sucede nos conhecimentos fortuitos em que o processamento do(s) outro(s) crime(s) tem, em princípio, de ocorrer noutro(s) processo(s), os conhecimentos da investigação fazem parte do mesmo «pedaço de vida», devendo ser tratados no mesmo processo, a cujo objeto pertencem.” Cfr. JESUS, Francisco Marcolino – Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal, Edições Almedina, 2015, pp.309.

¹⁵⁷ Introito de SILVA, Germano Marques – Curso de Processo Penal II, 4.ª ed., Editorial Verbo, 2008, pp. 139.

Seguidamente, vamos concentrar-nos na terminologia que os *drones* terão como meios de obtenção de prova no processo penal. A produção de prova feita por *drones* será um meio de prova atípico ou oculto? Ou porventura, os dois? Veremos, então.

4.9 Drones, Meios de Obtenção de Prova Ocultos e/ou Atípicos

A regra para o alcance da informação probatória indispensável, é auxiliada pelos meios tipificados, provas típicas, ou seja, realizadas de forma “aberta”¹⁵⁸, portanto métodos “abertos” de investigação criminal¹⁵⁹ (testemunhos, documentos, perícias, etc.)¹⁶⁰. Porém, é ainda viável explorar o que a doutrina consagra num sistema de prova não tarifada, em casos excepcionais, a meios não constantes no catálogo do CPP, desde que idóneos à verificação do objeto da prova e não proibidos pelo legislador. Estamos a falar de algo que já foi objeto de análise deste estudo, ou seja, a liberdade relativamente a meios de prova não previstos na lei, isto é, não tipificados¹⁶¹, a doutrina qualifica como atípicos¹⁶².

PAULO DE SOUSA MENDES¹⁶³ orienta-nos no sentido que é difícil imaginar que possa haver meios de prova totalmente diferentes dos típicos, logo, a única liberdade que existe relativamente à escolha dos meios de prova consiste na possibilidade de selecionar do catálogo dos meios de prova típicos aqueles que forem considerados como adequados ao processo em curso. Com efeito, o art.º 189 do CPP resulta na prática um excelente exemplo. O legislador não conseguiu, na altura da redação do artigo¹⁶⁴, tipificar todos os

¹⁵⁸ Conceito utilizado na Tese orientada pela Senhora Professora Doutora Maria Fernanda Palma, especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Criminais de NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. FDUL. 2015. pp. 117.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp.117 “(...) as diligências probatórias são realizadas com o perfeito conhecimento do visado de que está a ser alvo das mesmas.”

¹⁶⁰ art.º 128 a 189 do CPP.

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 160 “(...) parece que a não tipicidade dos meios de prova que o art.º 125 do CPP estabelece respeita apenas a meios de prova não previstos e a não tipicidade dos meios não pode significar liberdade relativamente aos meios já disciplinados.”

¹⁶² e.g. SILVA, Germano Marques – Curso de Processo Penal II, 4.ª ed., Editorial Verbo, 2008, pp. 160. GONCALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – A Prova do Crime-Meios Legais para a sua Obtenção, Edições Almedina, 2009, pp.127. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – Comentário ao Código de Processo Penal. Lisboa, 2011, pp. 331 a 333. ANDRADE, Manuel da Costa, “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 533-535.

¹⁶³ MENDES, Paulo de Sousa – Lições de Direito Processual Penal, Edições Almedina, 2013, pp. 174.

¹⁶⁴ Lei n.º 48/2007 de 29 de agosto.

possíveis meios de prova resultantes da tecnologia aí referida. Note-se que estes incomuns e invulgares meios de obtenção de prova surgem face às novas formas de criminalidade, à sua estruturação, coordenação, de tal modo que se torna impreterível também o melhoramento dos meios de investigação, ou seja, o recurso a novos meios de obtenção de prova. Entendemos que o art.º 189 do CPP, à luz da tese oferecida por PAULO DE SOUSA MENDES, é o importante bastião da atipicidade da prova. Senão, vejamos. O prolongamento dado por este artigo a qualquer meio de prova diferente do telefone, às conversações ou comunicações, abrindo a porta para outros meios de prova não tipificados.

Outros autores fazem referência a meios de prova atípicos, tal como GERMANO MARQUES DA SILVA¹⁶⁵, referindo que são admissíveis todos os que não forem proibidos, mesmo sendo atípicos. Por seu lado, também FRANCISCO MARCOLINO DE JESUS¹⁶⁶ cita anterior autor e tese, acrescentando, ainda, alguns exemplos de meio de prova atípicos, onde se destaca o registo de imagens e voz previsto em determinados diplomas legais. Importa aqui destacar a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro¹⁶⁷, que será alvo de estudo neste trabalho, mais à frente. Do mesmo modo, FERNANDO GONÇALVES E MANUEL JOÃO ALVES¹⁶⁸ são a favor da admissibilidade de qualquer meio de prova, mesmo que não conste na lei, ou mesmo que seja atípico¹⁶⁹, impondo um limite a esta atipicidade, ou seja, afirmam que é admissível desde que não esteja proibida pela lei.

Assentes nestas teses, observamos, efetuando uma interpretação literária, que o sentido jurídico de meio de prova atípico será então um meio de prova invulgar, infrequente e

¹⁶⁵ SILVA, Germano Marques – Curso de Processo Penal II, 4.ª ed., Editorial Verbo, 2008, pp. 137.

¹⁶⁶ JESUS, Francisco Marcolino – Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal, Edições Almedina, Coimbra, 2015, pp. 92.

¹⁶⁷ Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira e procede à segunda alteração à Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, alterada pela Lei n.º 90/99, de 10 de Julho, e quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro, alterado pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 9 de Novembro, e pela Lei n.º 104/2001, de 25 de Agosto.

¹⁶⁸ GONCALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – A Prova do Crime-Meios Legais para a sua Obtenção, Edições Almedina, 2009, pp.127.

¹⁶⁹ *apud*, GONCALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – A Prova do Crime-Meios Legais para a sua Obtenção, Edições Almedina, 2009, pp.127 “*A propósito de um meio de prova atípico, decidiu o Tribunal da Relação do Porto «Pode ser utilizada como meio de prova de um crime de ameaças a cassette que contém a gravação da mensagem ditada pelo arguido para o telemóvel do ofendido, para ai, ficar gravada»*” cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1997.12.17.

incomum àqueles que estão tipificados na lei, logo, devemos apoiar nos meios de prova típicos. Aqueles que forem apropriados no processo serão considerados atípicos.

Todavia, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁷⁰ refere limites formais e materiais quanto à utilização de meios de prova atípicos, nomeadamente, o elevado grau de intrusão na privacidade do cidadão, a desmesurada “vigilância total”, desproporcionais e fraudulentos à lei, ou seja, ferem os direitos fundamentais do cidadão. A jurisprudência Alemã e do TEDH¹⁷¹ vieram exprimir que, caso exista a potencialidade de intervenção destes aparelhos em fase de investigação, deve ser prevista por uma lei expressa. Esta consideração é feita na sequência da utilização do *GPS* em fase de inquérito. Percebemos que este autor e esta jurisprudência, ao referirem estes limites aos meios de prova atípicos, acompanham no todo as exigências Constitucionais e processuais penais quanto à utilização destes meios de prova que desrespeitam severamente direitos fundamentais e só podem ser utilizados conforme as imposições estabelecidas nos diplomas antes referidos e já estudados.

Desta maneira, pensamos que a utilização de *drones* como meios de obtenção de prova, revestem desta atipicidade. São meios de obtenção de prova que produzem um meio de prova invulgar aos que estão tipificados no CPP. Porém, estes aparelhos, para serem considerados atípicos, devem incidir nos meios de prova típicos e serem adequados à investigação em curso. Portanto, a natureza da atipicidade dos *drones*, como meios de obtenção de prova, diz respeito à prova por eles produzida, isto é, às imagens e/ou às filmagens e estes, sim, serão meios de prova atípicos, produzidos por aqueles instrumentos de voo.

Vimos que o meio de prova que o *drone* produz é atípico. Falta agora desenvolver a terminologia utilizada como meio de obtenção de prova, ou seja, é através destes meios de obtenção de prova, *in casu*, *drones*, que são obtidos os meios de prova, *in casu*, imagens atípicas.

¹⁷⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – Comentário ao Código de Processo Penal. Lisboa, 2011, pp. 331 a 333.

¹⁷¹ *Bundesverfassungsgericht* no acórdão fundamental de 12-04-2005 e n.º 1 e n.º 2 do art.º 26 da CRP lida à luz do acórdão do TEDH *Vetter vs. França* de 31-05-2005 e do primeiro acórdão.

Também o CPP prevê como meios de obtenção de prova o elenco previsto nos art.º 171 a 190 e outros estabelecidos em legislação extravagante¹⁷². No entanto, do elenco citado, existem meios de obtenção de prova a descoberto¹⁷³, nomeadamente, os exames, as revistas, as buscas e as apreensões, ou seja, estes meios processuais são realizados com transparência processual, pois as pessoas e os locais [ligados a uma(s) pessoa(s)], que forem sujeitos a este conjunto de diligências, ficam, desde logo, a saber que recaí sobre elas uma investigação. Assim, ao terem conhecimento destas diligências, assumem imediatamente uma posição processual¹⁷⁴ e, daí, poder-se-á dizer que são meios de obtenção de prova claros, conhecidos e cristalinos.

Não obstante, existem outros meios de obtenção de prova, em especial, as escutas telefónicas e toda a extensão oferecida pelo art.º 189 do CPP, nomeadamente, *GPS*¹⁷⁵, correio eletrónico, transmissão de dados e comunicações entre presentes (escutas ambientais), art.º 252-A do CPP¹⁷⁶, bem como em leis extravagantes de natureza penal, especialmente as ações encobertas e o registo de voz e de imagem relativamente ao combate à criminalidade organizada¹⁷⁷, que, dada a sua natureza técnica-operacional de obtenção de prova, são verdadeiramente destrutivos no que respeita à restrição dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas visadas e a utilização desses meios de obtenção de prova geralmente originam danos imprevistos. Resulta da análise de FERNANDO GONÇALVES E JOÃO MANUEL ALVES¹⁷⁸ que estes meios lesam

¹⁷² e.g. ACÇÕES ENCOBERTAS -Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto; MEDIDAS DE COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA - Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro e LEI DO CIBERCRIME - Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro.

¹⁷³ Métodos “abertos” de investigação criminal, *cf.* citação 158-159.

¹⁷⁴ *in casu*, “o art.º 60 do CPP dispõe sobre a posição processual do arguido e ao distinguir o assistente do ofendido, a lei processual penal supõe que à constituição de assistente se liga o reconhecimento do estatuto de sujeito processual nos termos da al. a) do n.º 1 do art.º 68 e art.º 69, ambos do CPP”, ANTUNES, Maria João, *op. cit.*, pp. 49-50.

¹⁷⁵ Relação do Porto de 21-03-2013, expressou-se no sentido de que a localização de suspeitos através do *GPS* está sujeita a autorização judicial, aplicando os pressupostos do art.º 187 do CPP, (que versa sobre escutas telefónicas e que impõe que estas sejam previamente autorizadas por despacho fundamentado do juiz, sob forte condicionalismo), por aquilo que designou “*interpretação analógica*”, por força do art.º 189 do CPP.

¹⁷⁶ A obtenção de dados de localização celular no âmbito da atividade de prevenção criminal ou das medidas cautelares de polícia.

¹⁷⁷ Embora todos estejam tipificados, são regras especiais, portanto métodos de obtenção de prova especiais, excepcionais que produzem uma prova atípica.

¹⁷⁸ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – A Prova do Crime-Meios Legais para a sua Obtenção, Edições Almedina, 2009, pp.231, *apud* Manuel de Costa Andrade (I Congresso de Processual Penal, Almedina, 2005, pp. 216.

sempre muito mais bens jurídicos do que aqueles que se pretendiam proteger. São também reconhecidos como meios de obtenção de prova de grande aplicabilidade, especialmente no combate à grande criminalidade, à criminalidade organizada e à criminalidade económico-financeira. São, de facto, extraordinariamente intrusivos, provocadores de elevada danosidade social e, daí, serem conhecidos por toda a jurisprudência e doutrina como métodos ocultos de investigação criminal. Estes meios de obtenção de prova intrusivos são, geralmente, um meio oculto, obscuro e incognoscível.

Todos eles, em regra, colocam em causa direitos do arguido e de terceiros¹⁷⁹ que são atingidos por via de uma investigação oculta. Segundo MARIA JOÃO ANTUNES¹⁸⁰ e BENJAMIM SILVA RODRIGUES¹⁸¹ incluem um conjunto diversificado e heterogéneo de meios de obtenção de conhecimentos, em que os agentes da investigação se intrometem nos processos de comunicação privada das pessoas investigadas, e estas últimas não têm conhecimento do facto. E, por causa disto, continuam a agir, a interagir e a comunicar de forma espontânea e “inocente”, dizendo e fazendo coisas de conteúdo e sentido autoincriminatório. Trata-se de uma autoincriminação de que, naturalmente, não têm consciência. No mesmo sentido, MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE¹⁸² refere que são métodos ocultos de investigação criminal intrusivos os utilizados pelas polícias, no espaço e no tempo de interação e de comunicação entre os cidadãos visados pela investigação, sem que estes tenham conhecimento e se apercebam dessa intrusão, para que se produza prova que pode ser incriminatória contra eles próprios. Existe uma ausência de autodeterminação, ou seja, liberdade de pensar, decidir, de interagir e comunicar sem que haja uma auto-responsabilização de modo consciente.

O incremento da obrigação de utilização da ocultação da investigação criminal, empregando estes métodos camuflados nas últimas décadas, deve-se à monumental

¹⁷⁹ “Através de uma escuta telefónica toma-se conhecimento da vida privada de uma multiplicidade de pessoas: a pessoa escutada, as pessoas para quem ela fala e as pessoas que para ela falam. Com a escuta telefónica, não é só a intimidade e as relações familiares (como as doenças de que padecem, as convicções religiosas e políticas e as orientações sexuais), que são profundamente devassadas, mas também o segredo do confessor, do médico ou do advogado, que a lei protege.” Cfr. GONCALVES, Fernando; ALVES, Manuel João *op. cit.*, pp.231.

¹⁸⁰ *apud*, COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)” pp.532. *vide* ANTUNES, Maria João – Direito Processual Penal, 1.ª ed. Abril, 2016, pp. 123.

¹⁸¹ RODRIGUES, Benjamin Silva – Da Prova Penal Tomo II – Bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal, 1.ª ed., 2010, pp. 37.

¹⁸² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os meios Ocultos de Investigação Criminal. In 21 Seminário Internacional de Ciências Criminais. pp. 28.

mudança da criminalidade, nomeadamente, à evolução da criminalidade organizada e violenta, a convergência do progresso da ameaça do terrorismo, o efeito da globalização e, eminentemente, a difusão de novas tecnologias capazes de desenvolver a prática de ilícitos e limitar a probabilidade da descoberta dos mesmos. Por esse motivo, refere ANABELA MIRANDA RODRIGUES¹⁸³ que o mundo mudou, e, como nestas coisas de perseguição penal, o processo muda com o mundo, e o processo penal mudou e tudo isto permitiu que se estabelecesse na sociedade uma maior tolerância para a imposição de medidas progressivamente mais restritivas de direitos fundamentais. Deste modo, a invulgar gravidade dos ilícitos criminais aliada ao requinte da atividade de como eram realizados, revela a manifesta carência de meios existentes para combater tais práticas avançadas, e justificam, por isso, o tributo e a fórmula a novos métodos de investigação e de obtenção de prova, igualmente desagradáveis e requintados¹⁸⁴.

Importa referir uma fronteira entre os meios de obtenção de provas ocultos e outros não ocultos; mas estes últimos, ao contrário dos primeiros, surgem nas margens obscuras da legalidade, já que são utilizados de forma desleal e enganosa, ou seja, não são ocultos, mas são produzidos “às ocultas”¹⁸⁵, muitos deles obtidos conforme proíbe o art.º 126 do CPP.

Nesta perspetiva, analisamos a existência de meios de obtenção de prova ocultos, que pelas suas próprias características de produção de prova, por serem úteis e eficazes, é cada vez maior a tendência de serem usados pelas polícias e pelos magistrados judiciais em matéria de perseguição criminal. Neste enfoque, os *drones* fazem parte desse catálogo de meios de obtenção de prova ocultos de investigação. Por terem características e aptidões semelhantes aos aqui referenciados, nomeadamente, a facilidade de intromissão da vida privada das pessoas, que não sabem que são alvos de uma investigação, mostra-nos que deveriam ser também utilizados. Trata-se de um meio de obtenção de prova encoberto, o

¹⁸³ *Apud*, RAMALHO, David Silva – Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Almedina, Coimbra, 2017, pp. 202.

¹⁸⁴ Refere RAMALHO, David Silva, *op. cit.* pp. 206 “*A evolução entretanto verificada não implicou, porém, a introdução de alterações significativas no CPP. Pelo menos não em matéria de métodos de investigação e de obtenção de prova penal, cujo regimes iniciais foram, quando muito, afinados e ajustados a novas exigências – à exceção, naturalmente, da introdução, com a reforma de 1998, da gravação de conversações entre presentes no artigo 190.º do CPP (agora 189.º) e da localização celular introduzida com a reforma de 2007 através do artigo 252.º - A.*”

¹⁸⁵ RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal Tomo II – Bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal, 1.ª ed., 2010, pp. 38.

que significa poder ver sem ser visto. Aqui os visados continuam a agir de forma normal, não sabendo que tudo o que fazem virá, eventualmente, a ser prova contra eles próprios.

Posto isto, verificamos que os *drones*, caso respeitassem na íntegra todas as exigências antes estudadas para poderem vir a ser utilizados como meios de obtenção de prova, seriam métodos ocultos de investigação que gerariam uma prova atípica, *in casu*, as imagens. Porém, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁸⁶ alerta que a utilização de meios de prova atípicos configurará uma ilicitude de prova, quando aquela utilização viabilize o uso, isolado ou coordenado, dos meios de obtenção de prova, de modo tal, que culmine numa «vigilância total¹⁸⁷».

4.10 A Solução na Jurisprudência quanto ao uso de outros Meios de Obtenção de Prova Ocultos, nomeadamente, o GPS

No capítulo 4.11, foi citada jurisprudência Alemã, apoiada por uma decisão do TEDH, quanto à temática dos meios de obtenção de prova ocultos, ou seja, a utilização do *GPS* na fase do inquérito. Com a devida vénia, a posição ocupada pelos magistrados Alemães e do TEDH vai no sentido de só ser possível usar aqueles meios havendo lei expressa, orientação esta seguida também por COSTA ANDRADE¹⁸⁸, sublinhando o imperativo de reserva de lei neste domínio dos meios ocultos de investigação.

Da mesma forma que os *drones*, o *GPS*, é matéria que não se encontra regulamentada. Também é verdade que a lei não anteviu, de forma expressa este tipo concreto de ingerência nos direitos fundamentais¹⁸⁹; daí a cláusula do art.º 125, conjugada com o art.º 126, ambos do CPP e com os mandamentos constitucionais do n.º 2 e 3 do art.º 18 e por força do n.º 4 do art.º 32 ambos da CRP, ter de ser confrontada e apreciada com prudência pelo “juiz das liberdades”. Todavia, devem ser utilizados em sede de uma criminalidade com especial gravidade e, por causa disto, a jurisprudência é discrepante quanto à sua

¹⁸⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – Comentário ao Código de Processo Penal. Lisboa, 2011, pp. 316.

¹⁸⁷ “A vigilância total permitiria, com a ajuda de meios ocultos através do recurso às novas tecnologias, a construção de um “perfil completo da personalidade do arguido” cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, - Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal – observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, in RJL, ano 137, pp .115.

¹⁸⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, - Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal – observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, in RJL, ano 137, pp .281.

¹⁸⁹ Esta ingerência é expressa somente à correspondência, às telecomunicações e aos meios de comunicação, cfr. n.º 4 do art.º 34 da CRP.

fundamentação, no que toca à utilização de estes meios de obtenção de prova ocultos, nomeadamente, quanto ao *GPS*.

O recurso à jurisprudência quanto à utilização de meios de obtenção de prova ocultos, nomeadamente, aqueles que não encontram apoio legal no Direito Processual Penal (Livro III, Capítulo III do CPP e legislação especial), designadamente, os *drones* e o *GPS*, que são paralelamente meios de obtenção de prova ocultos e que produzem prova atípica, pode ser a solução, pois, o legislador português ainda não teve qualquer intervenção a nível de regulamentação quanto à sua utilização para fins do processo penal. No entanto, existe no nosso ordenamento jurídico institutos que são base de apoio dos magistrados quanto ao uso do *GPS*, sendo este um meio de obtenção de prova oculto, da mesma forma que os *drones*. Podemos examinar estas posições e daí retirar conclusões quanto à possibilidade de os *drones* poderem beneficiar dos arranjos jurisprudenciais dos nossos tribunais da mesma forma que o fazem com o *GPS*, isto é, como a utilização do *GPS* é resolvida pelos magistrados, enquanto meio de obtenção de prova oculto, será que há possibilidade de fazer o mesmo quanto ao uso dos *drones*? Afinal, sabemos que ambos provocam um elevado grau de intrusão na privacidade do suspeito, não estão tipificados na lei e são meios ocultos de investigação. Podemos referenciar jurisprudência que sustente juridicamente o seu emprego da mesma forma que já existe para sustentar o uso do *GPS*, como meio de obtenção de prova oculto? Têm surgido algumas decisões que colocam em causa a legalidade da sua utilização, mas veremos, então.

Previamente, os magistrados apoiam-se nos preceitos antes mencionados, escorados na Lei Fundamental e nos seus princípios. Contudo, alguns encontram solução na analogia, permitida pelo art.º 4 do CPP, ou seja, fazem a interpretação e aplicação de normas jurídicas já existentes, sobre os meios de prova em geral. No que concerne ao *GPS*, nomeadamente a extensão¹⁹⁰ dada pelo art.º 189 do CPP, no que toca a comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, aplicam o correspondente ao regime das escutas telefónicas¹⁹¹. *Prima facie*, não nos parece ser esta a solução. A Lei

¹⁹⁰“A disposição alarga o âmbito de aplicação do regime das escutas telefónicas às conversações e comunicações transmitidas por meio diferente do telefone, como o telemóvel, o teletexto e o videofone. (...) A Lei n.º 59/98 de 25 de agosto, acrescentou ainda o correio eletrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática e as comunicações entre presentes, (...)” ver anotações ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – Comentário ao Código de Processo Penal. Lisboa, 2011, p. 544.

Este alargamento do âmbito da intromissão legal não é inconstitucional, *vide* Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87.

¹⁹¹ Art.º 187 a 190 do CPP.

n.º 48/2007, de 29 de agosto, prevê o Princípio da Equiparação ou Extensão a dados de localização celular ou de registo da realização de conversações ou comunicações. Desde logo, os *drones* e o *GPS* não estabelecem conversações, e as comunicações que, no limite, concebem são transmissões de sinais¹⁹² e, no caso dos *drones*, estes têm capacidade para captar imagens *in loco* da localização do cidadão, excedendo assim a premissa desta solução. Porém, caso os *drones* utilizem um mecanismo que recolha somente a voz e em que haja conversação, ou seja, comunicação entre presentes, independentemente do local onde tem lugar a conversação, (exemplo meramente académico), são subsumíveis à extensão dada pelo art.º 189 do CPP¹⁹³. Mas, MANUEL DA COSTA ANDRADE¹⁹⁴ interroga como se aplica o regime das escutas telefónicas à gravação de uma conversa cara-a-cara¹⁹⁵.

Parece-nos que a justificação para a utilização de *drones* e do *GPS* como meios de obtenção de prova ocultos, em regra, não pode passar pela extensão do art.º 189 do CPP, contudo, e no limite, a exceção analisada no parágrafo anterior poderá ser abrangida por esta extensão, mas entendemos que, dado o seu elevado grau de intrusão na privacidade do suspeito¹⁹⁶, não é admissível como meio oculto de obtenção de prova. Daí, deve estar expressa na lei – reserva de lei. Não obstante, esta extensão foi a justificação entendida na jurisprudência *infra* quanto à utilização de sistemas de *GPS*.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 07 de outubro de 2008¹⁹⁷, vem pronunciar-se no sentido de que não carece de prévia autorização judicial o uso, pelos órgãos de polícia criminal, de localizadores de *GPS* colocados em veículos utilizados por pessoas investigadas em inquérito, (espanto o nosso, em pleno século XXI, haver decisões desta natureza, pois há uma evidente violação à CRP). Na crónica do citado acórdão, havia sido requerida ao juiz a autorização para a utilização do sistema de *GPS*, nos veículos usados por um suspeito, por forma a controlar os seus movimentos, por um período de sessenta dias.

¹⁹² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – Comentário ao Código de Processo Penal. Lisboa, 2009, pp. 528.

¹⁹³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – Comentário ao Código de Processo Penal. Lisboa, 2011, pp. 528.

¹⁹⁴ RIBEIRO, Vinícios – Código de Processo Penal – Notas e Comentários, 2.ª ed., Coimbra, 2011, pp.533.

¹⁹⁵ “(...) o regime que foi pensado para as escutas telefónicas só podia ser aplicado a estes outros meios de telecomunicações se existissem normas que atendessem às suas especificidades”. Ibidem, pp 533.

¹⁹⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *op. cit.*, pp 528.

¹⁹⁷ Processo n.º 2005/08-1, Relator Juiz Desembargador Martinho Cardoso, Votação Unanimidade. [Consult.31 Out. 2018]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/>.

O juiz de 1.^a instância indeferiu esse requerimento, invocando “*não se vislumbrar qualquer base legal que legitime a vigilância por recurso a instrumentos de localização GPS*”. Recorreu o MP, invocando a aplicabilidade, por analogia, das normas da alínea b) do n.º 1 do art.º 187, n.º 2 do art.º 189 e art.º 252-A, todos do CPP. Somos da opinião que este despacho de indeferimento merece uma vénia, quanto à posição do Juiz ao não legitimar o uso do *GPS*, por ausência legal, visto não ter sido ponderado pelo MP outros fundamentos que pudessem apreciar esta possibilidade, nomeadamente as restrições constitucionais *supra* referidas.

Prossegue o acórdão através da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto¹⁹⁸, com reflexões quanto ao espírito da extensão do art.º 189 do CPP, referindo que o legislador não podia desconhecer a existência de localizadores *GPS* e as suas capacidades na investigação criminal e assim não tendo regulamentado sobre a sua utilização, e também não o tendo proibido, com todo o respeito que merece esta posição, achamos que o espírito da extensão do art.º 189 do CPP não pode ser confundido com juízos de previsão e de prognóstico, mas, sim, dentro da essência do regime das escutas telefónicas e equiparar a outras comunicações, conversações diferentes do telefone, podendo ir até a dados guardados nos próprios aparelhos.

Somos da opinião que tal conclusão tem origem numa crise existencial, ou seja, os Desembargadores questionam os próprios fundamentos da legalidade da prova, isto é, se faz algum sentido ou se tem algum propósito a existência do art.º 125 do CPP, pois mais uma vez é posto em causa o seu valor.

No entanto, a Relação de Évora considera que o uso do *GPS* é um meio admissível de prova, nos termos do art.º 125, conjugado com a não proibição do n.º 3 do art.º 126, ambos do CPP, comparando-o com o clássico seguimento¹⁹⁹ e vigilância do alvo, por pessoas a

¹⁹⁸ 15.^a alteração ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

¹⁹⁹ “(...)digamos que a localização por *GPS* é o «irmão gémeo eletrónico» do clássico seguimento do alvo por pessoas a bordo de um carro. E que tem vantagens e desvantagens em relação a este seguimento personalizado. A principal vantagem será o permanente acesso à localização em que se encontra o carro-alvo. A desvantagem mais evidente será a de que, apesar de em qualquer momento se saber aonde está o carro, se desconhecer por completo o que é que o seu ocupante ou os seus ocupantes estão a fazer de concreto. Nesse aspeto, o seguimento clássico, por permitir, além do mais, escrutinar quem vai no carro e o que fazem os ocupantes pelo menos quando o carro para, para onde vão quando saem dele e com quem falam, é um método muito mais intrusivo e abrangente do que o mero conhecimento da localização do carro, pelo que o *GPS* servirá sobretudo como meio coadjuvante do seguimento clássico – o qual, aliás, também pode ocorrer 24 sobre 24 horas.” Fundamentação utilizada pelos desembargadores na redação do AC. TRE de 07-10-2008.

bordo de um carro. Apesar das vantagens e desvantagens disto, conclui que ambos podem ter o alvo em mira durante as 24 horas do dia e, por isso, o seguimento clássico não necessitar de obter uma autorização judicial prévia para ser feito. Assim, a localização *GPS* colocada em veículos utilizados por pessoas investigadas em inquérito também não necessita de prévia autorização judicial.

Espanto o nosso, esta comparação. Não percebemos esta semelhança. De um lado está uma observação efetuada pela visão humana, logo, o testemunho direto dos alvos e dos factos em locais permitidos, sem qualquer artimanha ou astúcia, valendo somente a dissimulação dos agentes que a fazem²⁰⁰. Por outro lado, o *GPS*, só tem efeito útil na prova se for direcionado para o alvo que está na mira de uma investigação. Porém, este ao ser colocado ou agregado em propriedade alheia (veículo), sem o consentimento do seu titular, fornecendo dados informáticos ou de tráfego, pode não estar relacionado com a pessoa que se quer investigar, estando assim a violar direitos fundamentais de um cidadão alheio a esta investigação, pois o sistema *GPS* é cego para quem vigia, logo, todos os que tenham acesso àquela viatura são alvos de uma perseguição criminal. Na verdade, estes dados são direcionados para um programa informático²⁰¹, logo, nos termos da alínea b) e c) do art.º 2, conjugado com o art.º 12 e 13 da Lei do Cibercrime²⁰², é que só são analisados com prévia autorização judicial. Em bom rigor, pondera-se, desde logo, uma intervenção de uma autorização judicial prévia, pois assim está previsto na lei especial e por estarem em causa a restrição de direitos fundamentais. Sendo assim, é nosso entendimento que a utilização do *GPS*, no limite, terá de passar pelo crivo da Lei do Cibercrime, por conter dados, sejam eles entendidos como informáticos ou de tráfego, ou seja, trata-se de matéria destinada aos entendidos por existirem exigências técnico-digitais. Entretanto, não temos dúvidas que este sistema concebe uma transmissão fidedigna de dados.

²⁰⁰ Dai ser possível e admissível este meio de prova – prova testemunhal – os factos que os agentes possuam conhecimento direto que constituam objeto da prova, *cf.* n.º 1 do art.º 128 do CPP, no entanto, sempre dentro dos limites impostos tanto pela CRP como pelo CPP.

²⁰¹ O sistema GPS isolado “Chip colocado na viatura” não é um leitor de dados, mas sim um transmissor de dados, tais como, localização exata, horas, tempo das paragens, tempo de circulação, etc... estes dados são enviados para um programa informático e só acedendo a este temos todos os pormenores quanto aos dados antes referidos, assim sendo, e salvo melhor opinião, estamos no âmbito da prova digital e daí ser aplicada a Lei do Cibercrime.

²⁰² Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, Aprova a Lei do Cibercrime, transpondo para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa.

A posição da Relação de Évora, no que concerne à não exigência de prévia autorização judicial para colocação de *GPS* em veículos utilizados por pessoas investigadas em inquérito, (comparando-os com o clássico seguimento/vigilância policial), poderá levar-nos, por esta ordem de ideias, a que a utilização de *drones* possa ser feita da mesma forma, ou seja, podemos fazer esta comparação²⁰³? Não nos parece ser esta a melhor solução. A ponderação deveria ser sempre feita com base nas restrições da lei penal e constitucional, afastando-se totalmente as hipotéticas analogias.

Opondo as posições assumidas no acórdão supramencionado, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21-03-2013²⁰⁴, manifestou-se no sentido de que a localização de suspeitos através do *GPS* está sujeita a autorização judicial, aplicando os pressupostos do art.º 187 do CPP, (que versa sobre escutas telefónicas e que impõe que estas sejam previamente autorizadas por despacho fundamentado do juiz, sob forte condicionalismo), e, por aquilo que designou “*interpretação analógica*”, por força do art.º 189 do CPP, reprovou amplamente o entendimento do Tribunal da Relação de Évora.

Por outro lado, não faria sentido que apenas fosse sujeita a prévia autorização judicial a localização celular através dos dados telefónicos e já não o fosse o acesso a dados de localização através do mecanismo *GPS*, uma vez que se tratam de dados sensíveis, que dizem respeito à vida íntima e encontram-se no âmbito do direito fundamental à autodeterminação informativa.

Por isso, se decidiu que, quando esteja em causa a localização através da tecnologia *GPS*, deve a mesma ser sujeita a autorização judicial, “aplicando-se, por interpretação analógica, o disposto no art.º 187 do CPP.

À luz das considerações já anteriormente assumidas, sem dúvida que estamos mais atacadados ao entendimento seguido pelo TRP; porém, aceita-se, parcialmente, esta decisão, pois a mesma exige o respeito aos condicionalismos impostos pelo regime das Escutas Telefónicas (instituto este revestido de todas as exigências impostas pela CRP, quanto à sua utilização, havendo uma restrição a direitos fundamentais) ao uso de localizadores *GPS*. No entanto, ficará na dúvida quanto à aplicação analógica por via do art.º 187 do CPP. Por um lado, esta só abrange conversações, por outro, comunicações, e

²⁰³ Comparar a utilização dos *drones*, com uma vigilância efectuada através de helicópteros.

²⁰⁴ Processo n.º246/12.9TAOAZ-A.P1, Relator Juiz Desembargador Joaquim Gomes, Votação Unanimidade. [Consult.02 Nov.. 2018]. Disponível em: www.dgsi.pt/jtrp.nsf/.

talvez por aqui a transmissão dos dados de localização faça sentido, interpretando que a transmissão seja uma transferência de conteúdos informáticos ou de tráfego, embora a ser considerada, deverá ser aplicada a Lei do Cibercrime.

No que respeita à posição jurisprudencial do TRP aplicada à utilização de *drones* como meios de obtenção de prova, esta, só no limite, poderia ser plausível à extensão aí referida, ou seja, caso os *drones* tivessem um mecanismo que intercetasse as conversações entre presentes sem imagem (exemplo meramente académico) poderíamos aceitar, com algumas restrições (grau de intrusão), a “*interpretação analógica*”, por força do art.º 189 do CPP (fundamentação do TRP). Contudo, a finalidade dos *drones* é a captação de imagens, e, por isso, fica afastada aquela premissa. No entanto, curvamo-nos sempre mais para a solução do TRP, em contraposição com o do TRE, por esta revestir de pressupostos e requisitos vigorosos do regime das escutas telefónicas que a nosso ver são aquelas que mais condicionantes impõem para este tipo de meios de obtenção de prova ocultos e que, no caso dos *drones*, estas condicionantes deverão sempre existir.

Embora possamos comparar o *GPS* aos *drones*, no que concerne a ambos serem meios de obtenção de prova ocultos e terem características fiéis quanto à sua capacidade de poderem ter um total controlo sobre o suspeito e, por conseguinte, serem enormemente evasivos na vida privada do cidadão, a verdade é que a tecnologia utilizada na obtenção do meio de prova é bastante diferente.

Chegamos ao ponto de examinar na lei expressa aquilo que desde o início deste estudo nos propusemos analisar: a possibilidade (ainda que remota) de se utilizarem *drones* como meio de obtenção de prova no processo penal. Foram examinadas e analisadas no nosso ordenamento jurídico as exigências impostas, tanto pela CRP como pelo CPP, no que toca ao uso de meios de obtenção de prova ocultos, onde se incluem os *drones*. Recolhemos de toda esta operação a ideia base que tal possibilidade só será aceite se existir lei que regulamente essa eventualidade. E será que esta Lei existe?

4.11 A Caixa de Pandora – Lei 5/2002 de 11 de janeiro

O título deste capítulo vem alertar para a possível “abertura” da utilização de *drones* como meio de obtenção de prova, no que concerne às medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, nomeadamente quanto à recolha de prova²⁰⁵.

O aparecimento deste regime concebeu uma nova edificação no sistema processual penal, orientado para o combate de novos fenómenos de criminalidade, distintos dos tradicionais. Este diploma permite passar a acompanhar a rapidez e a sofisticação das novas realidades, através de meios especiais e excecionais de combate às novas formas de criminalidade.

O regime especial de recolha de prova, instrumento especial/excecional criado por esta Lei, apenas opera para fazer face a um catálogo de crimes, elencado no n.º 1 do art.º 1 da referida Lei. A saber: a) Tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21.º a 23.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro; b) Terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo; c) Tráfico de armas; d) Tráfico de influência; e) Recebimento indevido de vantagem; f) Corrupção ativa e passiva, incluindo a praticada nos setores público e privado e no comércio internacional, bem como na atividade desportiva; g) Peculato; h) Participação económica em negócio; i) Branqueamento de capitais; j) Associação criminosa; l) Pornografia infantil e lenocínio de menores; m) Dano relativo a programas ou outros dados informáticos e a sabotagem informática, nos termos dos artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, e ainda o acesso ilegítimo a sistema informático, se tiver produzido um dos resultados previstos no n.º 4 do artigo 6.º daquela lei, e for realizado com recurso a um dos instrumentos referidos ou integrar uma das condutas tipificadas no n.º 2 do mesmo artigo; n) Tráfico de pessoas; o) Contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda; p) Lenocínio; q) Contrabando; r) Tráfico e viciação de veículos furtados.

Garantimos, sem demora, que este catálogo é taxativo²⁰⁶, na medida em que os regimes abrangidos pelo âmbito de aplicação deste diploma constituem meios lesivos de direitos,

²⁰⁵ *Cfr.* n.º 1 do art.º 1 da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, “A presente lei estabelece um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, relativa aos crimes de: (...)”.

²⁰⁶ *Op. cit.* PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa – Direito Penal Económico e Financeiro, Conferencias do curso pós-graduado de aperfeiçoamento. 1.ª Ed. Coimbra Editora, Ago. 2012.pp 459. Citação (9).

liberdades e garantias, logo, não ser harmonizável com cláusulas amplas, sob pena clara e indubitável de violação aos princípios ínsitos no art.º 18 da CRP.

O catálogo de crimes aqui exposto, foi construído com base na concretização dos crimes suscetíveis de “gerarem grandes proventos”²⁰⁷, e de forma organizada²⁰⁸. JOÃO GOUVEIA CAIRES²⁰⁹ refere o carácter dissimulado e corrosivo em algumas estruturas da sociedade²¹⁰, quando se dirige a esta organização de crimes. O mesmo autor também identifica características inerentes à criminalidade organizada, designadamente: por um lado, é uma organização estruturada, com carácter de permanência, hierarquizada, de carácter secreto e com a intenção de obter benefícios, direta ou indiretamente. Por outro lado, são formas de criminalidade que, pela dificuldade das ações que a integram e a plurilocalização das infrações, colocam grande dificuldade de obtenção de prova, o que constitui um forte obstáculo à efetividade da punição. O que levanta a questão desta lei permitir, em certo tipo de crimes, o registo de voz e imagem, ou seja, a “abertura” a que inicialmente nos referimos, encontra-se prevista no art.º 6 da Lei 5/2002, de 11 de janeiro. Mas, será mesmo assim? Veremos, adiante, se tal norma nos oferece a possibilidade de utilizar *drones* como meios de obtenção de prova.

Importa, antes disso, referir que a utilização deste novo meio de obtenção de prova, está dependente da verificação cumulativa de três requisitos: existência de ordem ou de autorização de um juiz; a circunstância de o crime a investigar ser um dos mencionados no art.º 1 do diploma aqui referenciado e a necessidade para a investigação da utilização desse meio de obtenção de prova, *cf.* art.º 1 e 6 da Lei 5/2002, de 11 de janeiro e art.º 188 do CPP.

O desembrulho da possibilidade da utilização de *drones* como meio de obtenção de prova, no âmbito deste diploma, advém do enunciado do n.º 1 do art.º 6 que dita que “*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*”, ou seja,

²⁰⁷ Exposição dos motivos da Proposta de Lei n.º 94/VIII Estabelece Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira. [Consult. 11 Jul. 2019]. Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils>.

²⁰⁸ “(…), a distinção já será totalmente operacional para aferir a ratio do regime legal da criminalidade organizada, e dentro desta da criminalidade económica organizada.” PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa – Direito Penal Económico e Financeiro, Conferencias do curso pós-graduado de aperfeiçoamento. 1.ª Ed. Coimbra Editora, Ago. 2012, pp 466.

²⁰⁹ *Ibidem*, pp. 468.

²¹⁰ Estruturas políticas, económicas e sociais.

o registo de voz e de imagem pode ser obtido POR QUALQUER MEIO, através de qualquer tipo de equipamento. Note-se que o CPP utiliza conceitos técnico-jurídicos para definir o âmbito de aplicação dos meios de obtenção de prova aí disciplinados, enquanto que a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não opta por aquela tecnicidade jurídica. Logo, a clareza e precisão da utilização de meios de obtenção de prova é substituído por uma interpretação menos rigorosa, logo, mais imprecisa.

Utilizando uma expressão usada num título de uma obra de GERMANO MARQUES DA SILVA²¹¹ “ (...) *Nem pactos com o “diabo” nem a utilização de meios diabólicos no seu combate*”, esta simboliza, de facto, o que temos em mãos, ou seja, uma lei que nos permita utilizar seja o que for, para obtenção de registos de imagem e som a qualquer custo, e, por isso, fazemos a comparação com aquela figura do cristianismo. Talvez tivesse sido mais diligente o legislador, quando viabilizou a recolha de voz e imagem, não tivesse utilizado a expressão “por qualquer meio”, e a tivesse substituído por uma expressão mais intransigente e explícita. Veja-se como fez o legislador quando autoriza os elementos da PJ a recorrer a todos os meios e técnicas de registo de som e de imagem, mas já nos termos do disposto no CPP e na legislação complementar²¹², não dando margem para a utilização de quaisquer meios, mas tão só e aqueles que se encontram tipificados e/ou legislados.

Na verdade, mais uma vez, temos uma lei que pode levar a fundamentações bem diferentes na jurisprudência dos tribunais, tal como acontece com o *GPS* (matéria estudada no capítulo anterior), ou seja, poderão surgir posições que defendam a utilização de *drones* como o meio de aquisição de recolha de voz e imagem e outras que defendam a sua não utilização.

Este regime especial de recolha de prova prevê três hipóteses: a recolha cumulativa de imagem e voz (vídeo)²¹³, a recolha apenas de imagem (fotografia), ou a recolha de voz

²¹¹ SILVA, Germano Marques – “A criminalidade organizada e a investigação criminal (Nem pactos com o “diabo” nem utilização de meios diabólicos no seu combate)”, em AA.VV. *I Congresso de Processo Penal Memórias* (coord: Manuel Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2005.

²¹² Cfr. n.º 2 do art.º 4 da Lei n.º 37/2008, de 06 de Agosto Orgânica da Policia Judiciaria “*No exercício das ações a que se refere o número anterior, a PJ tem acesso à informação necessária à caracterização, identificação e localização das situações, podendo proceder à identificação de pessoas e realizar vigilâncias, se necessário, com recurso a todos os meios e técnicas de registo de som e de imagem, bem como a revistas e buscas, nos termos do disposto no Código de Processo Penal e legislação complementar.*”

²¹³ “(...) Poderá haver casos em que os direitos à imagem e à palavra comunicam com o direito à reserva da intimidade privada, (...)” Cfr. JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, vide, PALMA. Maria Fernanda; DIAS,

em que não haja conversação, pois, nas que haja conversação são subsumíveis à extensão do art.º 189 do CPP. Quando esta permissão²¹⁴ de violação dos direitos à palavra e à imagem se estende para além do âmbito dos mesmos, pode atingir igualmente o direito à reserva da vida privada, acolhendo o entendimento condizente a uma abusiva intromissão²¹⁵. Assim, concluímos que, caso seja possível utilizar *drones* no âmbito desta Lei, tendo estes a possibilidade de recolher som e imagem, seriam condicionados pelo princípio do direito à reserva da vida privada. Referimo-nos à teoria das três esferas/núcleos, matéria esta já analisada anteriormente.

A tomada de posição do legislador quanto aos meios de prova admissíveis²¹⁶ – “Por qualquer meio” – ou seja, a identificação de outras fontes de prova²¹⁷, no que respeita à possibilidade de poder utilizar *drones* para obtenção de imagens e registo de voz, mesmo cumprindo na íntegra a verificação cumulativa dos três requisitos referidos *supra*, tem obrigatoriamente de escorar numa fundamentação que passe pela compreensão face à forte restrição de direitos fundamentais. Teremos assim, de fazer uma interpretação restritiva²¹⁸ à expressão “por qualquer meio”, podendo deste modo aplicar-se subsidiariamente o regime geral do CPP, visto este conter normas bastante cautelosas, no que concerne aos meios de obtenção de prova existentes²¹⁹.

As características dos *drones* como método oculto de obtenção de prova são a intrusão na esfera do visado²²⁰, a deslealdade²²¹ e, no limite, a suscetibilidade de corroer os fundamentos do Estado de Direito Democrático²²², e portanto há uma enorme e intensa

Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa – Direito Penal Económico e Financeiro, Conferencias do curso pós-graduado de aperfeiçoamento. 1.ª Ed. Coimbra Editora, Ago. 2012, pp 529.

²¹⁴ Previa autorização judicial, *cfr.* n.º 2 do art.º 6 da Lei 5/2002 de 11 de janeiro.

²¹⁵ *Cfr.* JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *op. cit.* Pp. 524.

²¹⁶ Como resulta do art.º 125 do CPP, sob a designação da legalidade de prova, optou por um sistema de atipicidade.

²¹⁷ Art.º 340 e seguintes do CPP, regulam a aquisição e a produção em audiência.

²¹⁸ Pelo menos, sem recurso à interpretação analógica, *cfr.* MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Vol. I, 2.ª ed. Revista, Coimbra Editora. Coimbra, 2010.

²¹⁹ Destacam-se alguns exemplos: art.º 171 a 190 do CPP, Lei n.º 1/2005 de 10 de janeiro; Dec-Lei n.º 207/2005 de 29 de novembro; Lei n.º 37/2008 de 6 de agosto; Dec-Lei n.º 234/2007 de 19 de junho e Dec-Lei 101/2008 de 16 de junho.

²²⁰ “ (...) o que pressupõe uma actuação dissimulada ou desconhecimento intencional por parte dos poderes públicos, (...)” *cfr.* CAIRES, João Gouveia de – Métodos ocultos na criminalidade económico-financeira: entre a (a)atipicidade e a acumulação. pp.51.

²²¹ “ (...) que não deixa espaço de liberdade ao visado para, querendo, definir os fins da sua acção, (...)” *op.cit.* pp. 51.

²²² “ (...) levando a que o Estado se comporte como mais um player no mundo do crime – com a enorme vantagem de ter uma portentosa permissão de actuação que o mesmo define a cada momento –

restrição de DLG, quer no plano substantivo v.g. o direito à imagem, à palavra, à intimidade e privacidade, quer num plano adjetivo v.g. o direito a um processo justo e equitativo, o contraditório, a lealdade, o *meno tenetur se ipsum accusare*, etc.

A atuação do legislador, nesta seara, sempre importa criar uma normatividade reforçada estabelecendo com mais rigor o alcance desta intervenção “por qualquer meio” uma vez que esta norma é restritiva de DLG. A norma deve ser mais restritiva e por isso, verifica-se que esta norma assim descrita não serve, pois não é suficiente a sua previsão. A utilização de *drones* necessita de mais restrições, pois as interpretações vagas e inexatas, na dúvida, não devem prevalecer sobre as restrições; as leis restritivas devem ser interpretadas senão restritivamente e não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos DLG, que está diretamente imbricado com o princípio da proporcionalidade.

Assim, a sua previsão “por qualquer meio”, nunca deverá ser aceite sem passar por uma fundamentação rigorosa, efetiva e séria que se circunscreva aos fins em nome dos quais são estabelecidos ou permitidos e só poderão ser adotadas se esses fins não puderem ser alcançados mediante meios menos gravosos, devendo obedecer aos cânones da proporcionalidade. Esta norma, como qualquer outra no Processo Penal, que restrinja DF não pode deixar de procurar o equilíbrio²²³. O incremento e a evolução das novas formas de criminalidade e os progressos tecnológicos conferiram às autoridades a utilização de meios que possibilitam os registos de voz e de imagem – “por qualquer meio” sem consentimento do visado. Contudo, não acreditamos que era intenção do legislador alargar esta possibilidade aos *drones*, visto na altura (20 anos passados) ainda nem sequer se falava deles. Acreditamos, sim, que foi com o propósito de ampliar técnicas de investigação já existentes, ou seja, escutas ambientais vídeo/áudio²²⁴.

Porém, a própria lei estabelece um requisito, que será a justificação de qual o meio escolhido para o fim que se pretende alcançar. Estamos a falar do requisito da necessidade

transformando o arguido em mero objecto de prova, deixando para a insustentável leveza retórica o estatuto de sujeito processual” op. cit. pp. 51-52.

²²³ “(...) entre a necessidade de defesa da sociedade, que a máxima eficácia do processo visa assegurar e a protecção dos direitos do arguido e de terceiros que limita essa mesma eficácia.” vide, ALMEIDA, Carlos Rodrigues – O Registo de Voz e de Imagem, Notas ao artigo 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ISSN 0871-8563. Coimbra. Ano 14, n.º 3 (julho/setembro 2004). pp. 370.

²²⁴ V.g. microfones direcionados, escutas ambientais, camarás de vídeo, etc.

para a investigação da utilização desse meio de obtenção de prova; ora, será neste requisito que a interpretação “por qualquer meio”, deverá ser feita com mais rigor, uma vez que esta lei é uma norma restritiva de DLG. Porém, este requisito em comparação com o do regime das escutas telefónica (que iremos ver mais à frente) é bem mais permissivo: ele depende somente da «mera necessidade para a investigação» quando a utilização das escutas telefónicas está subordinada à condição de haver «razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova».

O sinal de subsidiariedade é a imposição da necessidade para a investigação, ou seja, não pode significar que o recurso a *drones* seja o primeiro meio de investigação ou o meio normal de investigação²²⁵. Tal reflexão necessita de verificação, *in casu*, de um interesse relevante, sendo um regime excecional para situações que merecem um tratamento diferenciado, mas adequado, proporcional e na medida do estritamente necessário. Este regime deve estar protegido pelo princípio da legalidade, considerando-se o n.º 2 do art.º 18 da CRP, devendo a restrição de direitos fundamentais, em concreto a restrição dos direitos à imagem e à palavra, ser necessária para tutelar outros interesses constitucionais como o da segurança e de uma justiça penal eficaz. Veja-se o sentido que JOÃO GOUVEIA DE CAIRES²²⁶ argumenta ao afirmar que este regime se destina à atividade criminosa especialmente mais complexa e de difícil investigação (criminalidade organizada) e não a atos isolados.

A ponderação da necessidade para a investigação em abstrato a que o legislador procedeu, apenas teve em conta os direitos à imagem e à palavra nos espaços públicos²²⁷.

Não restam dúvidas quanto à possibilidade do registo de voz e de imagem afetarem o direito à imagem e à palavra, sem desconsiderar o direito à privacidade. Trata-se de bens jurídicos que gozam de uma tutela penal autónoma, e todos eles com expressa consagração constitucional. Importa saber, e, no caso em concreto, utilizando *drones* para recolha de voz e de imagem, se este diploma exclui apenas a ilicitude no que respeita à palavra e à imagem ou se se alarga à privacidade, permitindo, por exemplo, e de acordo com as características que estes aparelhos dispõem de captar, fotografar, filmar, registar

²²⁵ Cfr. JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *op. cit.* pp. 535.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 536

²²⁷ *Ibidem*, pp. 539.

ou divulgar imagem de pessoas ou de objetos em espaços íntimos²²⁸. Poderão os *drones* recolher registo de voz e de imagem em espaços, como o que constitui o domicílio²²⁹?

Assistidos pelos entendimentos de CARLOS RODRIGUES DE ALMEIDA²³⁰ e de JOÃO GOUVEIA DE CAIRES²³¹, tal dimensão de devassa não é justificável, devendo procurar preservar-se uma harmonia entre as necessidades de defesa da sociedade e as de salvaguarda dos direitos fundamentais (devendo prevalecer este). Não podemos deixar de interpretar o art.º 6, no sentido de ele apenas legitimar a violação do direito à imagem e à palavra falada, bens jurídicos claramente autónomos, daí não existir na lei qualquer referência expressa à suscetibilidade de, por esta via, se estar a invadir a privacidade.

Cremos, por isto, que a reflexão de interesses levados a cabo pelo legislador, dos direitos afetados, concretamente os direitos à imagem e à palavra, apenas é legítima quando verificada em espaços públicos e nunca dentro do domicílio²³², embora o meio a utilizar seja alvo de um rigoroso escrutínio quanto à sua capacidade de restringir DLG dos visados.

Todavia, JOÃO GOUVEIA DE CAIRES²³³ alerta que a criminalidade organizada tem elevada sofisticação e complexidade e que até poderá utilizar a proteção do domicílio para a sua atividade, dificultando assim a investigação. Esta matéria terá de ser alvo de análise, num futuro próximo, implicando uma séria reflexão sobre a necessidade de uma relativização das garantias dos arguidos; logo, deverá o legislador criar normas restritivas de aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, mais precisas e rigorosas, afastando-se de conceitos vagos e imprecisos como o atualmente utilizado “por qualquer meio”.

²²⁸ al. b) do n.º 1 do art.º 192 do CP.

²²⁹ Carlos Rodrigues de Almeida, O registo de voz e imagem – Notas ao art.º 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11-01”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económica Financeira, CEJ- Coimbra Editora, 2004, p. 113.

²³⁰ *Ibidem*

²³¹ JOÃO GOUVEIA DE CAIRES *vide*, PALMA. Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa – Direito Penal Económico e Financeiro, Conferencias do curso pós-graduado de aperfeiçoamento. 1.ª Ed. Coimbra Editora, Ago. 2012. pp. 539-540.

²³² A resposta tem que ser, necessariamente negativa face ao disposto no n.º 3 do art.º 126 do CPP que concretiza a proibição constitucional presente no n.º 8 do art.º 32 da CRP, que comina com a nulidade e consequente proibição de valoração no processo, as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada porquanto, desta forma, se violaria de forma inadmissível o núcleo essencial da personalidade e dignidade humana. Por isso, fora da autorização legal ficam as diligências tendentes a captar, fotografar, filmar a imagem de pessoas em espaços íntimos, *in casu*, domicílio.

²³³ JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *op.cit.* pp. 539-540.

Constatamos que este diploma exprime o objetivo de munir a investigação criminal de maior eficácia e agilidade no combate às novas formas de criminalidade organizada, permitindo o uso de novos meios tecnológicos de obtenção de prova. Todavia, estes regimes avulsos são mais musculados e lesivos de DLG, são alçapões ao regime geral do CPP que prevê uma maior garantia dos DLG. Daí, podermos questionar que este tipo de meios ocultos de investigação, funcionando como *políticas de exceção*, com diferentes graus de intensidade de intrusão nos DF dos cidadãos, aparecem como as denominadas, técnicas especiais de investigação. Estas, atualmente estão devidamente legisladas²³⁴, ações encobertas, a gestão e o controlo de colaboradores, entregas controladas, seguimento e vigilância eletrónica, incluindo a interceção de comunicações, agente infiltrado, regime das escutas telefónicas e Lei do Cibercrime. Pelo que, a utilização dos *drones* tratando-se de um tipo específico de atividade probatória, mais intrusivo que os tradicionais, esbarra frequentemente com os limites do direito à privacidade ou outros DF dos visados suspeitos, daí, se enquadrem na perfeição nestas técnicas especiais de investigação que pela sua natureza dissimulada, confidencial, ou até secreta, é desenvolvida com a finalidade de recolha de prova.

Desta forma, o uso de técnicas especiais de investigação, torna imperativo que estejam estritamente confinadas aos princípios do primado do direito e da legitimidade democrática com estrita observância das leis, uma vez que, estes aparelhos aliados às suas enormes capacidades, podem ser usados na investigação criminal como meios de obtenção de prova. Assim, só poderá ser aceite a sua utilização, com a redação de uma lei própria, autónoma, com um desenvolvimento adequado à restrição de DLG, de conteúdo mais intensivo, onde se preveja o seu uso e se exija consistência e onde seja evidenciada a necessidade fundamental da sua utilização pela dificuldade de prosseguir a investigação com recurso a outros meios. Acresce também as exigências de proporcionalidade, necessidade, adequação que convocam especialmente a subsidiariedade como *ultima ratio*, portanto, a caixa de pandora não é a quimera²³⁵ para os *drones*, visto que, esta lei não é suficiente e mesmo que se entendesse proceder à sua alteração, seria um remendo a uma lei com graves problemas de conteúdo. Recordamos que estes aparelhos iriam

²³⁴ O texto da *Convenção de Palermo*, designadamente nos artigos 20.º e 26.º exorta os Estados-Partes a adotarem medidas para intensificar a cooperação através da implementação e aplicação de medidas de diferente índole, comtemplando expressamente no seu texto a aplicação das denominadas técnicas especiais de investigação criminal.

²³⁵ No sentido de ser uma figura mística caracterizada por uma aparência híbrida.

sempre atingir mais DF do que aqueles que queremos, logo, só um diploma direcionado para esta possibilidade, mais pormenorizado, detalhado e com uma estrutura legislativa, que prevesse pressupostos e requisitos bem definidos, bem como a forma de controle e autenticação nas suas operações de *voe* em processos de investigação criminal. Não deixa de ser curioso que esta possibilidade atualmente encontra-se mais próxima da *intelligence* do que da investigação criminal – perspectiva OPC, MP e JIC, e daí, estar geralmente assumida como fator de segurança.

À luz do exposto a lei 5/2002 de 11 de janeiro, designadamente, o capítulo referente a *Outros Meios de Produção de Prova*, não pode servir de justificação para a utilização de *drones* como meios ocultos de obtenção de prova. O ponto de partida é precisamente o princípio da legalidade como expressão de garantia de determinabilidade do sentido e alcance de normas restritivas de DLG e o encorajamento dado através do Direito Internacional para que os Estados-Parte²³⁶ implementassem as denominadas técnicas especiais de investigação.

A par com outros regimes onde se utilizam técnicas especiais de investigação, o regime das escutas telefónicas, constitui o paradigma para outros métodos²³⁷. Pode afirmar-se que o sentido e o alcance de um regime legal de um método intensamente lesivo de DLG depende da expressa e prévia permissão legal, mas não de uma qualquer lei, como o demonstrou a evolução do regime das escutas.

Parece evidente que, neste caso, só com um regime com um nível de minúcia e pormenor, com a devida adequação à restrição de DLG e de conteúdo mais intensivo, paralelamente aos regimes que se encontram em vigor no que respeita a técnicas especiais de investigação, que fosse fornecido um quadro legislativo, proactivo, que dirimisse qualquer dúvida na aplicação dos princípios e requisitos para a utilização de *drones* como métodos ocultos de obtenção de prova, dando desta forma cumprimento a um comando

²³⁶ Portugal aderiu à Convenção de Palermo, Aprovação pela Resolução n.º 32/2004 da Assembleia da República e ratificação pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 2 de abril.

²³⁷ “ *O paradigma decorre de imposição legal. Por exemplo, e ainda dentro do CPP, é o que sucede com a extensão do regime das escutas para outros métodos por via da remissão prevista no art. 189.º do CPP. E mesmo fora da sistemática do CPP, continua a constituir o paradigma ainda que aparentemente muito subsidiário, como sucede com a remissão do art. 6.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Um paradigma que por vezes não tem arrimo nas particularidades de cada método, que não raramente mais se distanciam do que se aproximam, com exigido pela lei, da escuta.*” Cfr. CAIRES, João Gouveia de – Métodos ocultos na criminalidade económico-financeira: entre a (a)tipicidade e a acumulação. *Julgat* N.º38. Mai-Ago 2019. pp. 53.

de certeza e segurança jurídica que a reserva de lei, prévia, expressa e estrita deve respeitar em matérias de restrições intensas de DF, *máxime* de DLG.

4.12 Lei 5/2002 de 11 de janeiro versus Regime das Escutas Telefónicas do CPP

A CRP garante, nos termos do n.º 1 do art.º 26, os direitos à imagem e à palavra como direitos fundamentais, a lei ordinária protege-os no CC através dos art.º 70, 79 e 80²³⁸, também tutelados pelos art.º 192, 194 e 199²³⁹, todos do CP, portanto, são direitos de elevado reconhecimento e tutela por todo o ordenamento jurídico.

Verificamos que ambos os meios de obtenção de prova ocultos em oposição neste capítulo são, sem dúvida, os meios de obtenção de prova mais devassadores dos direitos fundamentais das pessoas. MANUEL DA COSTA ANDRADE²⁴⁰ frisa que os danos são imprevisíveis e lesam sempre mais bens jurídicos do que aqueles que se pretendem lesar²⁴¹, portanto, são ambos direitos de grande impacto intrusivo.

Constatamos, porém, que os meios de obtenção de prova ocultos em análise, são, em nossa opinião, meios de obtenção de prova imensamente gravosos. No entanto, o Regime das Escutas Telefónicas, apenas considera as hipóteses relativas ao telefone ou meios técnicos similares e possui pressupostos ou requisitos de admissibilidade mais exigentes do que a Lei 5/2002, de 11 de janeiro²⁴². Nesta última, estamos perante uma ampliação da técnica de investigação, baseada no conteúdo da epígrafe “Outros meios de obtenção de prova”, onde poderá existir a possibilidade, (mera hipótese académica, em face à

²³⁸ art.º 70 “*Tutela geral de personalidade*”; art.º 79 “*Direito à imagem*” e art.º 80 “*Direito à reserva sobre a intimidade*” todos do DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro, CC.

²³⁹ art.º 192 “*Devassa da vida privada*”; art.º 194 “*Violação de correspondência ou de telecomunicações*” e art.º 199 “*Gravações e fotografias ilícitas*” todos do DL n.º 48/95, de 15 de Março, CP.

²⁴⁰ *apud*, GONCALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – A Prova do Crime-Meios Legais para a sua Obtenção, Edições Almedina, 2009, pp.231.

²⁴¹ Também neste sentido *vide* acórdão do TRC, processo n.º 388/17.4JACBR-A.C1, de 10 de janeiro de 2018, relator Inácio Monteiro “*O dano causado à privacidade de um elevado número indeterminado de pessoas, afetadas num direito fundamental, nos termos requeridos é demasiadamente grave e não pode ser ultrapassado, sacrificando o seu direito fundamental da privacidade e inviolabilidade nas telecomunicações em prol da investigação*”.

²⁴² “*Na análise deste regime destaca-se o facto do mesmo constituir um complemento ao regime do CPP (mormente ao regime dos art.º 187 a 189).*” *Cfr.* JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *vide*, PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa – Direito Penal Económico e Financeiro, Conferencias do curso pós-graduado de aperfeiçoamento. 1.ª Ed. Coimbra Editora, Ago. 2012.pp 534.

posição por nós assumida no capítulo anterior) de utilizar *drones* pela permissão da expressão “por qualquer meio” estabelecida no n.º 1 do art.º 6. Ao passo que o Regime das Escutas Telefónicas abrange a interceção, escuta e gravação da palavra em privado dentro e fora do domicílio. O uso de *drones*, (mera hipótese académica) no âmbito da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, possibilita a recolha cumulativa de imagem e voz. Por conseguinte, o Regime das Escutas Telefónicas afeta o direito à palavra, mas também à reserva da intimidade da vida privada e familiar; o uso de *drones* no âmbito da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, afeta o direito à palavra, à imagem e pode ainda atingir o direito à reserva da vida privada, contudo, somente em espaços públicos.

Apuramos, assim, que o Regime das Escutas Telefónicas é um meio oculto de obtenção de prova menos gravoso do que a recolha de prova da lei 5/2002, de 11 de janeiro, todavia, possui pressupostos ou requisitos de admissibilidade mais gravosos. Veremos, então.

Iniciamos por aqueles pressupostos que ambos os regimes têm como semelhantes. A começar, temos, como primeiro pressuposto, a Reserva de Lei, de natureza formal, com efeito os art.º 187 a 189 do CPP e o art.º 6 da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, são sustentados em lei da AR, por exigência constitucional por via do n.º 4 do art.º 34²⁴³ e al. b) do n.º 1 do art.º 165. Como segundo pressuposto, temos a Reserva de Juiz²⁴⁴, onde o n.º 1 do art.º 187 do CPP nos indica todas as formalidades, ou seja, durante o inquérito, a autorização de realização de escutas telefónicas é requerida pelo MP, sujeito a uma decisão judicial, embora o n.º 1 do art.º 6 da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, não seja tão claro quanto às formalidades, indica que o registo de voz e imagens são necessários para a investigação, logo, esta é a fase primígena do inquérito, daí, por analogia e por maioria de razão sejam respeitadas no todo as formalidades do n.º 1 do art.º 187 do CPP.

A Proporcionalidade aparece como o terceiro pressuposto, em todos os seus corolários, isto é, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*. O princípio da

²⁴³ *cf.* AGUILAR, Francisco – Notas reflexivas sobre o regime das escutas telefónicas no Código de processo penal português. In O Direito ano 148, III. Ed. Almedina, Lisboa, 2016. Depósito legal 229122/05. p. 561-562 “(...) pois que o seu conteúdo não deve exceder o âmbito da perseguição criminal (tipicidade temática ou reserva temática), como flui da parte final do n.º 4 do art.º 34 da Constituição”.

²⁴⁴ FRANCISCO AGUILAR refere “(...) como resulta do n.º 4 do art.º 3 da CRP em termos que facilmente se compreendem, na medida em que se trata de uma intromissão significativa na esfera da privacidade alheia, (...)” *Ibidem*, pp. 563, também, GONCALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – A Prova do Crime-Meios Legais para a sua Obtenção, Edições Almedina, 2009, pp.233 frisa que “ (...) é da competência exclusiva, a qual não pode ser delegada al. e) do n.º 1 do art.º 269 do CPP”.

adequação²⁴⁵, considerando-se o n.º 2 do art.º 18 da CRP, devendo a restrição de direitos fundamentais, em concreto a restrição dos direitos à imagem e à palavra, ser a necessária, e somente essa, para tutelar outros interesses constitucionais, como o da segurança e de uma justiça penal eficaz. O princípio da necessidade, que deve acatar aos princípios da excecionalidade e da subsidiariedade, o que significa que não se deverá recorrer a estes meios de obtenção de prova, quando as diligências para a descoberta da verdade sejam possíveis de obter, com a mesma eficácia, através de outros meios de obtenção de prova menos gravosos²⁴⁶.

Por último, a proporcionalidade, *stricto sensu*, proíbe que estes meios de obtenção de prova não se relevem desproporcionais, de tal modo que se conclua que a gravidade da intromissão é desproporcional face ao peso das razões investigatórias.

FRANCISCO AGUILAR²⁴⁷ orienta-nos no sentido que a ponderação do recurso a estes meios de obtenção de prova deve ser da mesma forma proporcional, no que respeita ao universo dos escutados e ao designado crime de catálogo.

No que concerne aos requisitos das categorias das pessoas que podem ser escutadas e filmadas, é aplicado a ambos os regimes o n.º 4 do art.º 187 do CPP²⁴⁸. FRANCISCO AGUILAR²⁴⁹ alerta que, também aqui, o princípio da proporcionalidade e respetivos

²⁴⁵ Acrescenta ainda AGUILAR, Francisco, *op. cit.* pp. 564 que “*Decorre ainda do Principio da adequação duas outras consequências, (...) referimo-nos à idoneidade ou eficácia do recurso à escuta e aquilo que designamos por principio da especialidade, (...), referente é existência de fortes suspeitas tanto da realização do crime como dos seus agentes (...), respeitantes à proficuidade da escuta no apuramento da verdade do caso em investigação o que implicará que o juízo releve uma potencial relevância de utilização probatória da mesma.*”

²⁴⁶ FRANCISCO AGUILAR Refere que “*(...) o principio da necessidade, (...), aquando da valoração da prova: trata-se, então, de um juízo ex post não devendo as escutas ser valoradas se se revelarem suficientes para a prova dos factos respetivos outros meios de prova menos intrusivos da esfera de privacidade dos escutados.*” *Ibidem*, pp- 564-566.

²⁴⁷ Refere “*A questão da proporcionalidade do recurso às escutas telefónicas, assume, nesta matéria, essencialmente duas grandes dimensões: uma dimensão objetiva, relativa à catalogação dos crimes escutáveis, e uma dimensão subjetiva, atinente à questão respeitante ao universo dos escutados.*” *Ibidem*, pp. 566.

²⁴⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – Comentário ao Código de Processo Penal. Lisboa, 2009, pp. 528. Indica-nos que “*(...) o n.º 4 a 8 do art.º 187 do CPP são analogicamente aplicáveis à recolha de prova do art.º 6, em face da lacuna grave da Lei 5/2002 no tocante a estes aspetos*”. Pois se tal não se apresentasse nestes moldes haveria um conjunto de questões fundamentais que ficariam no âmbito do vazio legislativo, atribuindo ao regime um elevado grau de incerteza e indeterminabilidade, propiciando a prática de eventuais abusos.

²⁴⁹ AGUILAR, Francisco – Notas reflexivas sobre o regime das escutas telefónicas no Código de processo penal português. In O Direito ano 148, III. Ed. Almedina, Lisboa, 2016. Depósito legal 229122/05. pp. 568.

juízos integrantes dos seus corolários se revelariam suficientes para impedir que a escuta pudesse ser autorizada relativamente a uma pessoa sem qualquer tipo de relação, direta ou indireta, com o crime em investigação. Entendemos que é possível haver uma diferença quanto à ponderação deste princípio, já que a lei 5/2002, de 11 de janeiro, reporta à criminalidade organizada, logo, existe sempre a colaboração de terceiros, de tal forma que é compreensível que a ponderação da autorização passe por um crivo menos apertado quanto a juízos de proporcionalidade, devendo abranger normalmente mais escutados do que no Regime das Escutas telefónicas.

Começamos, agora, por comparar as diferenças dos requisitos quanto à catalogação dos crimes escutáveis. A aferição do princípio da proporcionalidade será de igual modo diferente, pois esta avaliação terá de ser tratada cumulativamente face aos requisitos materiais e também estes são claramente diferentes nos dois regimes aqui em oposição. Importa destacar que, embora o requisito dos crimes de catálogo não seja constitucionalmente imposto ao legislador ordinário²⁵⁰, salientamos que a CRP faz, desde logo, uma catalogação de crimes, estabelecida no n.º 3 do art.º 34, a Lei Fundamental impôs uma orientação ao legislador ordinário quanto à restrição de DF nos casos aí previstos, podendo este preceito ser o indicador orientador quanto a este tipo de matérias que, devido às especificidades dos crimes em causa, são sedutores de ofenderem energicamente os DF dos visados.

Precedentemente à análise das diferenças dos crimes de catálogo, vamos examinar os requisitos materiais de ambos²⁵¹ que, por sua vez, também são bastante destintos.

A lei 5/2002 de 11 de janeiro, acolhe o registo de voz e de imagem quando é chamado o crivo da necessidade para a investigação criminal, *máxime*, da criminalidade organizada, eliminando-se, prontamente, outros fins que não a investigação criminal, particularmente, a prevenção. Quanto à necessidade para a investigação criminal, JOÃO GOUVEIA DE CAIRES²⁵² assemelha similarmente o crivo da necessidade à exigência da posição assumida na quebra de segredo, estabelecido no n.º 1 do art.º 2, ou seja, “ (...) *se houver*

²⁵⁰ Posição defendida por FRANCISCO AGUILAR, *ibidem*, pp. 566.

²⁵¹ Embora entendemos que perante estes dois regimes, onde os meios são particularmente vocacionados para o combate à criminalidade organizada ou de difícil investigação.

²⁵² *Cfr.* JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *vide*, PALMA. Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa – Direito Penal Económico e Financeiro, Conferencias do curso pós-graduado de aperfeiçoamento. 1.ª Ed. Coimbra Editora, Ago. 2012. pp 535.

*razões para crer que os respetivos registos de voz e imagem têm interesse para a descoberta da verdade.*²⁵³”. Todavia, afasta-se das exigências o “grande interesse” necessário para efeitos de controlo de contas bancárias e suspensão de movimentos²⁵⁴. Porém, não significa “qualquer interesse”, mas um interesse relevante, ficando a meio caminho entre um interesse e a quase impossibilidade, exigida pela cláusula da imprescindibilidade²⁵⁵. Estes filtros são fundamentais para que não se exagere na real capacidade de eficácia em oposição a outros meios menos gravosos, pois esta noção resulta, justamente, de se tratar de um regime de criminalidade organizada²⁵⁶. Portanto, não se trata de mais um regime, mas de um regime incomum, raro e excepcional, vocacionado para situações que merecem um tratamento diferenciado, pautando-se sempre por critérios de proporcionalidade, adequação e necessidade.

O regime das escutas telefónicas só pode ser autorizado prevendo-se os seguintes critérios: desde que a diligência “é indispensável para a descoberta da verdade”, ou que “a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”, formulação feita a partir do n.º 1 do art.º 187 do CPP. Estes critérios são bem mais apertados do que o crivo “da necessidade para a investigação” da Lei 5/2002, de 11 de janeiro²⁵⁷. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE²⁵⁸ indica-nos que os referidos critérios são apurados em face do conjunto de elementos de prova que existem no momento da prolação da decisão sobre o requerimento do MP. Em regra, não deve ser determinada como primeiro meio de obtenção de prova, logo na abertura do inquérito. Terá de se concluir que esta diligência se revela indispensável para a descoberta da verdade, e sendo a prova muito difícil ou mesmo impossível de obter no âmbito de uma investigação, não pode, perante estas circunstâncias bem como a natureza do crime a investigar, considerar-se desnecessária, desadequada e desproporcionada. Portanto, as razões para a utilização desta diligência

²⁵³ Valendo também, *mutatis mutandis*, parte final do n.º 1 do art.º 2 da Lei 5/2002 de 11 de janeiro.

²⁵⁴ “O controlo de conta bancária ou de conta de pagamento é autorizado ou ordenado, consoante os casos, por despacho do juiz, quando tiver grande interesse para a descoberta da verdade”, n.º 2 do art.º 4 da Lei 5/2002 de 11 de janeiro.

²⁵⁵ “Pressupõe uma ponderação de interesses que deve resultar claramente do despacho judicial que ordenar ou autorizar. (...) Tal ponderação carece de comprovação in casu de um interesse relevante.” Cfr. JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *op. cit.* pp. 535-536. Critério da imprescindibilidade do regime do art.º 157 do CPP.

²⁵⁶ Englobando a criminalidade económico-financeira.

²⁵⁷ Cfr., acórdão do TRL, processo n.º 833/10.OPAMTJ-A.L1-5, de 11 de janeiro 2011, relator Neto de Moura.

²⁵⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – Comentário ao Código de Processo Penal. Lisboa, 2009, pp. 507.

terão de ser objetivas ou suficientemente idóneas para criar uma convicção ao juiz de que não serão excessivas²⁵⁹ relativamente às finalidades para que são produzidas.

Embora os requisitos materiais sejam bastante diferentes, pensamos que o ponto de partida de ambos os regimes passe por uma ponderação desses requisitos, ao nível de serem idóneos para alcançarem o objetivo proposto, serem necessários por não existir outro meio igualmente capaz de atingir esse objetivo e serem menos onerosos para os DF.

Quanto à diferença dos requisitos sobre a catalogação de crimes de ambos os regimes, evidenciamos do lado do Regime das Escutas Telefónicas a enumeração por parte do legislador dos crimes adotando um duplo critério²⁶⁰, a saber: o da gravidade do ilícito-típico e o da danosidade social, estendendo-se ainda, por via do art.º 189 do CPP, embora o legislador, em termos abstratos²⁶¹,tenha respeitado o princípio da proporcionalidade ao limitar a medida dos crimes referidos no n.º 1 do art.º 187 do CPP. FRANCISCO AGUILAR²⁶² alerta que poderão surgir dificuldades em alguns crimes bagatelares cuja validade material seja, ela própria, à luz da dimensão negativa da proporcionalidade em sentido estrito.

Sob outra perspetiva, o catálogo de crimes do n.º 1 do art.º 1 da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, inclui uma restrição²⁶³, quanto a alguns crimes, quando os mesmos tiverem sido cometidos de forma organizada, de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo e diploma. Em

²⁵⁹ Exemplo dado por GONCALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – A Prova do Crime-Meios Legais para a sua Obtenção, Edições Almedina, 2009, pp.234. “(...) *um conhecido suspeito de liderar uma associação criminosa que se dedica à prática de crimes de tráfico internacional de estupefacientes, que se desloca pelas capitais europeias*”.

²⁶⁰ JESUS, Francisco Marcolino – Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal, Edições Almedina, 2015, pp.294.

²⁶¹ *aaud*, FRANCISCO MARCOLINO DE JESUS “*Não basta a gravidade abstrata, expressa na pertinência ao catálogo. Exige-se, para além disso, um juízo concreto da gravidade (traduzida por exemplo, no alarme social provocado, no dano concretamente causado à vítima, nas demais circunstâncias do caso, etc.)*” *op.cit.* pp. 294.

²⁶² AGUILAR, Francisco – Notas reflexivas sobre o regime das escutas telefónicas no Código de processo penal português. In O Direito ano 148, III. Ed. Almedina, Lisboa, 2016. Depósito legal 229122/05. pp. 566-567.

²⁶³ “*No fundo, procede-se a uma redução teleológica do âmbito de aplicação do catálogo de modo a que o mesmo apenas possa abranger as realidades para as quais foi concebido. Para esse efeito tentou-se construir as categorias de criminalidade organizada e criminalidade económico-organizada, que posteriormente servissem de crivo e de legitimação do âmbito de aplicação.*” Cfr. JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *vide*, PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa – Direito Penal Económico e Financeiro, Conferencias do curso pós-graduado de aperfeiçoamento. 1.ª Ed. Coimbra Editora, Ago. 2012.pp 544.

contrapartida, estende-se a aplicação (de parte)²⁶⁴ do diploma em causa aos crimes previstos no catálogo do n.º 1 do art.º 1 da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, nos termos do n.º 3 do art.º 1 do diploma *supra*. Note-se que os dois catálogos não são coincidentes²⁶⁵. Importa ainda salientar o alongamento à Lei do Cibercrime, ao aplicar o regime da perda de instrumentos desta Lei, quando não abrangidos pela al. m) do n.º 1 do art.º 1 da lei em análise. Decisivo é também, o que JOÃO GOUVEIA DE CAIRES²⁶⁶ nos indica quanto às condutas isoladas não integrarem o âmbito de aplicação desta Lei, mas apenas aquelas que justifiquem o respetivo regime, sendo pela *rácio* aquelas que definem algumas condutas constantes do catálogo, ou seja, aquelas que conferem o crivo/critério de legitimação pelo qual todas as condutas têm de passar e ainda se destinam a constituir o critério teleológico.

Finalmente, aos registos obtidos são aplicáveis as formalidades das operações, previstas no art.º 188 do CPP²⁶⁷. Portanto, a duração, o controlo, as restrições, o tratamento, destino e destruição dos registos, em ambos os regimes devem respeito às formalidades do CPP.

Numa tarefa comparativa entre os dois regimes em oposição, os crimes do catálogo do CPP, de acordo com o art.º 187 e os que figuram no registo de voz e de imagem, art.º 1 da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, consideramos que o campo de aplicação das escutas telefónicas é mais vasto, logo, menos apertado²⁶⁸, ainda que na maioria das situações o que verdadeiramente acontece é uma menor precisão quanto à utilização dos conceitos técnicos jurídicos, importando realçar ainda assim que o catálogo da lei avulsa não se encontra contido no catálogo previsto no art.º 187.º do CPP. Apuramos, igualmente, que as diferenças se colocam na circunscrição dos crimes de catálogo que admitem a

²⁶⁴ Contudo, tal extensão apenas opera quanto; i) aos regimes de derrogação/quebra do segredo (bancário e fiscal), de controlo de contas bancárias e de suspensão de movimentos bancários e ao regime de registo de voz e imagem.

²⁶⁵ “Na parte em que os catálogos são coincidentes, a extensão constante no n.º 3 do art.º 1 da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, não tem qualquer aplicação, uma vez que os mesmos crimes já estão abrangidos pelo n.º 1 do art.º 1 daquela Lei. Pelo que se aplicará todos os regimes constantes daquele diploma (incluindo assim o regime da perda de bens a favor do Estado). Porém, quando os catálogos não coincidem, a aplicação dos regimes previstos na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, depende exclusivamente da extensão prevista no n.º 3 do art.º 1 da mesma Lei.” Cfr. JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, op. cit. pp. 460.

²⁶⁶ *Ibidem*, pp. 544.

²⁶⁷ São igualmente requisitos cumulativos como refere Carlos Rodrigues de Almeida, O registo de voz e imagem – Notas ao art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11-01”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económica Financeira, CEJ- Coimbra Editora, 2004, pp.110.

²⁶⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – Comentário ao Código de Processo Penal. Lisboa, 2009, pp. 528.

utilização de um destes meios de obtenção de prova e no grau de importância da sua utilização para a conquista dos fins da investigação²⁶⁹.

Esta batalha entre os pressupostos e requisitos dos regimes em oposição só tem diferenças quanto aos requisitos materiais, por tal, é na fundamentação destes que se deve ser exigente, tendo em conta todos os princípios anteriormente enunciados e nunca extravasar a finalidade de cada um deles.

O recente exemplo que presentemente a investigação criminal procura nestes meios de obtenção de prova, face à grande evolução do *modus operandi* dos ilícitos criminais, impõe determinadas exigências que devem ser comuns a todos os métodos ocultos de investigação, *in casu*, os *drones*. A este propósito, BENJAMIM SILVA RODRIGES²⁷⁰ e DAVID SILVA RAMALHO²⁷¹, entre outros, enumeram os princípios gerais dos métodos ocultos de investigação criminal, designadamente, o princípio da reserva de lei; o princípio da proporcionalidade; o princípio da subsidiariedade e o princípio da reserva de juiz, dos quais concordamos completamente, mas como se foi fundamentado anteriormente, não por qualquer lei e a que existe não se ajusta aos *drones*.

4.13 A Videovigilância

Vamos analisar o regime especial de recolha de prova, nomeadamente, o registo de voz e de imagem da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, onde poderia existir a possibilidade, (mera hipótese académica, em face à posição por nós assumida no capítulo 4.11) de permitir a utilização de *drones* como meio de obtenção de prova, de modo que, decorrendo uma investigação (inquérito) sobre um suspeito e se enquadrar no âmbito de aplicação desta lei, os OPC's pudessem recolher prova (voz, imagem), utilizando *drones*, por ser necessário para aquele tipo de investigação. Destacamos na legislação da videovigilância casos de licitude na obtenção de registos de voz e imagem, empregando o uso de *drones*. Contudo, o uso de *drones* para efeitos probatórios destes registos poderão vir a ser

²⁶⁹ Carlos Rodrigues de Almeida, *op. cit.* pp.373.

²⁷⁰ RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal Tomo II – Bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal, 1.ª ed., 2010, pp. 53-66.

²⁷¹ RAMALHO, David Silva – Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Almedina, Coimbra, 2017, pp. 210-239.

admissíveis? Destarte, a videovigilância não coincide com a Lei 5/2002, de 11 de janeiro, que preside aos processos criminais (investigações).

A tecnologia da videovigilância tem vindo a ser desenvolvida, fruto do aumento da preocupação dos níveis de segurança das pessoas e dos respetivos bens²⁷². Quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem, existem diversos diplomas que antevêm a restrição do direito à imagem e à palavra de pessoas²⁷³, em nome da segurança comunitária, quer privada, quer pública, nos mais distintos eventos sociais (desportivos, culturais e outros). Estes sistemas utilizam-se fora do âmbito de um processo criminal. BENJAMIM SILVA RODRIGUES²⁷⁴ refere que o principal obstáculo deriva da constatação de que a autorização das operações de vigilância ocorre em virtude de razões de segurança pública ou privada, mas nunca com o escopo de investigação criminal, de tal modo que o uso (ilegal) daquelas para outro fim não pode deixar de ser mais um caso de “alienação do fim”, entenda-se com isto, o afastamento do propósito das mesmas.

A Lei n.º 1/2005, de 10 de janeiro, regula a utilização de câmaras de vídeo pelas forças e serviços de segurança²⁷⁵ em locais públicos de utilização comum para registo de imagem e som, nos termos do n.º 1 do art.º 1 do diploma antes citado. Observa-se, desde logo, que o n.º 2 do mesmo artigo e diploma estende a admissibilidade de utilização de câmaras de vídeo a “QUALQUER SISTEMA QUE PERMITA A REALIZAÇÃO DAS GRAVAÇÕES”. Ora, mais uma vez verificamos que a norma interpretada literalmente possibilita a utilização de quaisquer mecanismos - *drones*²⁷⁶, portanto, câmaras portáteis. No entanto, é aplicável legislação própria relativa às forças e serviços de segurança e

²⁷² “O sentimento de insegurança, hoje reclamado pelos cidadãos, conduz a que as forças de segurança se empenhem na reivindicação e na instituição de novos meios de segurança capazes de permitirem uma mentalização global de que existe uma técnica policial eficaz, (...)” cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Teoria Geral do Direito Policial. 2.ª ed. Almedina, Coimbra. pp. 449-450.

²⁷³ Limitador de direitos, liberdades e garantias do cidadão.

²⁷⁴ RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal Tomo II – Bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal, 1.ª ed., 2010, pp. 570.

²⁷⁵ Competência para requerer a utilização de câmaras de vídeo, dirigente máximo, nos termos do n.º 1 do art.º 5 da Lei n.º 1/2005 de 10 de janeiro.

²⁷⁶Notícia dos *drones* PSP. Publico. [Em linha].2013.[Consult.01 Ago. 2019]. Disponível em <https://www.publico.pt/2013/12/11/sociedade/noticia/psp-compra-drones-motas-de-agua-e-um-barco-1615767> e *drones* PSP- Desportivo Recinto. Record. [Em linha].2013.[Consult.01 Ago. 2019]. Disponível em <https://www.record.pt/futebol/futebol-nacional/taca-de-portugal/detalhe/psp-so-utiliza-drone-na-final-se-tiver-parecer-positivo-951346>.

a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro²⁷⁷, contudo, delimitados aos fins²⁷⁸ previstos no n.º 1 do art.º 2 deste diploma, onde se inclui também, a instalação de sistemas de videovigilância (através de instalação de câmaras fixas ou portáteis), no âmbito do desporto²⁷⁹.

Os limites da utilização das câmaras no âmbito da aplicação do diploma em causa, a par com a Lei 5/2002, de 11 de janeiro, regem-se por um elenco de princípios, os blindados, ou seja, ao dever de obediência ao princípio da proporcionalidade *lato sensu* ou da proibição do excesso. O uso da câmara de vídeo deve mostrar-se como o meio concretamente mais adequado à prossecução da manutenção da segurança e ordem pública e da prevenção da prática de crimes, devendo ser exigível e/ou necessária ou indispensável, no sentido mais suave ou menos restritivo que precise de ser utilizado para atingir o fim em vista, tendo em conta a subsidiariedade do meio a usar e só depois de esgotados outros meios menos gravosos para os direitos dos cidadãos, como se retira dos n.º 2 a 7 do art.º 7, conjugados com o art.º 1, 2 e 5 da Lei n.º 1/2005, de 1.º de janeiro. Todavia, existem outros²⁸⁰ Princípios, diferentes dos blindados em ambos os diplomas mencionados *supra*. Importa destacar o princípio da Lealdade²⁸¹ ou da Boa-fé²⁸², isto é, a obrigação de informação de que tal sistema de videovigilância existe, *cfr.* art.º 4 da Lei n.º 1/2005, de 1.º de janeiro e o princípio da Vinculação ao fim a que se destina, daí, a “proibição de alienação do fim”²⁸³, que impõe restrições quanto aos fins a que se destinam

²⁷⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *op. cit.* pp. 469 lembra que “*se estamos no quadro da segurança e ordem pública ou de prevenção criminal na função de vigilância, que urgência justifica o recurso a camaras de vídeo portáteis que não seja para recolha de provas reais e materiais de infrações administrativas e criminais? Quanto a estas últimas, relembre-se que carecem de autorização judicial – CPP e art.º.6 da Lei n.º 5 /2002, de 11 de janeiro*”.

²⁷⁸ Proteção de edifícios e instalações públicos e respetivos acessos; Proteção de instalações com interesse para a defesa e a segurança; Proteção da segurança das pessoas e bens, públicos ou privados, e prevenção da prática de factos qualificados pela lei como crimes, em locais em que exista razoável risco da sua ocorrência; Prevenção e repressão de infrações estradais; Prevenção de atos terroristas; Proteção florestal e deteção de incêndios florestais.

²⁷⁹ Regime Jurídico do Combate à Violência, ao Racismo, à Xenofobia e à Intolerância nos Espectáculos Desportivos, aprovado pela Lei n.º 39/2009, de 30 de julho.

²⁸⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes enumera vários princípios inerentes à utilização das câmaras de vídeo fixas ou portáteis e à atividade de prossecução de segurança e ordem publica *cfr. op. cit.* pp. 474-476.

²⁸¹ *Cfr.* JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *vide*, PALMA. Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa – Direito Penal Económico e Financeiro, Conferencias do curso pós-graduado de aperfeiçoamento. 1.ª Ed. Coimbra Editora, Ago. 2012.pp 526.

²⁸² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *op. cit.* pp. 475.

²⁸³ “*À luz das als. a) a c) do n.º 1 do art.º 2, art.º 7 e 8 e dos demais normativos constantes da Lei n.º 67/98 de 26 de outubro, deve considerar-se que as imagens e sons captados e registados, pelas câmaras de videovigilância, não podem servir, diretamente, para efeitos incriminatórios, muito embora se admitam que possam servir em termos estritos, para o impulso de um processo criminal, em nome do principio da proibição de “alienação do fim” em matéria de captação, tratamento e armazenamento de dados pessoais*

a captação de imagens e sons, no âmbito da videovigilância. Porém, o art.º 8 da Lei n.º 1/2005, de 1º de janeiro, obriga as forças ou serviços de segurança que utilizem videovigilância, para os fins previstos neste diploma, a comunicarem a notícia de qualquer crime²⁸⁴, e, por isso, aqueles, após verificarem a ocorrência de um crime, devem elaborar um auto de notícia. No entanto, ficamos com muitas dúvidas quanto a esta possibilidade ocorrer com a finalidade da prevenção e repressão de infrações estradais²⁸⁵, nos termos da al. d) do n.º 1 do art.º 2, conjugado com a al. d) do n.º 2 do art.º 13, ambos da Lei n.º 1/2005, de 1º de janeiro²⁸⁶. Todavia, essencial é que a finalidade se mantenha fiel e que o sistema não seja desvirtuado, e que os elementos probatórios não tenham por objeto alguém em concreto, como refere JOÃO GOUVEIA DE CAIRES²⁸⁷.

Temos assim um diploma com pressupostos formais (administrativos) e materiais (riscos objetivos) diferentes da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro; no entanto, garantem da mesma forma a legalidade da atividade e os direitos dos cidadãos.

A lei n.º 1/2005, de 1º de janeiro, prevê a possibilidade de utilizar *drones* para captação de imagens e som, no entanto, apenas para os fins estabelecidos pelo art.º 2, ou seja, a utilização de *drones* é uma realidade no que respeita ao auxílio às forças e serviços de segurança em acontecimentos de grandes dimensões, à prevenção da prática de factos qualificados pela lei como crime, porém, nunca a nenhum visado em especial, pois neste caso estariam submetidos ao regime do art.º 6 da lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Contudo,

de natureza imagética ou sonora.” Refere, RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal Tomo II – Bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal, 1.ª ed., 2010, pp. 574.

²⁸⁴ “Quando uma gravação, realizada de acordo com a presente lei, registe a prática de factos com relevância criminal, a força ou serviço de segurança que utilize o sistema elabora auto de notícia, que remete ao Ministério Público juntamente com a fita ou suporte original das imagens e sons, no mais curto prazo possível ou, no máximo, até 72 horas após o conhecimento da prática dos factos.” Cfr. n.º 1 do art.º 8 da Lei 1/2005 de 10 de janeiro.

²⁸⁵ Regulamentado pelo Decreto-lei n.º 207/2005, de 29 de novembro, visa regular o regime especial autorizado pelo artigo 13.º da Lei n.º 1/2005, de 10 de janeiro, na redação decorrente da Lei n.º 39-A/2005, de 29 de julho.

²⁸⁶ “A utilização de imagens e sons constantes das gravações e registos obtidos por meio da videovigilância, autorizada pelo poder executivo e por via administrativa, como prova em processo-crime viola o princípio da jurisdicionalidade de que está imbuído constitucionalmente todos o processo-crime português e, por conseguinte, viola o princípio da tutela jurisdicional dos direitos, liberdades e garantias processuais penais do cidadão, (n.º 1 e 4 do art.º 32 da CRP). Não pode o cidadão ver-se mais despedido desses direitos e garantias processuais no âmbito administrativo preventivo e sancionatório do que no plano criminal.” Refere VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *op. cit.* pp. 494.

²⁸⁷ Cfr. JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *vide*, PALMA. Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa – Direito Penal Económico e Financeiro, Conferências do curso pós-graduado de aperfeiçoamento. 1.ª Ed. Coimbra Editora, ago. 2012. pp 527.

caso aconteça, deve ser lavrado um auto de notícia. Importa realçar ainda, que a captação de som e imagens, através deste diploma legal, é vedada na sua totalidade ao interior de casas ou edifícios habitados e suas dependências, espaços públicos de utilização comum, quando essa captação afronte de forma direta a intimidade das pessoas, ou resulte na gravação de conversas de natureza privada, nos termos do n.º 4, 6 e n.º 7 do art.º 7. Trata-se do reconhecimento expresso da proteção do direito à palavra e à imagem nos locais públicos de utilização comum.

Este diploma que regula as câmaras de vídeo pelas forças e serviços de segurança está cada vez mais a ser um meio eficaz e eficiente na repressão de infrações. Todavia, a continuidade da utilização destes sistemas vai fazer que cada vez mais os cidadãos sejam controlados diariamente, em todos os atos normais do dia-a-dia, ao circularem na via pública, quando vão ao multibanco, ao banco, supermercado, a uma loja de roupa, a um centro comercial, nas gares rodoviárias, ferroviárias e marítimas, nos aeroportos, nas autoestradas, sem qualquer consentimento. Aliado a todo este *big brother*, temos ainda os *drones* que deixam cobertos todos os espaços que, anteriormente, ficavam a céu aberto.

É claro que este diploma legal é o que mais disciplina todos os nossos movimentos²⁸⁸ sem o nosso consentimento, no que concerne à recolha de imagem e som, utilizando câmaras fixas e portáteis, (*drones*), logo, bastante evasivas na devassa da vida privada e na proporcionalidade; contudo não têm visados em especial. Já a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, é utilizada para aquele suspeito/arguido numa investigação e, a serem utilizados *drones* para captação de som e imagens, estes, sem dúvida, serão avassaladores de todos os DF, visto poderem fazer uma vigilância total e permanente do retrato da vida de uma pessoa.

²⁸⁸ A propósito dos sistemas de segurança e vigilância, o Tribunal Constitucional admitiu o uso de sistemas de alarme em estabelecimentos comerciais e residências com gravação de imagem e som por empresas de segurança privadas (Ac. n.º 255/02) e de videovigilância em casinos (Ac. n.º 207/03). Apesar de tais meios poderem de facto representar intromissões na privacidade e restrições à mais elementar liberdade pessoal pela vigilância permanente que impõem, razões validas de segurança (das pessoas e do património) permitem justificar restrições desta índole.

4.14 As gravações de imagem e voz obtidas por particulares utilizando *Drones*

Os *drones* estão ao alcance de qualquer pessoa, no entanto, são utilizados para diferentes fins. Devido às suas características e particularidades, os *drones*, são bastantes úteis para auxiliar em várias missões atribuídas aos agentes do Estado. Porém, tendo os particulares acesso a estes aparelhos, acidentalmente ou até por vontade própria, ao captarem imagens e som (provas ilicitamente obtidas) de um evento ilícito-criminal (v.g. discussão de um casal num jardim público que acaba em violência doméstica), podem estas imagens e som ser utilizadas posteriormente como prova? Vamos abordar a possibilidade inerente à admissibilidade ou inadmissibilidade de valoração de imagens e som, como prova, captadas por particulares, empregando o uso de *drones*.

O ponto de partida passa por clarificar que os particulares não são pessoas ligadas às instâncias formais de controlo²⁸⁹. Estas estão devidamente reconhecidas, tanto na CRP²⁹⁰ como no CPP²⁹¹; no entanto, relativamente à produção de prova, conforme alude TERESA BELEZA²⁹² (já anteriormente referido no capítulo 4.1), pode ser levado a cabo por todos os sujeitos processuais, *in casu*, o assistente²⁹³, v.g. agressão num local público: constitui-se assistente no processo e quer juntar imagens captadas por um *drone*, que na altura do ilícito-criminal estaria a sobrevoar o local, e cujo operador se prestou disponível para lhe ceder as imagens que mostram claramente a agressão a que foi sujeito. Mas, sabemos à partida que a regra para a obtenção de provas é somente através de meios cuja utilização a lei não proíba²⁹⁴.

²⁸⁹ Nessa esteira, GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA afirmam que, nos termos do n.º 1 do art.º 18, in fine, da CRP, os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, entre os quais se inclui a art.º 26 e o n.º 8 do art.º 32, ambos da CRP, vinculam, não só, as entidades públicas, mas também, as entidades privadas, nas suas relações entre si, adquirindo, deste modo, eficácia *erga omnes*, isso é, eficácia real perante todos. *cfr.* CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2007, pp.379-387.

²⁹⁰ Art.º 219 e 272 da CRP, “(...) *incumbe à entidade que acusa, «rectius», o Ministério Público (assistido pelos órgãos de polícia criminal), toda a atividade de obtenção de provas aptas a demonstrar a subsunção de determinada situação factual e concreta numa previsão normativa geral e abstrata.*” *Cfr.* SOARES, PAULO – Meios de Obtenção de Prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia. Edições Almedina. Coimbra. Set. 2014. pp. 95.

²⁹¹ Art.º 1 do CPP.

²⁹² *apud*, SOARES, PAULO, *op. cit.* pp. 96.

²⁹³ Art.º 68 e 69 do CPP, nestes casos o particular tem definida uma posição no Processo Penal e tem a faculdade de poder oferecer prova.

²⁹⁴ n.º 8 do art.º 32 da CRP e art.º 125 e 126 do CPP.

Existe uma clara distinção entre proibições de produção de prova²⁹⁵ (limitação do modo de obtenção de prova) e proibições de valoração de prova (impedem que determinados conhecimentos sejam objetos da sentença). Embora a vinculação dos particulares à proibição de produção de prova seja divergente na doutrina²⁹⁶, repartimos o entendimento de CATIUCE RIBAS BARIN²⁹⁷ em que os particulares não estão diretamente vinculados às regras processuais penais, consagradoras da proibição de produção de prova; porém, nas questões da proibição de valoração da prova²⁹⁸, as regras destinam-se quer aos particulares, quer às instâncias formais.

Sendo assim, é líquido que na ausência de diplomas legais²⁹⁹, que autorizem o uso deste tipo de aparelhos, *drones*, as gravações de som e imagem, tanto realizadas pelos agentes do Estado, como pelos particulares, não poderiam ser valoradas no processo, uma vez que seriam ilícitas, por integrarem a previsão do art.º 199 e 192 do CP e o que resulta do n.º 1 do art.º 167 do CPP. Portanto, a regra é a inadmissibilidade de valoração das gravações obtidas ilicitamente por particulares no processo penal.

A fórmula estipulada no art.º 167 do CPP começa, desde logo, por afastar a ilicitude das gravações feitas ao abrigo do CPP (título III), depois evidencia a escolha do legislador ordinário, por um lado, de recusar a prevalência no interesse punitivo do Estado na ponderação de interesses suscetíveis de justificar a conduta da captação de imagens e som ilícita (art.º 199 do CP), de modo a autorizar a sua valoração no processo penal; por outro, nos casos em que, posto de lado o interesse da investigação estatal, a valoração das

²⁹⁵ “As regras de proibição de produção de prova, servindo à tutela dos direitos fundamentais e perseguindo fins de disciplina, dirigem-se às instâncias formais de controle, designadamente aos investigadores, Ministério Público e juiz de instrução, bem como aos sujeitos processuais e privados que atuam em colaboração com os órgãos persecutórios estatais.” Cfr. CATIUCE RIBAS BARIN, *vide*, Revista de Concorrência e Regulação: a valoração das gravações de áudio produzidas por particulares como prova no processo penal. Almedina Edições. Coimbra. Ano IV, n.º 16, Out-Dez 2013. Pp. 252. No mesmo sentido AGUILAR, Francisco – A Destrinça Tipológica entre prova Defensiva e Prova Ofensiva em Sede de Proibições de Prova em Processo Penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. Ano 28, n.º 2 (maio/agosto 2018), pp.280. “(...) que as proibições de produção de prova, não se dirigindo a particulares, i.e., a terceiros que não estejam a atuar sob direção ou orientação dos órgãos de perseguição criminal, (...)”.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ *Ibidem*, “Consubstanciando a produção de prova atentada aos direitos fundamentais, não poderá ser valorada no processo penal, independentemente de ter sido obtida pelos órgãos estatais de persecução penal ou por particulares”.

²⁹⁹ Os diplomas legais, nomeadamente o CPP e toda a legislação avulsa de processos de natureza penal são dirigidos às entidades formais e competentes para a investigação, e não aos particulares.

gravações e som penalmente ilícitas são necessárias à salvaguarda de bens jurídicos ou direitos constitucionalmente protegidos de outros particulares e, acrescentamos, da própria comunidade³⁰⁰.

A desconstrução da fórmula é fixada em várias teorias³⁰¹. Importa realçar, para o estudo deste trabalho, a teoria que fundamenta a exclusão da responsabilidade penal em relação às gravações feitas (sem consentimento) e às imagens serem captadas contra a vontade, que dogmaticamente encontra apoio nas fronteiras inerentes aos DF (reforço a partir do pensamento vitimo-dogmático³⁰²). Nesse sentido COSTA ANDRADE³⁰³ defende que o comportamento censurável (por ilícito, imoral, descuidadoso, etc...) da vítima das gravações “determinam a perda de dignidade penal e a caducidade da proteção jurídica”. Evidencia-se, de um modo significativo, que os particulares que operam *drones* e que captam imagens de um crime cometido por outrem, possam proteger a sua pessoa e bens ou, até mesmo, proteger bens jurídicos de terceiros. Todavia, para que a utilização das imagens seja lícita nos termos da lei penal é necessário que se percorra na íntegra os elementos do crime³⁰⁴, logo, a verificação de possíveis causas de exclusão da ilicitude³⁰⁵.

Desde de logo, não é ilícita a conduta cuja relevância típica é excluída por outros ramos de direito³⁰⁶, nos termos do n.º 1 do art.º 31 do CP em conjugação com o n.º 2 do art.º 79 do CC³⁰⁷, embora o direito à imagem e à palavra surja automatizado do direito à reserva da vida privada, nos termos do n.º 1 do art.º 26 da CRP, deverá ser integrado na parte final do n.º 8 do art.º 32 da CRP, no sentido de estes direitos fazerem parte integrante do

³⁰⁰ Sentido da maioria da doutrina admitindo a ponderação de interesses nos casos de gravações ilícitas para a salvaguarda de bens jurídicos pessoais como a vida, a integridade física ou a liberdade, *apud* citação 29, *Ibibem*, pp. 253-254.

³⁰¹ *Cfr.* Citações 34, 39 de CATIUCE RIBAS BARIN, referentes a Costa Andrade, *op. cit.* pp 254-255.

³⁰² *Ibidem*, pp. 254.

³⁰³ *Apud*, CATIUCE RIBAS BARIN, *ibidem*, pp. 254-255.

³⁰⁴ Que são: Facto Humano; Tipo; Ilicitude ou Anti juridicidade e Culpabilidade ou Censurabilidade *vide*, SILVA, Germano marques – Direito Penal Português, Parte Geral II Teoria do Crime, Ed. Verbo, 1998. pp. 11-12.

³⁰⁵ “(...) para além das clássicas excludentes (legítima defesa, direito de necessidade, exercício regular de um direito etc.) invocam-se aqui, novas causas, como adequação social, ponderação de bens ou interesses, salvaguarda de interesses legítimos e situação de quase legítima defesa, (...)” sobre este assunto ver CATIUCE RIBAS BARIN, *ibidem*, pp. 254-257.

³⁰⁶ Atentos ao Princípio da unidade da ordem jurídica e ao Princípio da subsidiariedade do direito penal.

³⁰⁷ Exceciona a tutela civil do direito à imagem “Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem 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.”

direito à reserva da vida privada. Deste modo, a prova obtida mediante intromissão do DF à imagem e à palavra só será inválida e, conseqüentemente, não poderá ser valorada em sede de processo penal, se redundar numa abusiva intromissão. Estamos, assim, perante uma proibição relativa de prova, uma vez que, tratando-se de um DF de cariz individual, o mesmo poderá ter de ceder face à necessária proteção de outros bens jurídicos de igual dignidade, desde que se deixe intocado o núcleo essencial da dignidade humana e se obedeça a um critério de estrita necessidade de acordo com o princípio da proporcionalidade. Admitimos, a título excepcional, atendendo aos direitos em conflito, num caso concreto que possa existir razão atendível que justifique a restrição de um DF (imagem/palavra) e, por consequência, torne admissível a valoração processual da prova em questão.

Neste ponto é premente diferenciar entre, a atitude daquele particular que, através de um *drone*, capta e/ou utiliza imagem e som de outrem, para fins arbitrários ou até ilícitos, que não poderá utilizar processualmente as imagens e som como prova, atendendo à ilicitude penal da sua conduta, nos termos do art.º 199 do CP, da conduta daquele particular que capta e/ou utiliza imagem e som, como prova, em processo penal, de modo a prevenir futuras lesões aos seus bens jurídicos ou afastar uma agressão já eternizada. Aqui deverá ceder, quando a prova, carregada para o processo pela vítima do crime que atuou ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, atenta a natureza do crime de gravações e fotografias ilícitas, nos termos do art.º 199 do CP, a utilização das imagens e som esteja coberta por uma justificação bastante, logo, admite a valoração processual quanto a provas que *“não forem ilícitas, nos termos da lei penal”*, de acordo com art.º 167 do CPP³⁰⁸.

À luz do exposto, aparece ainda uma tese da qual não podemos omitir a sua importância dogmática, ou seja, ancorado ao que foi dito, surge ainda a posição defendida por FRANCISCO AGUILAR³⁰⁹, a qual merece toda a atenção, pois indica-nos que qualquer ponderação valorativa da admissibilidade da valoração de uma prova em processo penal

³⁰⁸“(…) a valoração processual das imagens como prova impõe que as mesmas sejam submetidas ao contraditório em sede de audiência e julgamento para que se ateste a autenticidade das mesmas.” Cfr. MARTINS, Milene Viegas – A Admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal. Edição AAFDL. Lisboa. pp. 145.

³⁰⁹ AGUILAR, Francisco – A Destrição Tipológica entre prova Defensiva e Prova Ofensiva em Sede de Proibições de Prova em Processo Penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ISSN 0871-8563. Coimbra. Ano 28, n.º 2 (maio/agosto 2018), p.279-318.

deverá colocar-se de modo muito diverso, consoante esteja em causa uma prova ofensiva (é toda a prova desfavorável ao agente, destinada a obter a sua condenação) ou uma prova defensiva (é toda a prova favorável ao agente, destinada a demonstrar a sua inocência)³¹⁰. Para o autor, a natureza ofensiva da prova tenderá a corresponder a proibição da sua valoração, quanto à natureza defensiva da prova tenderá a corresponder a admissibilidade *rectius*, o comando da sua valoração, portanto deve proceder-se a uma separação entre a ponderação quanto à prova ofensiva e a ponderação quanto à prova defensiva³¹¹. O mesmo autor refere ainda que uma prova que seja, ao mesmo tempo, ofensiva e defensiva, pode, em simultâneo, ser não valorada ofensivamente (caso se verifique uma proibição de prova, *in casu*, ofensiva), mas valorada defensivamente (caso se verifique um comando de valoração, *in casu*, defensivo)³¹².

Este autor partilha da mesma ideia que anteriormente estudamos³¹³, quanto à distinção entre proibições de produção de prova e proibições de valoração de prova. No entanto, o que mais releva é, não a legitimidade da produção de prova, mas a legitimidade da admissibilidade da valoração da prova, ou seja, o problema, nomeadamente, onde a prova seja ofensiva, não pode naturalmente respeitar apenas às instâncias formais de controlo, mas a quem quer que seja (particulares)³¹⁴. Assim, as provas ofensivas obtidas por particulares não podem ter a sua valoração mais facilmente admitida no processo do que as provas obtidas no âmbito da atividade de investigação dos órgãos de perseguição criminal. É que as provas obtidas por particulares não são sinónimo de provas defensivas³¹⁵. Todavia, não há uma necessária linha de continuidade entre a legitimidade de produção e a legitimidade da valoração da prova ofensiva, pois ambas constituem, pelo contrário, peneiras que cumulativamente devem ser aferidas³¹⁶. Logo o crivo da valoração

³¹⁰ AGUILAR, Francisco, *op. cit.* pp. 286-289-291-292-293. O mesmo autor refere também que “(...) *da conjugação centrípeta destas normatividades pode induzir-se, como núcleo da expressão axiológica da natureza do processo penal, i.e., da sua essência, aqueles que designamos por princípio da insuportabilidade da condenação de um inocente e por um princípio da insuportabilidade da condenação para além da culpa. (...) São estes princípios que originam e explicam, respetivamente, um (geral) direito de defesa do arguido e um, entre outros, (específico) direito de defesa probatória do arguido.*”

³¹¹ *Ibidem*, pp. 295.

³¹² Ver exemplo, AGUILAR, Francisco, *op. cit.* pp. 295.

³¹³ Ver *supra* citação 286.

³¹⁴ AGUILAR, Francisco, *op. cit.* pp. 305.

³¹⁵ Ver 1.1, 2.1, Excurso: Ponderação de prova-defensiva, 2.1.1. e 2.1. 1.. *vide*, AGUILAR, Francisco, *op. cit.* pp. 306.

³¹⁶ “(...) *apenas com resposta positiva aos dois sendo legítimo valorar uma prova ofensiva contra o arguido. Chamamos a isto de dupla conforme – (...) de admissibilidade probatória (admissibilidade de produção/obtenção + admissibilidade de valoração) ofensiva.*” Cfr. AGUILAR, Francisco, *op. cit.* pp. 308.

não permite ultrapassar uma eventual ilicitude da produção/obtenção de prova³¹⁷, e, neste contexto, as provas defensivas correspondem tendencialmente, não a uma permissão alternativa, mas antes a um comando de valoração independente³¹⁸, quanto a elas não sendo exigido a dupla conforme de admissibilidade probatória, ao contrário do que deve suceder na prova ofensiva onde esta é imprescindível. Será que a utilização de um *drone* por um particular para recolha de imagem e som ilegalmente autorizada, apesar de não poder legitimamente constituir uma prova ofensiva (proibição de produção de prova e proibição de valoração de prova ofensiva), poderá e deverá consubstanciar uma prova defensiva relativamente a quem fique claro não ter cometido esse crime? Entendemos que a *ratio* do art.º 449 do CPP possa ajudar à compreensão desta tese apresentada por FRANCISCO AGUILAR, da qual seguimos plenamente o seu entendimento.

Os particulares que operem *drones* e que captem imagens e som de ilícitos-criminais (acidentalmente ou propositadamente) e que posteriormente estes venham a servir de prova num processo criminal, não estão vinculados quanto ao modo de obtenção da prova, mas terão de passar pelo exame da sua valoração em sede de julgamento. A regra é a da inadmissibilidade de valoração de gravações (imagens e/ou palavras) obtidas ilicitamente por particulares no processo penal. Porém, a equação estabelecida *in fine* no n.º 1 do art.º 167 do CPP poderá valorar essas provas, designadamente pela verificação de possíveis causas de exclusão de ilicitude.

Não obstante, FRANCISCO AGUILAR³¹⁹ acrescenta ainda uma ponderação valorativa da admissibilidade da valoração de uma prova em processo penal, quando esteja em causa uma prova ofensiva ou uma prova defensiva, que passará por um comando de valoração independente entre a proibição de produção de prova e a proibição de valoração da prova, em que para a prova defensiva não é exigido a dupla conforme de admissibilidade probatória ao contrário que deve suceder na prova ofensiva.

Contudo, mesmo não havendo suporte legislativo quanto à utilização destes aparelhos, ficando a sua admissibilidade ao critério dos poderes discricionários dos magistrados, logo que devidamente fundamentados, é pertinente ficar a pairar no pensamento do leitor

³¹⁷ AGUILAR, Francisco, *op. cit.* pp. 311.

³¹⁸ Proibição de produção de prova e proibições de valoração de prova.

³¹⁹ AGUILAR, Francisco – A Destrição Tipológica entre prova Defensiva e Prova Ofensiva em Sede de Proibições de Prova em Processo Penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ISSN 0871-8563. Coimbra. Ano 28, n.º 2 (maio/agosto 2018), p.279-318.

a ideia que, mesmo que sejam agentes do Estado ou particulares a utilizar *drones* para fins que não seja para investigação³²⁰, e tendo captado imagens e som, possam estes ser utilizadas no limite para inocentar um arguido condenado e, com muitas reservas, ao mesmo tempo condenar um cidadão absolvido. Cremos que, em relação à primeira, não poderá existir dúvidas nenhuma que tais provas possam vir a ser utilizadas,³²¹ até porque o CPP prevê que, em sede de recurso extraordinário³²² de revisão exista esta possibilidade, fazendo todo o sentido da tese elaborada por FRANCISCO AGUILAR³²³, quando refere as diferenças de ponderação quanto à prova ofensiva ou defensiva, realçando o princípio da insuportabilidade da condenação de um inocente e o princípio da insuportabilidade da condenação para além da culpa, que considera ser o ónus universal de apresentação da prova demonstradora da inocência do arguido.

Importa ainda referir, partindo da nossa posição³²⁴ presente no capítulo “*A Caixa de Pandora – Lei 5/2002 de 11 de janeiro*”, que, sendo os *drones* meios ocultos de obtenção de prova, como todos os meios ocultos de obtenção de prova, exigem técnicas especiais de investigação, à semelhança do que sucede com a interceção nas comunicações eletrónicas, ações encobertas, etc. Assim, consideramos que este aparelho de voo, mesmo existindo um diploma que autorize a sua utilização, esta apenas poderá ser contemplada por parte das autoridades e nunca por particulares, uma vez que os meios de obtenção de prova são instrumentos ao serviço das autoridades judiciárias para investigar e recolher

³²⁰ Vimos nos capítulos anteriores que a utilização de *drones* para este fim deixa muitas dúvidas.

³²¹ Não faria nenhum sentido que assim não fosse, por inerência do Princípio de Estado de Direito.

³²² “*Norma excepcional que prevê a quebra do caso julgado e, portanto, uma restrição grave do princípio da segurança jurídica, inerente ao Estado de Direito. Por isso, o elenco das causas do n.º 1 do art.º 449 do CPP é taxativo v. g. Falsidade dos meios de prova; Novos meios de prova e Provas proibidas, (...)*” vide, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – Comentário ao Código de Processo Penal. Lisboa, 2007, pp. 1185-1186.

³²³ AGUILAR, Francisco – A Destrinça Tipológica entre prova Defensiva e Prova Ofensiva em Sede de Proibições de Prova em Processo Penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ISSN 0871-8563. Coimbra. Ano 28, n.º 2 (maio/agosto 2018), pp. 314.

³²⁴ Assumida neste capítulo por não aceitar a Lei 5/2002, de 11 de janeiro, se estenda o uso de *drones* para aqueles fins, visto ser uma lei que restringe DF e a utilização de meios ocultos e técnicas especiais de investigação obrigue à existência de uma legislação própria a par de todas aquelas que existem quando é utilizado este tipo de técnicas totalmente devassadoras dos DF dos cidadão, (v.g. Escutas Telefónicas, ações encobertas, entregas controladas, lei do cibercrime, etc...).

meios de prova³²⁵. Daí, só ser admissível a sua utilização quando está pendente um processo crime, ou desde que já tenha havido queixa ou participação criminal.³²⁶

4.15 A Realidade dos *Drones* noutros Países

O propósito deste capítulo não é fazer uma análise de direito comparado, mas sim o testemunho da utilização dos *drones* noutros países, reconhecendo que, no futuro, esta realidade está cada vez mais próxima.

Constatamos que não podemos negar a importância das conquistas tecnológicas e, nesse sentido, destacam-se os *drones*, por proporcionarem aos investigadores uma ferramenta que pode ser utilizada como meio de auxílio, no que toca à obtenção de prova (recolha de imagens e som), e, nesse seguimento, existe países que já começaram a adotar esta tecnologia, designadamente o Brasil.

A par com a realidade do nosso país, o uso de *drones* ainda não foi regulamentado por lei no sistema jurídico Brasileiro³²⁷. A ausência de lei que disciplina o uso de *drones* é suprimida, ainda que parcialmente, por atos administrativos³²⁸.

No âmbito penal e na esfera civil, inexistente previsão para tal tipo de prova. Todavia, no Brasil, o uso de *drones* na investigação de crimes ou na produção de provas de danos ambientais é perfeitamente admissível, mesmo sem previsão legal explícita, ou seja, a busca da verdade real não pode prescindir do uso dos *drones* para a prova da verdade real nas ações de natureza ambiental, isto é, no âmbito civil ou no penal, por expressa

³²⁵ O Tribunal da Relação de Guimarães no seu acórdão de 29 de março de 2004, faz esta distinção, citando Antunes Varela e Germano Marques da Silva. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

³²⁶ Em Portugal, apesar de a nossa legislação nada referir de forma expressa, por força da lei constitucional – artigo 34.º n.º4 da CRP, o recurso a estes meios só será admissível na pendência de um processo-crime.

³²⁷ “Até o presente momento inexistem precedentes nos tribunais brasileiros.” Cfr. CAROLINE MENDES; SABRINA KESIKOWSKI E VLADIMIR FEITAS, *vide*, FREITAS, Vladimir Passos; MILKIEWICZ, Larissa – Direito Ambiental: Tecnologia & Impactos Económicos. Editorial Juruá. Porto. 2018, pp. 46.

³²⁸ VLADIMIR FEITAS observa que: “A Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), em 3/5/2017, editou o Regulamento Brasileiro de Aviação Civil Especial (RBAC-E), que trata das exigências de competência da Anac para aeronaves não tripuladas. Mas, como dito no preâmbulo desse ato administrativo, “devem ser observadas as regulamentações de outros entes da administração pública direta e indireta, tais como a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, o Departamento de Controle do Espaço Aéreo – DECEA e o Ministério da Defesa.” *ibidem*, FREITAS, Vladimir Passos; MILKIEWICZ.

permissão do art.º 369 do Código de Processo Civil³²⁹, combinado com o art.º 3 do Código de Processo Penal³³⁰, embora esta permissão nunca possa conflitar com as garantias constitucionais³³¹. Ainda que nos *media*, esteja noticiada a utilização de *drones* pela polícia civil Brasileira, no que respeita a garantir uma investigação mais precisa³³², observamos que este equipamento está a ser empregue para auxiliar, através de reprodução de imagens, numa cena de um determinado crime (registro de vestígios), nos acidentes de trânsito para identificar marcas de travagens e outros detalhes da colisão e nos incêndios. Porém, pode ser usado em investigações em pontos de tráfico de drogas, o que resulta daqui que as filmagens realizadas em locais públicos não violam os direitos constitucionais, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro ao concluir que “*Não é possível considerar que tenha sido irregular a filmagem da operação que culminou com a prisão em flagrante da impetrante, uma vez que foi realizada em via pública, não sendo razoável, portanto, ser acatado o argumento de violação da intimidade*”. Daí existirem autores que referem que “*Os defensores desse posicionamento comparam, ainda, a utilização de drones à de helicópteros tripulados pelas polícias militares e judiciárias. Com essa analogia, concluem que, se não há violação grave da privacidade pela presença de agentes estatais em veículos aéreos, também não haverá violação se os veículos não tripulados forem utilizados*”³³³.

Na mesma tese, é mencionado que, mesmo sem estruturação necessária para a plena utilização de *drones*, a polícia federal já colheu importantes frutos no que concerne a investigações de tráfico internacional de droga e a contrabando de armas³³⁴. Verificamos

³²⁹ Art.º 369 “*As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz*”. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil.

³³⁰ Art.º 3 “*A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*”. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal.

³³¹ Considerações finais de CAROLINE MENDES; SABRINA KESIKOWSKI E VLADIMIR FEITAS, *vide*, FREITAS, Vladimir Passos; MILKIEWICZ, Larissa – Direito Ambiental: Tecnologia & Impactos Económicos. Editorial Juruá. Porto. 2018, pp. 46.

³³² Mariana Damaceno – *Drones da Polícia Civil garantem investigação mais precisa* [Em linha]. 2017. [Consult. 28.ago.2019]. Disponível em <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2017/10/23/drones-da-policia-civil-garntem-investigacao-mais-precisa>.

³³³ Tese em revista científica *cfr.* MAURICIO, Milene; SILVA, Rodrigo Olhiara da; BRUM, Caroline Bussoloto de; BASTOS, Yuri – O uso de *drones* em procedimentos criminais, Revista de Doutrina e Jurisprudência. Brasília. Ano 52 vol. 108 n.º 1, (Jul-Dez 2016), pp.95.

³³⁴ Segundo, MAURICIO, Milene; SILVA, Rodrigo Olhiara da; BRUM, Caroline Bussoloto de; BASTOS, Yuri. *op.cit.* pp.96. referem ainda que “*Um segundo posicionamento para análise da utilização dos drones em*

ainda que existe, como em todo o sistema jurídico mundial, defensores e opositores da sua utilização³³⁵. No entanto, a aquisição de *drones* pela polícia brasileira foi feita com a intenção gestionária de recursos humanos, vigiar áreas propícias ao cometimento de ilícitos penais. Porém, esta utilização será a exceção da exceção, daí ser *mister* a autorização judicial, para que a situação e os requisitos sejam analisados por um magistrado, figura imparcial, de modo a evitar ilegalidades.

Concluimos que a realidade brasileira comunga com a nossa no que toca ao uso de *drones*, ou seja, a alternativa é legislar e assim implementar este avanço tecnológico para auxiliar nas investigações, a fim de evitar abusos aos DLG assegurados constitucionalmente. Para tal, está em discussão no Congresso Nacional o Projeto de lei 16/2015, que busca a regulamentação dos *drones*, principalmente para os órgãos de segurança pública.

Na Europa, o Legislador Espanhol criou, em 2014, o regime jurídico em torno da conceção da aeronave, cujo tamanho tradicionalmente é referido a aeronaves tripuladas e com autorização expressa para a sua utilização ser de acordo com a Convenção de Chicago³³⁶. Este regime tem origem num Real Decreto – Lei³³⁷, publicado no mês de julho de 2014, – Lei 18/2014.

O Real Decreto 1036/2017, de 15 de dezembro, vem modificar o Real Decreto 552/2014, de 27 de junho, e vem estabelecer o regime legal aplicável às aeronaves civis pilotadas por controlo remoto, (RPA-*drones*) bem como as operações e atividades realizadas por estes aparelhos de voo³³⁸. A par com o nosso regime jurídico, o ordenamento jurídico espanhol dispõe de legislação que disciplina as condições de operações aplicáveis a

procedimentos criminais, com visão intermediária, está baseado no reconhecimento da colisão entre direitos constitucionais”.

³³⁵ Vide, A análise da violação da privacidade e da vida privada pelo uso de *drones*, *ibidem*, pp. 94-100.

³³⁶ Em Portugal, a Convenção foi aprovada pelo Decreto-Lei nº 36.158, de 17 de fevereiro de 1947, e ratificada por Carta de Ratificação de 28 de abril de 1948. O art.º 8 da Convenção Internacional da Aviação Civil (Chicago 1944) declara que “As aeronaves suscetíveis de ser comandadas sem piloto só poderão sobrevoar sem piloto o território de um Estado contratante mediante uma autorização especial desse Estado e nas condições estipuladas nessa autorização.”

³³⁷ Atualmente o Real Decreto 1036/2017, de 15 de dezembro, que regulamenta o uso civil de aeronaves pilotadas por controlo remoto e alterando o Decreto Real 552/2014, de 27 de junho, que desenvolve o Regulamento Aéreo e disposições operacionais comuns para serviços e procedimentos de navegação e Decreto Real 57/2002, de 18 de janeiro, que aprova o Regulamento de Tráfego Aéreo.

³³⁸ Art.º 1 do Real Decreto 1036/2017 de 15 de dezembro.

aeronaves civis³³⁹ não tripuladas, no âmbito das suas competências em matéria de acesso e no que concerne a um regime de sanções e infrações administrativas.

Parece claro que existe somente legislação que disciplina o uso destes aparelhos no que respeita ao uso civil dos mesmos. Contudo, é da mesma forma evidente que os *drones* têm um grande eco jurídico nos campos da segurança e na atividade policial e, por isso, a Constituição espanhola³⁴⁰, positivada no art.º 18, confere proteção da privacidade/intimidade pessoal e familiar e limita o uso da tecnologia de informação à reserva e autodeterminação pessoal. Também o art.º 17 da Constituição Espanhola se pode potencializar face à ausência de norma habilitante que imponha limites de utilização destes aparelhos, logo, as imagens e os sons recolhidos com o auxílio de *drones* não se encontram, com efeito, desprotegidos, pelo contrário, gozam de uma proteção constitucional que deve ser salvaguardada e mantida dentro dos limites exigíveis e proporcionais no processo penal.

Todavia, uma publicação online³⁴¹, dá-nos a notícia que os *drones* da Direção Geral de Tráfego de Espanha começam a multar a partir de 01 de agosto de 2019, designadamente as infrações dos automobilistas nas zonas onde o risco de acidente é maior, isto é, onde há um maior trânsito de usuários vulneráveis, como ciclistas, motociclistas e peões. Acrescentam ainda que os *drones* serão utilizados para vigiar e regular o apoio em operações especiais e eventos que justificam um grande movimento nas estradas e apoiar situações de emergência que afetem significativamente o trânsito e a segurança dos utentes na estrada. Deste modo, da imagem da infração captada pelo *drone* é imediatamente notificado o infrator pela Brigada de Trânsito da Guarda Civil Espanhola e, posteriormente, processada pelas autoridades competentes. Porém, quanto aos *drones* poderem multar por outras infrações, especialmente o excesso de velocidade, nada é ainda referido, até porque as imagens produzidas por um *drone* jamais poderiam confirmar este tipo de infração, fazendo prova de tal evento.

³³⁹ De acordo com as als. a) e b) do art.º 3 da Convenção de Chicago de 1944, aplicar-se-á unicamente às aeronaves civis, e não às aeronaves do Estado. Serão consideradas aeronaves do Estado as usadas nos serviços militares, aduaneiros e policiais.

³⁴⁰ A Constituição Espanhola de 1978 é a atual Constituição Espanhola.

³⁴¹ Diário de Notícias “*Se vai de férias a Espanha tenha cuidado com os drones que passam multas*” [Em linha].2019. [Consult.10 Set. 2019]. Disponível em <https://www.dn.pt/mundo/interior/se-vai-de-ferias-a-espanha-tenha-cuidado-com-os-drones-que-passam-multas-11167202.html>.

Reconhecemos que se trata de uma estratégia administrativa de fiscalização e vigilância rodoviária numa determinada época de grande fluxo, onde são utilizados estes instrumentos, cuja finalidade será a de facilitar a redução dos números de sinistralidade rodoviária, nomeadamente no que toca aos ciclistas, motociclistas e aos peões.

Verificamos que o país vizinho, no âmbito processual penal, em nada nos indica que estes aparelhos são usados pelas autoridades com o desígnio de os auxiliar em processos-crime quanto à obtenção de prova. Contudo, eles são utilizados em sede de outras matérias, nunca com o intuito da perseguição criminal, mas sim, como auxílio em situações de emergência médica, fiscalização e vigilância rodoviária, funcionando como complemento dos restantes meios.

Em 2015 a União Europeia a Pedido da Comissão das Liberdades Cívicas da Justiça e dos Assuntos Internos (LIBE)³⁴², efetuou um estudo que recaiu nas implicações da integração da utilização civil³⁴³ de *drones*, no sistema de aviação civil europeu. Este estudo centrou-se, nomeadamente, nos potenciais impactos no direito dos cidadãos à privacidade e à proteção de dados, bem como na segurança e na proteção em geral.

No mesmo estudo, foi delineada uma vasta série de operações efetuadas por operadores comerciais, particulares e pelo Estado. Salientamos aquelas em que o tipo de operador é o Estado. Já neste ensaio foi manifesta a preocupação da comissão (LIBE) em alertar os Estados Membros quanto à necessidade de regulamentação legal do uso de *drones* no que respeita à vigilância, motorização de pessoas, comunicações eletrónicas e proteção civil, designadamente na proteção de infraestruturas contra ameaças e atos ilegais, investigação criminal específica, monitorização de multidões e de eventos públicos, controlo/proteção de fronteiras, deteção de comportamentos anti-sociais e apoio à intervenção policial, geolocalização, interceção de comunicações e de dispositivos eletrónicos e definição de

³⁴² Ottavio MARZOCCHI - Implicações da utilização civil de «drones» para a privacidade e a proteção de dados: Departamento Temático C: Direitos dos Cidadãos e Assuntos Constitucionais Parlamento Europeu [em linha]. Bruxelas. Jun 2015. [Consult. 16 Set. 2019]. Disponível em www.europarl.europa.eu/committees/pt/libe/home.htm.

³⁴³ *Apud*, Ottavio MARZOCCHI *op. cit.* pp.11 Os «drones» tanto podem ser utilizados para fins militares, como para fins civis, de modo que os desenvolvimentos num domínio de atividade afetam ambos os domínios – logo, o desenvolvimento de «tecnologias de reforço», como proposto pela Comissão no quadro das utilizações civis de «drones» através do investimento dos Fundos da UE, também beneficiará forçosamente as utilizações militares de «drones», já que estas aeronaves são fundamentalmente instrumentos de «dupla utilização». Contudo, este estudo oferece exemplos onde o operador é o Estado, daí inclui-se as polícias “fins civis (não militares)”.

perfis, monitorização de infraestruturas, assistência e resposta em caso de catástrofe, no contexto de operações de busca e salvamento, no combate a incêndios, na deteção de perigo e em situações de crise, monitorização dos níveis de poluição e das pescas, monitorização do abate ilegal de árvores, proteção da vida selvagem e verificação da observância da regulamentação relativa à caça, etc.³⁴⁴.

Ao longo da última década, a comissão (LIBE) tem vindo a desenvolver uma política europeia relativa aos *drones*, no que respeita à apresentação de propostas legislativas. Esta comissão destaca que a utilização dos *drones* para fins civis têm de respeitar os DF à vida privada e à proteção de dados. Deparamos que a UE considera a utilização de *drones* no âmbito de certas operações policiais e que, de certa forma, irão auxiliar as autoridades em certas matérias, frisando ainda a possibilidade de empregar estes aparelhos para investigações criminais específicas. Entendemos enquadrar-se naquelas que a própria CRP³⁴⁵ e o CPP³⁴⁶ permitem, ou seja, em casos de terrorismo, tráfico de pessoas, armas e droga, exploração sexual de mulheres e crianças, branqueamento de capitais, corrupção, etc., sujeitando-se à reserva de lei e à reserva de juiz³⁴⁷.

A UE tem vindo a uniformizar, cada vez mais, a utilização de *drones*, particularmente em termos de autorização, proteção e segurança em torno dos riscos para a privacidade e para a proteção de dados. Logo, nestes domínios, os Estados Membros que pela sua Constituição, legislação e regulamentação a nível nacional aplicam a legislação da EU, irão possibilitar o uso destes instrumentos, nomeadamente em algumas atividades policiais.

O futuro dos *drones* na vigilância policial é uma realidade partilhada por quase todos os países. Basta pesquisar pela internet e esta direciona-nos para inúmeras notícias onde se vê que estão a ser utilizados *drones* em várias atividades policiais, desde o outro lado do atlântico, passando pelo velho continente e até ao lado mais distante, a Ásia³⁴⁸,

³⁴⁴ Ottavio MARZOCCHI, *op.cit*, pp.12-13.

³⁴⁵ n.º 3 do art.º 34 da CRP.

³⁴⁶ al. a) do n.º 5 do art.º 174 do CPP:

³⁴⁷ CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2007, pp.542-543.

³⁴⁸ Vide, [Consult. 16Set.2019].Disponívelem<https://www.sabado.pt/mundo/detalhe/drones-e-caes-empenhados-nas-buscas-por-suspeitos-de-homicidios-nocanada>;
<https://www.autodesk.com/redshift/drones-in-police-work-future-crime-fighting/ehttps://pplwar.sapo.pt/informacao/policia-francesa-drones-detetar-infracoes-rodoviaras/>;

designadamente na negociação de reféns, deteção de bombas, pessoas desaparecidas, na vigilância e perseguição criminal, deteção de drogas, análise de cenas de crime, em buscas de suspeitos, monitorização de tráfego rodoviário, deteção de infrações, etc.

Até Portugal comunga das mesmas razões que os restantes países. Também por cá os *drones* são notícia nas publicações online³⁴⁹, relevando que a aquisição destes aparelhos pela Polícia Marítima tem sido uma importante vantagem, no que concerne às investigações criminais em meio aquático, nomeadamente quando a prova se pode degradar ou desaparecer muito rapidamente³⁵⁰. Na prática, o uso de *drones* permite uma recolha da primeira prova e as suas imagens revelam detalhes importantes no caso de um afundamento, situação onde quase nunca se sabe se teve ou não uma causa accidental. Acrescentamos que a utilização destes aparelhos só pode decorrer sob autorização do MP³⁵¹ ficando assim garantida a ponderação da defesa da privacidade e os DLG constitucionalmente protegidos.

Apoiados no que roda no mundo das notícias, é notório verificar os *drones* já fazem partes das ferramentas que auxiliam os OPC no que toca à descoberta de crimes. Todavia, apuramos que, pese embora estes aparelhos já sejam ferramentas utilizadas pelas polícias no auxílio à atividade probatória, os mesmos só são utilizados para auxiliar os OPC nos crimes em curso, ou seja, naqueles em que é necessário a recolha de elementos de prova, mas que o crime já esteja consumado, (e, consoante o caso, depende de autorização judicial ou da sua validação) ou como auxiliares no controlo, defesa e prevenção em diferentes acontecimentos, autorizados por órgãos administrativos. Todavia, existe uma

https://rr.sapo.pt/2019/10/01/mundo/drone-ajuda-a-capturar-fugitivo-que-vivia-escondido-em-gruta-ha-17-anos/noticia/166437/?utm_source=plista.

³⁴⁹ Jornal de Notícias “*Drones já são usados na investigação criminal*” [Em linha].2016. [Consult.17 Set. 2019]. Disponível em <https://www.https://www.jn.pt/justica/interior/drones-ja-sao-usados-na-investigacao-criminal-5340647.html>.

³⁵⁰ Fonte da notícia online, *ibidem*, cita que “*Os drones são utilizados na investigação de afundamentos de embarcações, em particular em terrenos lodosos, no sentido de preservar a prova, elemento essencial durante uma investigação.*”; “*Se tivéssemos que ir diretamente ao local, antes de verificar o posicionamento da embarcação, havia o risco de alterar alguma coisa que poderia ser relevante para o inquérito. Com o drone, há uma primeira abordagem, sem interferir em nada*”; “*uma vez que os mergulhadores forenses constituem "instrumento essencial" para a investigação de incidentes em meio aquático, o drone é também uma forma de "verificar se à volta da embarcação naufragada existe algum risco para os mergulhadores". E, no caso do naufrágio de embarcações de pesca, as redes são uma ameaça para qualquer mergulhador.*”

³⁵¹ O MP pratica atos e assegura os meios de prova necessários, que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidades deles, nos termos do art.º 267 conjugado com o n.º 1 do art.º 262, ambos do CPP.

enorme preocupação da EU em legislar este tipo de matéria, possibilitando o seu uso nas investigações criminais específicas. Uma vez que não existe norma legal que o permita, urge a necessidade de a criar, pois só desta forma se poderá utilizar este aparelho como meio de obtenção de prova na prevenção e nas investigações criminais. Acreditamos que o futuro será este.

4.16 Onde se encaixam verdadeiramente os *Drones*

Nesta perspetiva, é necessário questionar o seguinte: os *drones* atualmente adaptam-se verdadeiramente a um tipo de investigação criminal em especial? Ou adaptam-se verdadeiramente como meio de apoio à atividade preventiva das forças policiais, no processo penal em geral, com a sua utilização em operações de segurança, v.g. eventos desportivos, culturais, visitas de altas entidades, buscas e outros? E da mesma forma, após a notícia de um crime, (*e.g.* homicídio, incêndios e outros cometidos em locais de difícil acesso) podem vir a ser utilizados como meios auxiliares dos OPC's para recolha de prova como prova?

Somos da opinião que os *drones* atualmente se adaptam efetivamente como meio de apoio à atividade preventiva das forças policiais, pois a sua utilização é própria das sociedades modernas, inteiramente tecnológicas. Importa definir o que é prevenção, conceito utilizado pelas leis orgânicas das autoridades policiais portuguesas³⁵², quer ainda pela CRP³⁵³. Na expressão de CUNHA RODRIGUES³⁵⁴, *a prevenção da criminalidade consubstancia uma atividade essencialmente dirigida à remoção de perigos que é típica da Administração Pública e dos órgãos de polícia criminal*. Assim, prevenir é evitar, é desenvolver uma ação com o objetivo de impedir uma atividade delituosa futura³⁵⁵.

³⁵² Lei n.º 63/2007, de 06 de novembro - Lei Orgânica da GNR; DL n.º 275-A/2000, de 09 de novembro, – Lei Orgânica da Polícia Judiciária; Lei n.º 53/2007, de 31 de agosto – Lei Orgânica da PSP; Lei n.º 19/2004, de 20 de maio – Lei da Polícia Municipal; DL n.º 248/95, de 21 de Setembro – Estatuto do Pessoal da Polícia Marítima...

³⁵³ Art.º 272 – Polícia.

³⁵⁴ *Cfr.* Em Nome do Povo, Coimbra Editora, 1999, pp. 184-186, *op. cit.* CARMO, Luis Mota - Regime Jurídico das Ações de Prevenção no Combate à Corrupção e à Criminalidade Económica e Financeira – relatório final da disciplina de processo penal, regida pela Prof. Doutora Maria Fernanda Palma e pelo Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes, Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais 2006/2007. Pp. 5-6.

³⁵⁵ Atuação que se cumpre no âmbito de função de vigilância, *cfr.* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Dos Órgãos de Polícia Criminal – Natureza – Intervenção- Cooperação. Almedina, Coimbra. pp. 103-115.

Segundo CANOTILHO GOMES e MOREIRA VITAL³⁵⁶ em anotação ao n.º 3 do art.º 272 da CRP, a prevenção criminal comporta a função de vigilância e a função de prevenção criminal em sentido estrito, a qual se traduz *na adoção de medidas adequadas para certas infrações de natureza criminal*, medidas essas que visam a proteção de pessoas e bens, a vigilância de indivíduos e de locais suspeitos, sem que se restrinja ou limite o exercício dos DLG do cidadão. No entanto, a eficiência do seu uso na prevenção tende a desvirtuar e a descaracterizar a investigação criminal, enquanto instrumento proveniente do processo penal democrático e de princípios e regras fundamentais de Estados de direito, transformando-o num mero processo instrutório de facto pré-concebido por sistemas de vigilância-*drones* permanentes e globais³⁵⁷, conforme nos indica JOSÉ BRAZ³⁵⁸.

Tal necessidade resulta de uma convergência de mudanças políticas e eventos ocorridos à escala mundial³⁵⁹, que se transformou na Securitização. O Estado estabeleceu uma nova conceção no sistema de segurança interna³⁶⁰, onde é importante salientar que a própria Lei de Segurança Interna nos indica que este tipo de aparelhos, (*drones*), se podem adaptar como meio de apoio à atividade preventiva das forças policiais no processo penal em geral, pois os mesmos são necessariamente úteis aos fins da segurança interna de um país, nomeadamente no atender aos fenómenos do terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada, na sabotagem e na espionagem, na prevenção e reação a

³⁵⁶ CANOTILHO GOMES / MOREIRA VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. reimpressão, Coimbra, 2007, pp. 956-957.

³⁵⁷ Vide, cit. 271 no Capítulo 4.15 A Videovigilância.

³⁵⁸ BRAZ, José – Os perigos da (con) fusão conceitual na securitização/desjudicialização da investigação criminal. Investigação Criminal ciências criminais e forense. Lisboa. N.º 3 (2018), pp. 152.

³⁵⁹ “Os acontecimentos ocorridos em 11 de Setembro de 2001 no EUA, os subseqüentes atos de atrocidade terrorista, as ameaças das armas, drogas, e criminalidade grave, organizada e transnacional, licenciaram medidas extraordinárias e excepcionais”. Apud, MASCARELHAS, Orlando Jorge – Segurança, Política e Polícias. Investigação Criminal ciências criminais e forense. Lisboa. N.º 1 (2011), pp. 15.

³⁶⁰ art.º 1 da Lei n.º 53/2008 de 29 de Agosto que aprova a Lei de Segurança Interna, “1 - A segurança interna é a atividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática. 2 - A atividade de segurança interna exerce-se nos termos da Constituição e da lei, designadamente da lei penal e processual penal, da lei quadro da política criminal, das leis sobre política criminal e das leis orgânicas das forças e dos serviços de segurança. 3 - As medidas previstas na presente lei destinam-se, em especial, a proteger a vida e a integridade das pessoas, a paz pública e a ordem democrática, designadamente contra o terrorismo, a criminalidade violenta ou altamente organizada, a sabotagem e a espionagem, a prevenir e reagir a acidentes graves ou catástrofes, a defender o ambiente e a preservar a saúde pública.”

acidentes graves ou catástrofes, a defender o ambiente e a preservar a saúde pública. Com a utilização de mais um meio tecnológico, *drones*, o termo segurança exprime o objetivo de estar a salvo de ameaças, sendo esta a condição subjetiva de sentimento de segurança e de assegurar garantias. Sobressai também esta ideia da “cultura do risco³⁶¹”; porém, numa sociedade habituada à liberdade, é improvável que muitas pessoas estejam dispostas a pagar este preço pela segurança³⁶². Não menos verdade é que estes fenómenos são também responsáveis pelo crescimento de materiais de segurança, ou seja, de serviços e tecnologia.

Neste contexto da securitização, a prevenção criminal e a dissuasão da criminalidade fazem-se essencialmente com o recurso à tecnologia³⁶³, *in casu*, à videovigilância, onde se podem enquadrar os *drones*³⁶⁴, e, como refere JOSÉ BRAZ³⁶⁵, contribuindo marcadamente para aquilo que no plano da sociologia criminal se designou por sociedade vigiada.

Procura-se desta forma a deteção prematura de anormalidades e de ameaças, recorrendo-se a mecanismos de controlo extremamente eficazes, mas intrusivos e profanadores de DF dos cidadãos, e sabendo que este controlo tem por alvo uma maioria de cidadãos livres, sobre os quais não recai qualquer suspeita da prática de crimes, e, por tal, não estão sujeitos a qualquer restrição judicial de Direitos, faz com que os efeitos da videovigilância sejam controversos e discutíveis, apesar de existir, atualmente, uma aceitação pacífica da sua utilização e eficácia, pelo que se continua a apostar nesta forma de alegada prevenção criminal.

Em virtude disto e, no plano criminal, gerar efeitos cruéis e contaminados, suscetíveis de descaracterizar o modelo processual penal de produção de prova, cria a equação normativa presente no art.º 2, conjugado com o art.º 8 da Lei n.º1/2005, de 10 de janeiro,

³⁶¹ “Significa que os indivíduos são cada vez mais sensíveis às novas ameaças que se encontram no mundo atual e que se multiplicam, sendo estas produzidas pelo próprio Homem, através do uso incontrolado da ciência e da tecnologia, (...)”. Cfr. MASCARELHAS, Orlando Jorge – Segurança, Política e Polícias. Investigação Criminal ciências criminais e forense. Lisboa. N.º 1 (2011), pp. 19.

³⁶² *Op. cit.* MASCARELHAS, Orlando, pp. 15.

³⁶³ Mas nem só também a recolha de informação, vide, BRAZ, José – Os perigos da (con) fusão conceitual na securitização/desjudicialização da investigação criminal. Investigação Criminal ciências criminais e forense. Lisboa. N.º 3 (2018), pp. 153.

³⁶⁴ Cfr. Capítulo 4.15 A Videovigilância, ver essa possibilidade nos termos do n.º 2 do art.º 1 da Lei 1/2005 de 10 de janeiro.

³⁶⁵ *Op. cit.*, BRAZ, José, pp. 154.

ou seja, a informação recolhida em quaisquer dispositivos ocultos, fixos ou móveis (*drones*) de recolha de imagem e som, cobrindo áreas e territórios do espaço público e privado, para fins de prevenção geral, pode a todo o momento ser indiretamente utilizada na investigação de ilícito criminal, fora de qualquer controlo jurisdicional prévio. Contudo partilhamos da posição de JOSÉ BRAZ³⁶⁶, quando refere que parece liminarmente evidente que sistemas de videovigilância autorizados por entidades governamentais e administrativas, as imagens e sons obtidos através deles, não podem ser diretamente utilizadas no plano processual penal como meios de obtenção de prova³⁶⁷, mas sempre que os OPC tomem conhecimento da prática de um crime através destes aparelhos, devem, nos termos do art.º 8 da Lei n.º1/2005, de 10 de janeiro, dar cumprimento ao art.º 243 do CPP e assegurar as medidas cautelares consignadas nos art.º 248 a 253 todos do CPP.

Desta forma, acaba por inverter-se os fins preventivos e dissuasores que se adaptam facilmente no processo penal, para a tradicional investigação criminal, mitigada³⁶⁸ pela comunicação da notícia do crime. Também aqui se pode facilmente levantar questões como a de “conhecimentos fortuitos”, ou seja, o aproveitamento dos fins da prevenção para a investigação de outros crimes. Mas, apesar disso, faremos destas, contas de outro rosário, para um futuro estudo.

Independentemente de este modelo poder inverter as regras do jogo³⁶⁹, entendemos que os *drones* se adaptam, presentemente, como meio de apoio à atividade preventiva das forças policiais no processo penal em geral, visto que a sua utilização é bastante útil

³⁶⁶ Op. cit, BRAZ, José, pp. 157.

³⁶⁷ Cfr. op, cit, BRAZ, José, pp. 157 que nos indica no sentido que “(...) violam os princípios constitucionais da separação de poderes e da jurisdicionalidade do processo penal. Inexistindo autorização judicial nos termos do n.º 2 do art.º 167 e 189 do CPP e respeite as garantias do processo criminal, n.º 8 do art.º 32 da CRP, relativamente a suspeito (s) arguido(s) concreto(s) e individualizado(s), tais elementos não poderão ser licitamente utilizados de per si, sem serem sujeitos a avaliação e escrutínio jurisdicional, tendo por base a análise do conflito de valores em causa”.

³⁶⁸ Cfr. op, cit, BRAZ, José, pp. 158 “Neste contexto, a investigação criminal deixa de ser um conjunto de diligências que nos termos da lei processual penal visam, no essencial, descobrir e recolher provas que permitam confirmar a existência de um crime, a determinação dos seus autores e o apuramento da sua responsabilidade passando a ser, apenas, conjunto de procedimentos operacionais que visam capturar e apresentar em tribunal aqueles que simplesmente caíram na rede da áudio e videovigilância.”

³⁶⁹ Sendo este modelo designado por investigações de “pesca de arrasto” em contraste com a esforçada e requintada investigação de “pesca à linha”. Vide RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal Tomo II – Bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal, 1.ª ed., 2010, pp.581-584.

preventivamente, como também no afastamento do fenómeno criminológico. Veja-se, como anteriormente já foi demonstrado neste estudo, que vários OPC's os utilizam neste campo, designadamente na manutenção da segurança e da ordem pública, na proteção de instalações, pessoas e bens, *v.g.* eventos desportivos, culturais, oficiais, religiosos e visitas de Estado, eventos em massa, catástrofes, buscas e salvamentos, vigilância marítima e fronteiriça, proteção florestal e na prevenção de infrações rodoviárias, atos terroristas e até na prática de factos qualificados por lei como crimes; no entanto, somente em locais em que exista razoável risco da sua ocorrência e, mesmo assim, regendo-se pelo princípio da proporcionalidade, na ponderação casuística na finalidade concreta a que o sistema se destina.

Finalizamos com o entendimento de uma verdadeira aceitação quanto aos *drones* se adaptarem verdadeiramente como meio de apoio à atividade preventiva das forças policiais no processo penal em geral, visto estes serem presentemente utilizados para vários e diferentes desígnios concretos, mas nunca como meios de obtenção de prova direcionados para uma investigação específica a uma determinada pessoa (s) ou suspeito (s).

No que toca aos *drones* se adaptarem verdadeiramente a um tipo de investigação *stricto sensu*, ou seja, no sentido mais estrito da perseguição criminal, relativamente a um suspeito(s) ou arguido(s) em concreto e individualizado(s), ou seja, serem utilizados como meio de obtenção de prova no início de uma investigação direcionada para um tipo de crime, com autorização judicial prévia, sendo a prova a imagem/som, está fora de questão³⁷⁰. Não podem ser usados Drones, no sentido de procura de indícios que indiquem e expliquem e que nos façam compreender *quem, como, quando, onde e porquê* foi cometido o crime *x*. O limite entre a ação de prevenção criminal estrita e a investigação está no início da prática do crime: antes do indício é prevenção, a partir do indício é investigação.

Contudo, podemos recorrer aos *drones* como auxiliares das finalidades da investigação criminal. Veja-se que os OPC's, tomando consciência da evolução tecnológica, procuram encontrar soluções que os auxiliem em determinadas situações, e tendo ao seu dispor, *in casu*, *drones*. Estes dispositivos vão facilitar, em vários momentos, nomeadamente na

³⁷⁰ Reservas estas anteriormente explicadas no capítulo 4.13 A Caixa de Pandora – Lei 5/2002 de 11 de janeiro.

finalidade do inquérito³⁷¹ e no objeto da prova³⁷²; daí que os possam utilizar como auxílio a um evento criminal consumado ou em curso, de tal forma que o *drone* venha a facilitar a recolha de prova, v.g. homicídios, onde o corpo se encontre num local de difícil acesso, afundamento de embarcações com suspeita de ato criminoso, procura de suspeitos barricados, incidentes tático-policiais, etc., e, desta forma, consideramos ser legítima a sua utilização, não no sentido específico para aquele tipo especial de investigação, mas como método adequado à investigação criminal que tem por finalidade reconstruir factos já ocorridos e descobrir quem os produziu.

Por outro lado, temos algo que levanta maior debate e que é defendido em grande parte pelo avanço da civilização e das sociedades, que é o facto do mundo se encontrar em transformação constante³⁷³ em todos os campos, nomeadamente o da tecnologia e comunicação, e onde naturalmente constatamos que o crime já acompanha essa evolução. Existe uma clara ameaça com o surgimento de uma nova dimensão de crime: o crime organizado ou altamente organizado³⁷⁴, onde os criminosos retiram vantagens concedidas pela facilidade dada pelas constantes inovações tecnológicas. INÊS BUEKENHOUT³⁷⁵ refere que estes tipos de crimes movimentam cerca um trilião de dólares por ano. Ora este valor representa uma quantia de tal ordem elevada que pode claramente afetar o equilíbrio da economia mundial, demonstrando ser uma verdadeira ameaça que deve preocupar os Estados, visto ser um fenómeno que pode colocar em dúvida a segurança destes e dos seus cidadãos.

Perante esta nova realidade, surgem limites à investigação criminal, concluindo-se que os métodos tradicionais de investigação se tornam insuficientes. Interessa, desta forma,

³⁷¹ N.º 1 do art.º 262 do CPP “*O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação.*”

³⁷² N.º 1 do art.º 124 do CPP “*Constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis.*”

³⁷³ Sobre este tema *vide* capítulo “Um mundo em transformação” *cfr.* BUEKENHOUT, Inês – A Investigação criminal – Desafios presentes e futuros. Investigação Criminal ciências criminais e forense. Lisboa. N.º 9 (2015), pp. 12.

³⁷⁴ Alíneas i) e m) do art.º 1 do CPP e outras reguladas por lei especial “*as condutas que integram crimes de associação criminosa, tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento*”. “*as condutas que integram os crimes de organizações terroristas, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo*”.

³⁷⁵ *Ibidem*, BUEKENHOUT, Inês,

pensar a possibilidade de futuramente os *drones* se virem a adaptar verdadeiramente a um tipo de investigação. Pese embora, exista no nosso ordenamento jurídico uma Lei³⁷⁶ que assenta neste tipo de criminalidade, todavia, a lei que genericamente haveria não serve, de acordo com os motivos anteriormente exposto no capítulo 4.11.

Os tipos legais de crime associados ao crime altamente organizado são o espelho do mundo em transformação. Falamos da abertura das fronteiras, o desenvolvimento do comércio nacional e internacional legítimo para contrabandear estupefacientes, armas, pessoas e outros³⁷⁷, em que se estabelecem empresas fictícias, para facilitar a lavagem de dinheiro e a fraude fiscal, através do uso da tecnologia, (internet, telemóveis, etc.). Este uso impede a acumulação de evidências físicas de atividade criminosa, reduzindo os meios de prova que possam ser usados pelas autoridades. INÊS BUEKENHOUT³⁷⁸ afirma que o fenómeno criminal aproveitou as facilidades do mundo comunicacional em resposta às mesmas pressões e oportunidades; o crime adaptou a sua estrutura, forma de operar, sofisticação e dimensão. Aproveitando esta retórica, faz sentido os OPC's se ajustarem a esta nova realidade, utilizando também novos meios tecnológicos para os auxiliar neste tipo de investigações, os *drones*.

Este dispositivo permite facilitar a produção de prova³⁷⁹, no que concerne a este tipo de criminalidade, por esta ser muito difícil de combater³⁸⁰. Todavia, a falta de legislação adequada e específica para que os *drones* surjam como uma denominada técnica especial de investigação adaptada a este tipo de investigação criminal faz com que, atualmente, não se adaptem a um tipo de investigação.

³⁷⁶ Lei 5/2002, de 11 de janeiro.

³⁷⁷ “Portugal continental funciona como porta de entrada para a Europa e os Açores e a Madeira como lugar de trânsito de produtos ilícitos. Em particular os criminosos ligados ao tráfico de estupefacientes e à imigração ilegal vêm no país oportunidade para penetrar no velho continente, dado o seu recorte e posição geográfica favoráveis, colocando-o nas mais diversas rotas mundiais”. Vide *Op. cit.* BUEKENHOUT, Inês, pp. 22.

³⁷⁸ *Op. cit.* BUEKENHOUT, Inês, pp. 16.

³⁷⁹ Ver capítulo 1 onde é explicado as capacidades dos *drones* na produção de imagem e som e sua dissimulação.

³⁸⁰ Nestes tipos de crime os líderes não têm contacto direto com o executor, o líder muitas das vezes ocupa lugar de destaque na comunidade, logo a corrupção de autoridades públicas, que torna ainda mais difícil a investigação, outro aspeto que torna a investigação difícil e complexa é a dificuldades de obter relato de testemunhas e o elevado grau de sofisticação que os grupos apresentam, como o uso da internet dificulta a investigação, perseguição, comprovação e punição do crime. Alguns requisitos enumerados *cfr. Op. cit.* BUEKENHOUT, Inês, pp. 18.

As técnicas especiais de investigação criminal³⁸¹ constituem medidas de diferente natureza utilizadas nas investigações de casos complexos, designadamente aquelas que constituem as ações encobertas, a gestão e o controlo de colaboradores, proteção de testemunhas, entregas controladas, seguimento e vigilância eletrónica, incluindo a interceção de comunicações, agente infiltrado, quebra de segredo, registo de voz e imagem. Neste enfoque, são ferramentas sigilosas, usadas sem o conhecimento do suspeito investigado, de modo a propiciar aos OPC o fator surpresa, vindo, desta forma, equilibrar³⁸² a vantagem das ações do crime altamente organizado, onde a clandestinidade e o segredo são cruciais³⁸³.

Todavia, o emprego destes novos meios tecnológicos leva os OPC's a servir-se de métodos cada vez mais intrusivos na esfera da vida privada, já anteriormente estudados. Por isso, é necessária uma especial atenção aos DLG dos cidadãos.

Estas técnicas especiais de investigação criminal advêm da fonte Constitucional, expressa no n.º 3 do art.º 34, onde o legislador constitucional restringe os DLG fundamentais nos casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada. Dado o *modus operandi* destes fenómenos criminológicos, entende-se que sejam aceites e necessárias estas técnicas especiais; no entanto, o uso destas técnicas especiais é apenas permitido em contextos de excecionalidade e quando existirem indícios para tal e a prova não puder ser produzida através de meios convencionais, com a respetiva autorização judicial e com aplicação limitada aos crimes catalogados para o efeito.

Neste ponto, continuamos com o problema que advém há muito neste estudo: presentemente, ainda não existe legislação que habilite o uso de *drones* como meio de

³⁸¹ *Op. cit.* BUEKENHOUT, Inês, pp. 19.

³⁸² O princípio do Contraditório, princípio estrutural do Processo penal, tem expressão no n.º 5 do art.º 32 da Lei Fundamental e por todo o Processo Penal, estabelecendo que qualquer sujeito ou participante processual deve ser ouvido sobre as questões em que for “interessado” ou que o “afetar” e, designadamente, sobre a produção de meios de prova, o Processo Penal é estruturalmente contraditório nos termos do art.º 327 do CPP. *vide*, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – Comentário ao Código de Processo Penal. Lisboa, 2009, pp. 47-48-823.

Por outro lado, a dificuldade da investigação criminal, para além de legislação pouco combativa no que toca a crimes mais gravosos, prende-se ainda com o Código de Processo Penal introduzido em 1988, que, apesar de algumas alterações, continua a pautar por um espírito excessivamente garantístico para o arguido, *vide Op. cit.* BUEKENHOUT, Inês, pp. 23.

³⁸³ LEMOS, Bruno Espiñeira; QUINTIERE, Victor Minervino – Técnicas especiais de investigação criminal no processo penal. pp. 25-29.

obtenção de prova para investigações criminais específicas, pois aquela que existe³⁸⁴, não serve³⁸⁵. Assim, os *drones* só se adaptam verdadeiramente a um tipo específico de investigação quando estiverem devidamente legislados para esse fim, a par com o que atualmente existe para as técnicas especiais de investigação que podem ser utilizadas, associadas à complexidade e à estrutura organizativa de vários crimes. Não obstante, e em resposta a estes fenómenos de crimes, devem levar ao reforço e ao endurecimento das Leis, pois só assim haverá mais cuidado com a obtenção e qualidade da prova, antecipando as atividades criminosas e concedendo estratégias para as combater, constituindo uma prioridade para os Estados. Veja-se o nosso exemplo: Portugal é um ponto privilegiado para a entrada de cocaína e haxixe proveniente da América do Sul e norte de África, essencialmente por via marítima e terrestre. De igual forma aos fluxos migratórios (associados à imigração ilegal) provenientes de África, América Latina e Ásia, o crime económico como o branqueamento de capitais, que é comum a toda a atividade do crime organizado antes referido, e, entre outros mais (tráfico de armas, crimes de cariz sexual com menores, terrorismo, etc.), recorreremos às técnicas especiais de investigação já existentes, que facilitam bastante a investigação destes tipos de crime, mas caso os *drones* já estivessem igualmente legislados, seriam um instrumento de investigação muito sofisticado para a obtenção de prova e seria um bom exemplo para o combate a esta criminalidade tão emaranhada, que exige repressão eficaz, eficiente e persistente, e, ao mesmo tempo a implementação novos meios de obtenção de prova.

Deste jeito, a necessidade de legislação que seja eficaz conta o núcleo restrito de criminalidade é o cerne deste problema. No entanto, mesmo havendo legislação onde se prevê o uso de técnicas especiais de investigação, será, da mesma forma, necessário criar uma lei, tendo em conta este quadro ético-legal bem definido, para não haver questões quanto à indelicadeza destas técnicas especiais de investigação.

Partindo da ideia de INÊS BUEKENHOUT³⁸⁶ em que refere que o crime se especializou, logo, a forma como o combatemos também tem de mudar, através da necessária releitura da investigação criminal, que conjuga eficiência com legalidade. A solução desta tese passa por uma compreensão dos problemas que este tipo de criminalidade provoca, ao

³⁸⁴ Lei 5/2002, de 11 de janeiro.

³⁸⁵ Pelas razões anteriormente explicadas no capítulo 4.13 A Caixa de Pandora – Lei 5/2002 de 11 de janeiro.

³⁸⁶ *Op. cit.* BUEKENHOUT, Inês, pp. 28.

ponto de pôr em causa o Estado que defende a garantia dos direitos dos seus cidadãos, ou seja, uma forma de proteger a tutela penal de todos só será feita pela aplicação, na investigação criminal, de técnicas, métodos e meios especiais, no entanto, com equilíbrio entre o que é útil para aquele tipo de investigação e a intrusão mínima dos DLG fundamentais. Consideramos que, ponderando tudo isto, talvez no futuro se venha a legislar a utilização de *drones* para um tipo de investigação criminal, criando desta forma uma nova técnica especial de investigação, a par com outras já existentes. Porém cabe-nos concluir que atualmente este tipo de aparelhos não se adaptam verdadeiramente a um tipo de investigação pela ausência legislativa que o autorize para este fim, embora se adaptem verdadeiramente como meio de apoio à atividade preventiva das forças policiais no processo penal em geral. A sua utilidade é bastante significativa, no entanto, desta maneira não tem grande interesse para o CPP, na medida em que o processo penal é a sequência de atos juridicamente preordenados e praticados por certas pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo, sobre as respetivas consequências jurídicas e a sua justa aplicação³⁸⁷, sendo através do processo penal que se indagará se foi cometido algum crime, quem o cometeu e a determinação das consequências jurídicas³⁸⁸. O princípio da investigação ou da verdade material, é um dos princípios basilares do processo penal, segundo o qual o tribunal deverá, independentemente do contributo probatório carreado pelos demais sujeitos processuais, investigar os factos sujeitos a julgamento; por seu turno, os meios de obtenção de prova são os instrumentos de que se servem as autoridades judiciais para investigar e recolher meios de prova³⁸⁹, e sendo investigados crimes tecnologicamente sofisticados, só com meios de obtenção de prova próprios e específicos é que se concretizam as finalidades do Processo Penal, nomeadamente, a descoberta da verdade e a realização da justiça.

³⁸⁷ SILVA, Germano Marques – Curso de Processo Penal – I, 4.ª Ed. Editorial Verbo, Lisboa. pp. 15.

³⁸⁸ Finalidade do processo penal – trata-se de punir o culpado e absolver o inocente e, ao mesmo tempo, evitar que um culpado fique impune... *ibidem*, pp. 39-41.

³⁸⁹ *Ibidem*, pp. 223.

5. Considerações Finais

Partimos, desde o início deste estudo, seguros que a utilização de *drones*, como meio de obtenção de prova no Processo Penal, nomeadamente, a serem utilizados como meio oculto de um tipo específico de investigação, são absolutamente ilegítimos, ou seja, proibidos e ilícitos. Porém, e apesar da longa caminhada que percorremos durante estes 18 meses de pesquisa, de estudo profundo e análise, mantemos a nossa convicção inicial e que a mesma seja a correta. Mas na verdade, os *drones* são atualmente utilizados pelos OPC's para outros fins como o da prevenção criminal, daí serem um meio de apoio à atividade preventiva das forças policiais e enquadrarem-se no processo penal em geral. Ou seja, este aparelho, atualmente, é utilizado em atividades de recolha de elementos antes da aquisição da notícia do crime ou após essa aquisição como meio auxiliador de procurar, conservar, detetar, averiguar e examinar o local do crime, portanto como um método “aberto” de investigação criminal³⁹⁰.

No contexto de uma sociedade moderna e futurista, o aparecimento de novas tecnologias e as suas evoluções, causa infindos debates acerca dos seus impactos no Direito. Este entusiasmo em torno da transformação tecnológica, redundando na quase ininteligível capacidade que o legislador possui de poder, ao mesmo tempo, dar respostas que abrangem determinadas situações, deixando assim construções jurídicas ambíguas e preocupações aos doutrinários, por tecerem caminhos diferentes, portanto a solução será sempre a estatuir diplomas próprios e adequadas a estes novos progressos.

Inicialmente os *drones* foram arquitetados para fins militares e atualmente são usados para diversos fins, nomeadamente policiais, sendo, por isso, o equipamento com mais crescimento dentro do sector aeronáutico na atualidade, principalmente devido à sua eficácia. Por este facto, a sua utilização traz vantagens e benefícios enormes para a investigação criminal, designadamente por serem pouco detetáveis, (capacidade de dissimulação, ocultação e camuflagem bastante considerada), sem riscos para os OPC, têm grande eficiência e eficácia na transmissão de dados e de imagens em tempo real, são munidos de câmaras térmicas com imagens claras e com grande capacidade de gravação de vídeos e registo de fotos com elevados detalhes. Mas, na realidade, toda esta tecnologia

³⁹⁰ As diligências probatórias são realizadas com o perfeito conhecimento de todos, como sucede, v.g. no interrogatório do arguido, revistas, buscas, acareação, reconstituição de factos, etc.

está sobretudo associada aos *drones* militares³⁹¹, pois só assim a investigação criminal poderá obter enormes resultados por serem comparados ao “Olho Divino”. Porém, tais equipamentos podem trazer desmedidos malefícios e desvantagens, sendo os pontos negros da utilização dos *drones*, em que ressaltam a violação do direito à imagem, à palavra e à vida privada, da privacidade e da intimidade dos cidadãos. A utilização destes equipamentos é potencialmente lesiva para os direitos Constitucionais, assim como a falta de regulamentação, para fins investigatórios. Foram estes os principais argumentos que impulsionaram este estudo, tendo sido averiguados todos os limites impostos pelo nosso sistema jurídico, quanto à redução e diminuição de DF.

O uso destes equipamentos possibilitaria aos OPC’s de disporem de mais uma ferramenta que iria facilitar e auxiliar na produção da prova, elemento essencial de qualquer processo, ou seja, aqueles factos³⁹² que provados tenham interesse para a decisão a proferir, devendo ser confirmados a partir de meios de prova, *in casu*, imagem e a palavra (som), no entanto, processualmente adquiridos pelos métodos legalmente admissíveis, em total obediência aos princípios Constitucionais³⁹³ e às ordens do Processo Penal³⁹⁴.

Importa realçar que só assim o Direito alcançará uma Justiça legitimada por valores éticos e morais. Lembramos que o Processo Penal tem por fim a realização da Justiça, mas nunca a todo o custo. A Justiça, sendo um valor e um princípio, mas também uma virtude, e para alguns é a máxima virtude, até porque, ao contrário dos demais princípios, tem repercussão nos outros e não apenas na própria pessoa.

O título deste estudo passou pela análise da (I) legitimidade, (utilização como meios de obtenção de prova) no que toca aos sujeitos processuais poderem utilizar *drones* no

³⁹¹ Dai a referência feita no capítulo 1.3 Particularidades e Aptidões dos *drones* no possível “*acordo bilateral entre os Ministério da Justiça e o Ministério da Defesa Nacional, (Força Aérea), para possibilitar o uso de drones militares, uma vez que estes utilizam tecnologia, inteligência e uma engenharia de ponta, sendo estas particularidades bastantes úteis para auxiliar nas investigações criminais, quanto à produção de prova*”.

³⁹² Os “factos juridicamente relevantes” para a existência ou inexistência do crime, cfr. n.º 1 do art.º 124 do CPP.

³⁹³ Alusivos à dignidade da pessoa humana, à integridade pessoal e à intimidade da vida privada e familiar, exclusivos de um Estado de Direito Democrático, art.º 1, 2 e 25, todos da CRP.

³⁹⁴ Princípios relativos à produção de prova: o princípio da publicidade, oralidade, concentração e investigação.

processo penal como meio de obtenção de prova³⁹⁵, e apuramos que a regra passa pela defesa da legalidade, ou seja, é ilegítimo, logo, ilegal a utilização destes aparelhos quando não existe lei que sustente o seu emprego, para aqueles fins, uma vez que aquela que existe³⁹⁶ não é suficiente no que toca à restrição de DLG. No entanto, foi necessário esclarecer quais os limites e as exigências legais do uso de meios de obtenção de prova não previstos na lei e que têm sido utilizados para a realização da justiça.

A fonte constitucional é o antidoto desta patologia, e todos lhe devem obediência, com receção no Princípio de Estado de Direito Democrático (art.ºs 2, 3, 12 e 13 da CRP), à supremacia da Lei e a sujeição de todos aos princípios e regras constitucionais garantem ao cidadão a liberdade, igualdade, segurança e defesa dos DF, ou os *direitos do homem*, reduto sagrado da ordem jurídica *supra* Constitucional, ou seja, os DF são decifrados e integrados de harmonia com a DUDH³⁹⁷, (n.º 2 do art.º 16 da CRP). Neste seguimento, a utilização de *drones*, como meio de obtenção de prova no processo penal, à luz destas fontes, deverá estar expressamente prevista na lei e terá de ser examinada a partir de robustos princípios *supra* Constitucionais³⁹⁸ e interpretados à luz dos diversos Acordos políticos Internacionais e Europeus, designadamente, DUDH, PIDCP, PIDESC, CEDH e CDFUE.

Zarpando com força Constitucional e das Convenções Internacionais, constatamos que o uso de *drones* só poderá ser aceite como meio de obtenção de prova, caso existisse uma lei que admitisse tal possibilidade. Entretanto, verificamos também que existirão sempre lesões aos DF, pois a prova produzida por estes aparelhos, nomeadamente a imagem e a palavra (som), infringem consequentemente a reserva da intimidade da vida privada e familiar, (n.º 1 do art.º 26 da CRP, instruído pelo art.º 8 e 12 da CEDH, art.º 79 e 80 do CC e art.º 190, 192 e 199 todos do CP). Desta forma, a Constituição impõe exigências muito rigorosas quanto ao uso destes meios que colidem com DF.

³⁹⁵ Embora fosse analisado também a (i) legitimidade para promover o processo penal (e as suas restrições), ou seja, a posição do MP e *in casu* do Assistente, vide, capítulos 4 e 4.1 *Drones* e Direito Processual Penal - Problema a Resolver, a (I) legitimidade da Utilização dos *Drones*.

³⁹⁶ Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

³⁹⁷ É o mais sério documento e está no cume da hierarquia da matéria objeto do nosso estudo, quanto aos direitos fundamentais, vide, capítulo 4.3 Direitos Fundamentais.

³⁹⁸ As normas supraconstitucionais são aquelas intocáveis pelas Constituições dos Estados, por dizerem respeito a interesses maiores que os próprios interesses constitucionais e estatais.

A Constituição impõe apertadas regras quanto ao uso de meios, (*in casu drones*), que colidam com DF, v.g. mesmo em casos de situações extremas³⁹⁹. Deste modo, percebemos que a matéria que limita os DF tem como necessário e elementar o Princípio da Legalidade, dissecado na reserva de lei. O exame passa por, de imediato, se percorrerem os art.ºs 16 a 18 da CRP, determinando que a restrição a DF só é feita em casos expressamente previstos na Constituição. Esta protege os direitos da esfera nuclear das pessoas e da sua vida, conforme verificamos também nos art.ºs 26 e 34 da CRP, e a imagem e a palavra têm um conteúdo bastante rígido. A utilização destas novas tecnologias é potencialmente lesiva à imagem e à palavra, portanto, ao direito à intimidade, à vida privada e familiar e, por isso, só com a vontade e o consentimento do seu titular é que se pode gravar/fotografar/utilizar palavras e imagens, ou seja, o direito de impedir o acesso/divulgação a estranhos de informações sobre o foro privado, íntimo e familiar, depende do consentimento do seu titular, salvo nos casos previstos por lei.

A Teoria das Esferas vem desmistificar os limites entre o que é considerado íntimo, privado e social. O melhor exemplo para aferir se as imagens captadas por um *drone* lasca alguma destas esferas é desenhar três esferas, sendo a esfera maior a social, a intermédia a privada e a interior, ou núcleo, a íntima. Deste modo, se as imagens captadas por um *drone* atingirem o interior/núcleo são invioláveis, ou seja, está excluída a possibilidade de obter essas imagens, v.g. um domicílio, bem como todo o espaço compreendido à sua volta. Já no que respeita à esfera privada, admite-se ponderação e juízos de proporcionalidade, tendo em conta o núcleo essencial de cada direito fundamental, mas está excluída, em todos os casos, de uma vigilância exaustiva e permanente, ou seja, o “Big Brother” efetuado por um *drone* e a vigia de todos os comportamentos adotados pelos visados, (pessoais, íntimos, sexuais, sensuais, etc.). Por fim, a esfera social toca indubitavelmente na imagem do visado, logo deve ser obtida de forma que se excluam as outras esferas (sendo essencial distinguir o campo privado e o íntimo), mesmo em locais públicos. Na verdade, os *drones*, com as capacidades tecnológicas que possuem, permitem uma elevada intromissão na intimidade da vida privada e familiar, sendo este último um DF, consignado no n.º 1 do art.º 26 da CRP.

³⁹⁹ “A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, a capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião”. Cfr. n.º 6 do art.º 19 da CRP.

Esta realidade constitucional pode vir a ser reduzida através das restrições a esse mesmo DF. No entanto, o compromisso assumido pela CRP é o mínimo de restrição, de acordo com o n.º 1 e 2 do art.º 18 e o art.º 27, todos da CRP. No que concerne àquelas que dizem respeito à possibilidade de utilizar os *drones* como meios de obtenção de prova, nomeadamente, a imagem e o som (palavra), terá de passar sempre pela resolução de uma ligação estreita e forte do Direito Processo Penal, designadamente, à inviolabilidade do domicílio, correspondência, telecomunicações e todos os outros que se traduzem numa abusiva intromissão da vida privada, nos termos do art.º 34 e n.º 8 do art.º 32, ambos da CRP. Contudo, é no art.º 18 da CRP que encontramos o sensor principal que cria o regime geral das restrições.

A carta magna impõe que os meios de obtenção de prova, quando não autorizados por juiz será sempre abusiva, logo, totalmente proibida e jamais poderá ser utilizada, nos termos do n.º 8 do art.º 32 da CRP. Logo, a prova produzida pela utilização dos *drones*, como a imagem e a palavra (som) interfere consequentemente com a reserva da vida privada e com os DF dos cidadãos, pois não tem o seu respetivo consentimento. No entanto, a constituição impõe regras muito apertadas ao nível da restrição destes direitos e nesse sentido é forçoso respeitar a orientação dada pelo n.º 2 do art.º 18 da CRP (nos casos expressamente previstos na lei – reserva de lei) e pelos pressupostos elencados no art.º 34 da CRP. O raciocínio passa por estabelecer uma comparação entre os *drones* e os meios de comunicação no que toca à associação da natureza de direitos invioláveis e por ambos serem meios ocultos de obtenção de prova. Daí que estes dispositivos, para poderem vir a ser utilizados, terão de respeitar as exigências impostas por lei, designadamente, ponderações de proporcionalidade, reserva de lei e de juiz e intervenção restrita aos processos-crime. Estes são os ingredientes fundamentais para o caminho da legalidade quanto à utilização de *drones*, ou seja, são o ponto de partida para que a prova obtida por *drones* (ou por outros meios ocultos de investigação que interfiram na reserva da intimidade da vida privada) possam a vir a ser admissíveis no Direito Processual Penal.

A par da CRP, o diploma que nos conduz para a fórmula jurídica sobre a admissibilidade da prova é o CPP, dispondo como sentido obrigatório que são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei, conforme o art.º 125 do CPP. A grande maioria dos teóricos elege a liberdade de prova, ou seja, toda a prova tipificada e não tipificada. Porém, somente aquela que não seja proibida por lei. Assim, a prova não tipificada ou atípica é resolvida segundo a seguinte equação jurídica, art.º 125 do CPP (n.º 8 do art.º 32 da CRP

x art.º 126 do CPP) = admissibilidade da prova. Importa realçar que o que se encontra dentro de parêntesis é o pressuposto da nulidade de provas obtidas através dos métodos previstos no n.º 3 do art.º 126 do CPP. É relevante esclarecer que existe a distinção entre a proibição absoluta e relativa de produção de prova, ou seja, são absolutas aquelas que configuram na produção de prova mediante os casos elencados no n.º 2 do art.º 25 e n.º 8 do art.º 32, ambos da CRP e n.º 1 e 2 do art.º 126 do CPP, e são relativas as previstas no n.º 2, 3 e 4 do art.º 34 da CRP e n.º 3 do art.º 126 do CPP. É neste último normativo do CPP, conjugado com o n.º 8 do art.º 32 da CRP, que encontramos o guia quanto à utilização de *drones* como meio de obtenção de prova, isto é, não podem ser utilizados sem o consentimento do respetivo titular e tem de estar ressalvada na lei essa possibilidade, (conjuntamente com todos os outros pressupostos constitucionais).

Interessa referir neste ponto que o meio de prova produzido por um *drone* (imagens/filmagens) diz-se atípico, uma vez que o resultado é feito com um método não tipificado: portanto esta atipicidade, deve incidir nos meios de prova típicos. Já como meio de obtenção de prova, diz-se oculto, pelas suas características de produção e obtenção de prova.

A par com a lei e a doutrina, a jurisprudência é uma fonte que serve para fundamentar decisões, logo, é usual utilizar estas ferramentas para ajudar a encontrar soluções, nomeadamente quando existe vazio legal, conforme é o caso dos *drones*. Auxiliamo-nos na jurisprudência onde é analisada a obtenção de prova através de dispositivos *GPS*, por ser também um meio oculto de investigação, por ter características semelhantes à dos *drones* no que respeita à sua dissimulação e total vigilância e também por ser par, quanto ao vazio legal; porém, as soluções encontradas são bastante díspares entres os magistrados. Estes apoiam-se nos preceitos analisados anteriormente, contudo alguns sustentam a sua legitimidade, invocando a aplicabilidade por analogia, da al. b) do n.º 1 do art.º 187, n.º 2 do art.º 189 e art.º 252-A, todos do CPP. Não nos parece que esta solução seja a mais adequada, tanto para o uso dos dispositivos *GPS*, e muito menos para a utilização de *drones*. Surpreendidos ficamos com a decisão do TRE quanto ao recurso apresentado pelo MP, alegando que não carece de prévia autorização judicial o uso de *GPS*, na fase do inquérito, justificando este facto através da comparação desta tecnologia às tradicionais técnicas de vigilância e seguimentos policiais, (visto não carecer de autorização judicial, [estranha esta comparação]) no entanto, aceite por este tribunal superior).

Creemos que a fundamentação não passará por este tipo de comparações, quando existem normas processuais e constitucionais que nos dão a solução da admissibilidade destes tipos de aparelhos. Foi neste contexto que veio o TRP reprová-la amplamente a decisão do TRE, fundamentando a sua posição fazendo referência a que a localização de suspeitos através de *GPS* está sujeita a autorização judicial, aplicando analogicamente os pressupostos do art.º 187 do CPP, pois não faria sentido que não fosse visto o dispositivo *GPS* tratar de dados sensíveis que dizem respeito à reserva da vida privada, logo, encontram-se no âmbito dos DF. Sem dúvida que acatamos melhor a posição do TRP, embora com reservas quanto ao uso de *drones*, pois desta forma ficará sempre a faltar o pressuposto constitucional e processual penal da reserva de lei, (principal exigência pela extensão e o alcance de violação de DF que estes tipos de aparelhos podem atingir). No entanto, entendendo a aplicação analógica do regime das escutas telefônicas vir a ser aplicado aos *drones*, mas só em casos hipotéticos de intercepção de comunicações entre presentes, sem imagem, situação que nos cria bastantes dúvidas, pois a finalidade da utilização dos *drones* passará sempre pela captação de imagem, logo, fora da extensão oferecida pelo instituto das escutas telefônicas, (art.º 189 do CPP).

O aparecimento da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, é direcionado para o combate de novos fenómenos de criminalidade, distintos dos tradicionais, por isso são utilizados meios especiais e excepcionais, onde eventualmente se poderia ajustar aos *drones*. Este diploma começa por conter os pressupostos exigidos constitucionalmente para a restrição de DF aí descritos, a saber, opera para fazer face a um catálogo de crimes⁴⁰⁰; exige a existência de autorização de um juiz e a necessidade para a investigação da utilização desses meios de obtenção de prova, nos termos dos art.ºs 1 e 6 da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro e art.º 188 do CPP.

A enganadora desobstrução à utilização de *drones*, no âmbito deste diploma, resulta do n.º 1 do art.º 6, ou seja, esta lei permite a recolha/registo de voz e imagem “POR QUALQUER MEIO”, isto é, “POR QUALQUER INSTRUMENTO OU EQUIPAMENTO”. Nota-se, desde logo, uma clara imprecisão, bem diferente do rigor dos conceitos dos meios de obtenção de prova do CPP, e de outros regimes avulsos de meios de obtenção de prova ocultos e/ou técnicas especiais de investigação. Temos uma

⁴⁰⁰ Constituído com base na concretização dos crimes susceptíveis de “gerarem grandes proveitos” e de “forma organizada”, *vide* capítulo 4.12 A Caixa de Pandora – Lei 5/2002 de 11 de Janeiro.

lei que, face às características tecnológicas destes aparelhos, terá obrigatoriamente de ser interpretada restritivamente, face à forte restrição de DF lesados pelo emprego de *drones* como meios de obtenção de prova. Deste modo, a aparente permissão “por qualquer meio”, ou seja, “utilize-se qualquer equipamento”, para o uso de *drones* não serve, uma vez que a sua utilização irá certamente atingir sempre outros DF, sendo desnecessário para o fim do seu desígnio, portanto, normas e diplomas excessivamente lesivos de DLG, devem estar devidamente legisladas a par com outros regimes existentes no nosso ordenamento jurídico⁴⁰¹. Daí, o crivo de todos os diplomas respeitantes a este tipo de matéria e restrições, estar sempre em torno dos princípios e subprincípios do art.º 18 a CRP⁴⁰² e do princípio da reserva relativa de lei formal, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 165 da CRP⁴⁰³.

A Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, a par com o regime das escutas telefónicas, são sem dúvida os regimes que englobam os meios de obtenção de prova mais devassadores dos DF, daí possuírem pressupostos formais semelhantes: a reserva de lei e de juiz e a proporcionalidade em todos os seus corolários. Não obstante, o regime das escutas telefónicas possui pressupostos e requisitos de admissibilidade mais exigentes que a Lei 5/2002, de 11 de janeiro, de tal forma que abrange a interceção (escuta e gravação da palavra) em privado, dentro e fora do domicílio. Já a Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, amplia a técnica de investigação, mas somente em espaços públicos; todavia entendemos ainda assim este diploma ser mais gravoso do que o regime das escutas telefónicas. É nos requisitos materiais que se verificam verdadeiramente as grandes diferenças, nomeadamente aos escutados, à catalogação dos crimes, e à fundamentação para a necessidade da sua utilização. Quanto à investigação, (Lei 5/2002, de 11 de Janeiro) a utilização tem de ser indispensável para a descoberta da verdade ou a prova seria de outra forma impossível ou muito difícil de obter, no regime das escutas telefónicas (n.º 1 do art.º 187 do CPP) a sua utilização tem de ter em conta todos os princípios e sem nunca vazar a finalidade de cada um deles. Observamos que as técnicas especiais de investigação são todas elas assoladoras de DF, daí, estarem corretamente regulamentadas,

⁴⁰¹ Ações encobertas, a gestão e o controlo de colaboradores, entregas controladas, seguimento e vigilância eletrónica, incluindo a interceção de comunicações, agente infiltrado, regime das escutas telefónicas e Lei do Cibercrime.

⁴⁰² Necessidade, Subsidiariedade, Adequação, Proporcional.

⁴⁰³ É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre esta e outras matérias, salvo autorização ao Governo, (...), cfr. n.º 1 do artigo 165.º da CRP.

uma vez que, é a única forma de as tornar indubitavelmente legais e afastarmo-nos de vez da premissa da analogia⁴⁰⁴, embora exista essa possibilidade no CPP, não encontramos razões justificativas que se ajustem aos *drones*, portanto as normas aplicáveis por analogia existentes não servem para a permitir a utilização destes aparelhos.

A Lei da Videovigilância, (Lei n.º 1/2005, de 10 de janeiro) vem da mesma forma que a Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, criar imensas dúvidas quanto à possibilidade da utilização de *drones*, conquanto esteja excluída essa possibilidade no âmbito de um processo criminal e nunca a nenhum visado em especial. Esta dúvida tem origem na premissa do art.º 1 do diploma da Videovigilância, portanto, autoriza qualquer sistema que permita a realização de gravações, tendo o legislador esclarecido que as câmaras de vídeo portáteis entendem-se extensivas a qualquer outro meio tecnológico análogo; ora aqui está a porta de entrada para fundamentações carregadas de justificações jurídicas, mas sempre com opiniões e sentidos opostos, porém, é do conhecimento geral que os *drones* são utilizados no âmbito de vários eventos, mas ao contrário das câmaras fixas, estes são autorizados momentaneamente e/ou para fins específicos.

Claro que ambos os diplomas se regem por regras blindadas (proporcionalidade) e outras próprias aos fins a que se destinam, tais como os pressupostos formais de índole administrativa e os pressupostos materiais que têm a ver com os riscos objetivos. Também a Lei da Videovigilância veda a captação de som e imagens no domicílio e nos espaços públicos, quando afronta de forma direta a intimidade das pessoas. Esta Lei, através dos seus pressupostos formais de índole administrativa, devassa excessivamente e de forma continuada e permanente a vida privada de todos, pois todos os nossos atos diários são registados nos milhares de câmaras instaladas por vários pontos do país, enquanto a Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, devassa a vida somente àqueles que são alvos de perseguição criminal.

Visto que os *drones* estão ao alcance de qualquer pessoa, estes podem ser utilizados para fins diferentes dos operadores do Estado. Os particulares podem acidentalmente captar imagens e som de um ilícito-criminal. Existe doutrina que desvincula as regras processuais penais aos particulares, no que toca à proibição de produção de prova. Contudo as questões de valoração das provas e as regras prendem-se a todos, ainda assim, as regras são: a inadmissibilidade de valoração das gravações obtidas ilicitamente por

⁴⁰⁴ Artigo 4.º do CPP.

particulares no processo penal e os meios de obtenção de prova do CPP e dos diplomas avulsos são direcionados para os agentes do Estado e nunca para os particulares⁴⁰⁵.

A exceção pode ser encontrada na verificação de possíveis causas de exclusão de ilicitude, de acordo com a parte final do n.º 1 do art.º 167 do CPP. Importa realçar o entendimento que a admissibilidade de uma prova em processo penal, passa pela distinção entre a prova ofensiva e a prova defensiva, salientando que para a prova defensiva não é exigida a dupla conforme da admissibilidade probatória, ou seja, um comando de valoração entre a proibição de produção de prova e a produção de valoração de prova.

Em jeito de desfecho destas reflexões, salientamos que o presente e o futuro dos *drones* nas atividades policiais é uma realidade partilhada por quase todos os países do mundo. Contudo existe uma preocupação a nível Europeu de alertar os Estados Membros⁴⁰⁶ quanto às necessidades de regulamentação legal do uso de *drones* em diversas áreas, designadamente na área policial, civil, científica, lúdica, etc. Este é o caminho a seguir, não há volta a dar. Neste quadro, somos da opinião que, atualmente, os *drones* se adaptam ao Processo Penal, visto que a sua utilização é bastante útil numa perspetiva preventiva, como também no afastamento do fenómeno criminológico, mas não é suficiente. Com o surgimento de uma nova dimensão de crimes, (crime organizado ou altamente organizado) onde os criminosos retiram vantagens concedidas pelas facilidades oferecidas pelas constantes inovações tecnológicas, a investigação criminal precisa de maior apoio quanto aos métodos probatórios. Daí existirem diplomas que habilitam o uso de técnicas especiais de investigação; deste modo, e por não existir um diploma que autorize o emprego de *drones*, num tipo específico de investigação criminal, estes, presentemente, não se adaptam verdadeiramente à investigação criminal. Acreditamos ser bem possível que, no futuro, estes aparelhos possam vir a ser enquadrados neste tipo de legislação, de forma a serem adaptados verdadeiramente a um tipo específico de investigação criminal e desta maneira serem um grande benefício para o CPP e só assim servirem na perfeição todas as finalidades do Processo Penal.

⁴⁰⁵ Repare-se que todos os meios de obtenção de prova do CPP e diplomas avulsos pela sua natureza, tecnicidade e finalidade estão vedados aos particulares. Seria absurdo um particular poder fazer Exames, Revistas, Apreensões e Buscas a pessoas e a objetos, Escutas Telefónicas, Ações Encobertas, Registo de Imagem e Som e etc...

⁴⁰⁶ “(...)foi manifesta a preocupação da comissão (LIBE) em alertar os Estados Membros quanto à necessidade de regulamentação legal do uso de *drones*, (...)” vide capítulo 4.17 A realidade dos *drones* noutros países.

6. Conclusões

O ponto de partida deste estudo foi analisar, à luz do contexto jurídico de um verdadeiro Estado de Direito, se existe legitimidade de utilizar *drones* como meios de obtenção de prova no Processo Penal, (investigações criminais) nomeadamente quanto ao respeito pelas garantias dos DF, particularmente o direito à imagem e à reserva da vida privada que encontram os seus limites no Princípio da dignidade humana. É ponto assente que os *drones* utilizados como meios de obtenção de prova no Processo Penal, são ilegítimos, logo, ilegais, por faltar o pressuposto basilar de condição *supra* e *infra* Constitucional, ínsito na Reserva de Lei, em clara obediência, por via do art.º 16 da CRP e dos art.ºs 12 e n.º 2 do art.º 29, ambos da DUDH. Assim, deve prevalecer sempre o Princípio de Estado de Direito, a obediência à lei, no que alude ao que nos impõe a lei, no que diz respeito às restrições de DF, daí que o Estado, ao violar estes direitos, está obrigado a instituir mecanismos legais que impeçam tais violações, como resulta do disposto do n.º 8 do art.º 32 e n.º 4 do art.º 34, com sensores no n.º 2 e 3 do art.º 18, todos da CRP, este último conhecido como regime geral de restrições de DF. O raciocínio, no que respeita à Lei Fundamental, passou por comparar o uso de *drones* ao uso das telecomunicações, no que toca à associação da natureza de direitos invioláveis, dado que ambos violam direitos pessoais semelhantes, (artigo 26.º da CRP), nomeadamente a reserva da intimidade da vida privada. Portanto, o regime de tutela deste DF é o art.º 34 da CRP, o modelo constitucional que admite e tolera o uso de meios ocultos de obtenção de prova, Escutas Telefónicas e *in casu, drones*.

Sendo o Direito Processual Penal um verdadeiro Direito Constitucional, a Reserva de Lei acompanha esta imposição e resulta que a legalidade da prova no processo penal começa por ser detetada como sismógrafo do art.º 125 do CPP. Desta medição resulta que os *drones* como meio oculto de obtenção de prova, produzindo um meio de prova atípico, (imagem/som) não são proibidos por lei, caso respeitem o estabelecido no n.º 8 do art.º 32 da CRP e n.º 3 do art.º 126 do CPP, ou seja, o consentimento do respetivo titular do direito ou nos casos onde a lei preveja a sua utilização. Ora, havendo um vazio legal quanto ao uso de *drones* como meios de obtenção de prova, está excluída esta possibilidade.

Também a jurisprudência dos Tribunais Europeus e Nacionais, (TEDH e TRP)⁴⁰⁷ segue a nossa posição quanto aos meios ocultos de obtenção de prova, que não se encontram regulamentados, pronunciando-se no sentido quanto à utilização de dispositivos *GPS*⁴⁰⁸ na fase do inquérito, o imperativo é de Reserva de Lei.

Encontramos a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro⁴⁰⁹, orientada para o combate de novos fenómenos de criminalidade, distintos dos tradicionais. Deste modo, as autoridades competentes dispõem de meios adequados para a repressão deste tipo de criminalidade, no que concerne ao registo de voz e imagem por qualquer meio, sem o consentimento do visado, nos termos do n.º 1 do art.º 6 do referido diploma.

A expressão “por qualquer meio” é uma falsa solução e não é a “eureka” para a utilização dos *drones* no âmbito desta lei. Estes aparelhos associados às inúmeras características e capacidades que possuem, daí, serem um meio de obtenção de prova oculto imensamente devassador de DF dos visados, produzindo danos imprevistos que lesariam muito mais bens jurídicos do que aqueles que se pretende com a sua utilização lesar, e por causa disto, a norma deve ser interpretada restritivamente, condição *sine qua non* pela Lei Fundamental. Ou seja, meios de obtenção de prova ocultos, muitíssimos penosos para os DLG dos cidadãos só podem ser alvo de restrições nos casos previstos na lei e, a forma como está redigido o n.º 1 do art.º 6 da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, não serve para qualquer tipo de aparelhos, muito menos para os *drones*. A utilização destes aparelhos necessita de um desenvolvimento a nível de conteúdo, nomeadamente: objeto, âmbito de aplicação, requisitos, admissibilidade, formalidades do uso do equipamento, extensão, etc... Por conseguinte só a criação de uma lei própria iria, a par com os demais meios de obtenção de prova ocultos e imensamente gravosos devidamente regulamentados⁴¹⁰ no nosso ordenamento jurídico, legitimar a sua utilização.

Na verdade temos uma lei (reserva de lei) que prevê a reserva de juiz relativamente a determinados crimes (catálogo de crimes) e que prevê que o método de obtenção de prova

⁴⁰⁷ Vetter vs. França de 31-05-2005 e Tribunal da Relação do Porto de 21-03-2013.

⁴⁰⁸ Referência por ser também um meio de obtenção de prova oculto e por ter muitas características semelhantes aos dos *drones*, (dissimulação e controlo de todos os movimentos, etc...).

⁴⁰⁹ Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.

⁴¹⁰ Exemplo disso são os diplomas que regulam alguns dos meios de obtenção de prova ocultos: ações encobertas, a gestão e o controlo de colaboradores, entregas controladas, seguimento e vigilância eletrónica, incluindo a interceção de comunicações, agente infiltrado, regime das escutas telefónicas e Lei do Cibercrime,

(registro de voz e imagem) seja necessário para a investigação, (sinal de subsidiariedade e proporcionalidade em todos os seus corolários) com exigências impostas pela CRP quanto à restrição de DF e pressupostos fundamentais na aplicação dos regimes mais assoladores de DF. Mas esta não serve para legitimar o uso de *drones* naquele contexto. Assim, não nos podemos apoiar em textos legais imprecisos e vagos para atingir os fins e os propósitos do Processo Penal, uma vez que a melhor forma de o fazer é conceber um diploma próprio.

Apesar de não ser legítimo, logo, legal, a utilização de *drones* como meios de obtenção de prova no Processo Penal, a verdade é que eles fazem parte dos apetrechos e são utilizados pelas autoridades policiais com anuência dos magistrados e/ou das autoridades administrativas. Basta aceder a qualquer plataforma de informação e constatar que é verdadeiro, nomeadamente para os fins próprios da videovigilância e particularmente quando exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem, (controlo e vigilância de manifestações, espetáculos desportivos, lúdicos e artísticos de grande dimensões [v.g. rock in Rio, Nos Alive, etc.], visita de altas entidades, incêndios, salvamentos, como ferramenta policial para ajudar a capturar e localizar criminosos e outros assuntos relacionados com recolha de prova em locais de difícil acesso entre outras mais...). Desta maneira, este tipo de instrumentos são muito úteis e adaptam-se no Processo Penal em geral, embora como meio de apoio à atividade preventiva e probatória das forças policiais; porém, não tem grande interesse para o CPP, nomeadamente no que concerne às finalidades do inquérito e bem como no seu todo.

Apesar disso, e com o aparecimento de uma nova sofisticação de crimes, é importante uma rápida intervenção legislativa quanto à epígrafe deste estudo, para que a investigação não fique limitada e para que os *drones* possam vir a ser incluídos nas técnicas especiais de investigação. Estas últimas, sem dúvida, favorecem a previsão da ilicitude, determinam a emanação de provas concludentes e permitem reforçar a observância dos comandos legais e assim preencher o pressuposto em falta de forma a permitir que os *drones* possam vir a ser adaptados verdadeiramente a um tipo específico de investigação criminal e este, sim, com grande interesse para o CPP em especial.

Este é o caminho e não há volta a dar.

Referências Bibliográficas

Bibliografia geral

AGUILAR, Francisco – Notas reflexivas sobre o regime das escutas telefónicas no Código de processo penal português. In O Direito ano 148, III. Ed. Almedina, Lisboa, 2016. Depósito legal 229122/05. p. 559-583.

AGUILAR, Francisco – A Destrinça Tipológica entre prova Defensiva e Prova Ofensiva em Sede de Proibições de Prova em Processo Penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ISSN 0871-8563. Coimbra. Ano 28, n.º 2 (maio/agosto 2018), p.279-318.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 4.^a ed. Atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. ISBN 978-972-54-0295-5.

ALMEIDA, Carlos Rodrigues – O Registo de Voz e de Imagem, Notas ao artigo 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ISSN 0871-8563. Coimbra. Ano 14, n.º 3 (julho/setembro 2004), p.369-379.

ALZORRIZ, Silvia; SOLA, Inês; POLANCO, Maite – El régimen jurídico internacional, europeo y Español de las aeronaves no tripuladas o Drones y su influencia en el mercado, la gestión y el derecho aeronáutico. Aranzadi Doctrinal. Navarra. ISSN 1889-4380. n.º 6, Junho 2015, p. 223 a 254.

ANDRADE, Manuel da Costa, “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 525-551.

ANDRADE, Manuel da Costa, - Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal – observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, in R JL, ano 137, pp .281.

ANÓNIMO - Saga dos Volsungos. Tradução de Théo de Borba Moosburger. São Paulo: Editora Hedra, 2009. ISBN 978-85-7715-112-7.

ANTUNES, Maria João – Direito Processual Penal, 1.^a ed. Almedina, Coimbra, Abr. 2016. ISBN 978-972-40-7350-7.

BALERA, Wagner – Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos. 2.^a ed. Conceito Editorial. São Paulo, 2011. ISBN 978-85-7874-226-3.

BELEZA, Teresa Pizarro - In «A Prova» Apontamentos de Direito Processual Penal, II Volume, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1993. Referência 2396.

BRAZ, José – Investigação Criminal – A organização, o método e a prova – Os Desafios da nova Criminalidade, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013. ISBN 978-972-40-5317-2.

BRAZ, José – Os perigos da (con) fusão conceitual na securitização/desjudicialização da investigação criminal. Investigação Criminal ciências criminais e forense. Lisboa. ISSN 1647-9300. N.º 3 (2018), pp. 146-159.

BUEKENHOUT, Inês – A Investigação criminal – Desafios presentes e futuros. Investigação Criminal ciências criminais e forense. Lisboa. ISSN 1647-9300. N.º 9 (2015), pp. 10-32.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I, 4.^a ed. reimpressão. Coimbra, 2014. ISBN 978-972-32-2286-9.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. II, 4.^a ed. reimpressão. Coimbra, 2014. ISBN 978-972-32-1839-8.

CAIRES, João Gouveia de – Métodos ocultos na criminalidade económico-financeira: entre a (a)tipicidade e a acumulação. Julgar N.º38. Mai-Ago 2019. Ed. Almedina. Coimbra. ISSN 1646-6853. PP. 45-84.

CAROL, Anne; CARRIGUES, Jean; IVEMEL, Martin – Resumo de história do Século XX. Trad. De Germano R. Tinto, 1.^a ed. Paris: Plátano Edições Técnicas, 1997. Título original: Précis D’histoire du XX Siècle. ISBN 972-707-237-2.

CHAMAYOU, Grégoire - Teoria do Drone. ed. Brasileira: Editora Coasac & Naify, Brasil, 2015. Título original: Théorie du drone. ISBN 978-854-05-0871-2.

DIAS, Jorge Figueiredo – Clássicos Jurídicos - Direito Processual Penal, I, 1.^a ed. (1974), Coimbra, Coimbra Editora, 2004. ISBN: 9789723212501.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia – Princípio da Legalidade na Constituição Espanhola. Revista de Direito Público, nº 86, 1988.

FARIA, José Miguel – Direitos Fundamentais e Direitos do Homem. Vol. I, 3.^a ed. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2001. ISBN 972-8630-03-4.

FREITAS, Vladimir Passos; MILKIEWICZ, Larissa – Direito Ambiental: Tecnologia & Impactos Económicos. Editorial Juruá. Porto. 2018. ISBN 978-989-712-472-3.

GASPAR, António da Silva Henriques; CABRAL, José António Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo Maia; MENDES, António Jorge de Oliveira; MADEIRA, António Pereira; GRAÇA, António Pires Henriques – Código de Processo Penal Comentado. Almedina, Coimbra, 2014. ISBN 978-972-40-5232-8.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – A Prova do Crime - Meios Legais para a sua Obtenção, Edições Almedina, Coimbra, 2009. ISBN 978-972-40-3971-8.

GONÇALVES, M. Maia – Código de Processo Penal – Anotado, Legislação Complementar. 13.^a ed. Almedina, Coimbra, 2002. Depósito Legal 181239/02.

GOUVEIA, Bacelar Jorge – Manual de Direito Constitucional. Vol II, 5.^a ed. Almedina. Coimbra. 2013. ISBN 978-972-40-5394-3.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – Textos Fundamentais de Direito Internacional Público. 2.^a ed. Almedina, Coimbra, abr. 2014. ISBN 978-972-40-5584-8.

HOMERO – Odiseia. Trad. Directa do Grego, adaptação em Prosa, Introdução e Notas por Jaime Bruna da Universidade de São Paulo. 2.^a ed. rev. São Paulo: Cultrix, 2013. ISBN 978-85-316-1224-4.

JESUS, Francisco Marcolino – Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal, Edições Almedina, Coimbra, 2015. ISBN 978-972-40-5874-0.

KLAIDMAN, Daniel, - Kill or Capture: The War on Terror and the Soul of the Obama Presidency. United States: Houghton Mifflin, 2012. ISBN 978-054-75-4789-3.

LEMOS, Bruno Espiñeira; QUINTIERE, Victor Minervino – Técnicas especiais de investigação criminal no processo penal. Ed. D'Plácido, Belo Horizonte. 2017. ISBN 978-85-8425-693-8.

MASCARELHAS, Orlando Jorge – Segurança, Política e Polícias. Investigação Criminal ciências criminais e forense. Lisboa. ISSN 1647-9300. N.º 1 (2011), pp. 11-40.

MAURICIO, Milene; SILVA, Rodrigo Olhiara da; BRUM, Caroline Bussoloto de; BASTOS, Yuri – O uso de *drones* em procedimentos criminais, Revista de Doutrina e Jurisprudência. Brasília. Ano 52 vol. 108 n.º 1, (Jul-Dez 2016), ISSN 0101 8868. pp. 89-100.

MENDES, Paulo de Sousa – Lições de Direito Processual Penal, 3.^a Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5205-2.

MESQUITA, Paulo – Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário. Coimbra, Coimbra Editora, 1.^a ed. 2010. ISBN 978-972-32-1842-8.

MINISTÉRIO PÚBLICO, Magistrados do Distrito Judicial do Porto - Código de Processo Penal – Comentários e Notas Práticas, Coimbra editora, 2009. ISBN 978-972-32-1691-2.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Vol. I, 2.^a ed. Revista, Coimbra Editora. Coimbra, 2010. ISBN 978-972-32-1822-0.

MORAIS, Luís Silva; MENDES, Paulo de Sousa - Revista de Concorrência e Regulação: a valoração das gravações de áudio produzidas por particulares como prova no processo penal. Almedina Edições. Coimbra. Ano IV, n.º 16, Out-Dez 2013. Pp. 245-294.

OLIVEIRA, Luís Martins – Da autonomia do regime das proibições de prova. In Prova Criminal e Direito de Defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Ed. Almedina. Coimbra, 2017. ISBN 978-972-40-4090-5. p. 257-290.

PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro; VIALONGA, José Manuel – Casos e Materiais de Direito Penal, Almedina. Coimbra, 2002. Depósito Legal 175901/02.

PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa – Direito Penal Económico e Financeiro, Conferencias do curso pós-graduado de aperfeiçoamento. 1.^a Ed. Coimbra Editora, Ago. 2012. ISBN 978-972-32-2073-5.

RAMALHO, David Silva – Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Edições Almedina, Coimbra, 2017. ISBN 978-972-40-7000-1.

RIBEIRO, Vinícios – Código de Processo Penal – Notas e Comentários, 2.^a ed., Coimbra, 2011. ISBN 978-972-32-1924-1.

RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal Tomo II – Bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal, 1.^a ed., 2010. ISBN 978-989-8305-06-0.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do – Introdução ao Direito. Manuais Universitários). Coimbra: Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-6474-1.

SANTOS, S. Manuel; HENRIQUE-LEAL, Manuel; SANTOS S. João – Noções de Processo Penal. Letras e Conceitos, Lda, 2010. ISBN 978-989-8305-10-7.

SILVA, Germano Marques – Curso de Processo Penal – I, 4.^a Ed. Editorial Verbo, Lisboa, 2008. ISBN 978-972-22-3011-7.

SILVA, Germano Marques – Curso de Processo Penal II. 4.^a Ed. Revista actualizada. Coimbra, Verbo, 2008. ISBN 9789722215923.

SILVA, Germano Marques – “A criminalidade organizada e a investigação criminal (Nem pactos com o “diabo” nem utilização de meios diabólicos no seu combate)”, em AA.VV.I *Congresso de Processo Penal Memórias* (coord: Manuel Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2005.

SILVA, Germano Marques - Curso de Processo Penal, vol. II, 3.^a ed., Editorial Verbo, 2002. ISBN 978-972-22-3043-8.

SILVA, Germano Marques – Direito Penal Português, Parte Geral II Teoria do Crime, Ed. Verbo, 1998. Depósito Legal n.º 126 279/98.

SILVA, Sandra Oliveira – Legalidade da Prova e Provas Proibidas. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* n.º 4. Coimbra Editora, Coimbra, 2011. Depósito legal 93 935/95. p. 545-591.

SILVA, Sandra Oliveira – O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo – considerações em termo do princípio nemo tenetur se ipsum accusare. Coimbra. Almedina. 2018. ISBN 978-972-40-7334-1.

SOARES, PAULO – Meios de Obtenção de Prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia. Edições Almedina. Coimbra. Set. 2014. ISBN 978-972-40-5593-0.

TEIXEIRA, Braz António – Sentido e Valor do Direito – Introdução à filosofia jurídica. 4.^a ed. Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2010. ISBN 978-972-27-1919-3.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Dos Órgãos de Polícia Criminal – Natureza – Intervenção- Cooperação. Almedina, Coimbra. Fev. 2004. Depósito Legal 205871/04.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os Meios Ocultos de Investigação Criminal. In 21 SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIENCIAS CRIMINAIS, São Paulo, 2015.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Teoria Geral do Direito Policial. 2.^a ed. Almedina, Coimbra. Out. 2009. ISBN 978-972-40-4034-9.

Monografias

ALMEIDA, Carlos Rodrigues - O Registo de Voz e de Imagem - Notas ao Artigo nº6 da Lei nº. 5/2002, de 11 de Janeiro, In: Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira - Coimbra: Coimbra Editora, 2004 - pp.107-117.

MARTINS, Milene Viegas – A Admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal. Edição AAFDL. Lisboa. 2014. Depósito Legal n.º 376 165/14.

Artigos de Periódico / Revista Eletrónica

www.publico.pt

www.nytimes.com

www.dn.pt

www.12.senado.leg.br

www.exame.com.br

Endereços Eletrónicos

www.anac.pt

www.nav.pt

www.aan.pt

www.cnpd.pt

www.europarl.europa.eu

www.dgsi.pt

www.julgar.pt

www.app.parlamento.pt

www.jn.pt

Legislação

- CEDH
- Código Penal.
- Código Civil.
- Código Processo Penal.
- Constituição da República Portuguesa.
- Constituição Espanhola
- Decreto-lei 58/2018, de 23 de julho
- Decreto-lei 10/2004, de 9 de janeiro
- DUDH
- A Ley de Enjuiciamiento Criminal (o CPP espanhol)
- Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.
- Lei n.º 104/2003, de 9 de dezembro
- Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto
- Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro
- Lei n.º 1/2005, de 30 de julho
- PIDCP
- PIDESC
- Proposta de Lei n.º 94/VIII - Estabelece Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira.
- Regulamento (UE) 2018/1139
- Regulamento (UE) 923/2012
- Regulamento (UE) 2016/1185
- Regulamento (UE) 2016/679
- Regulamento (UE) 1093/2016
- Real Decreto 1036/2017, de 15 de dezembro

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/03.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 198/2004.

Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal Justiça de 16-12-2010, Processo n.º 287/99.0TABJA-B.E1-A.S1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 07-10-2008, Processo n.º 2005/08-1.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21-03-2013, Processo n.º 246/12.9TAOAZ-A.P1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10-01-2018, Processo n.º 388/17.4JACBR-A.C1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11-01-2011, Processo n.º 833/10.0PAMTJ-A.L1-5.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 29-03-2004, Processo n.º 1680/03-2.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - Vetter vs. França de 31-05-2005.