



Universidades Lusíada

Fidalgo, Susana Cristina Marques Branco

Buscas domiciliárias e o princípio da inviolabilidade do domicílio

<http://hdl.handle.net/11067/1949>

Metadados

Data de Publicação

2014

Resumo

Com o presente estudo pretendemos fazer uma análise do regime jurídico das buscas domiciliárias, previstas no artigo 177 do CPP. Trataremos da problemática das buscas domiciliárias nocturnas admitidas na sequência das alterações conseguidas pela lei constitucional de 12 de Dezembro de 2001 e da Lei 48/2007 de 29 de Agosto, que alterou o CPP. Assim, faremos uma análise dos meios de obtenção de prova, em particular as buscas domiciliárias, dos princípios que fundamentam a excepcionalidade deste ...

Abstract: With the present study we aim to analyze the legal regime of house searches, under Article 177° of the CPP. We will address the problem of night house searches allowed following the amendments achieved by the constitutional law of 12 December 2001 and the Law 48/2007 of 29 August, which amended the CPP. So, we will look at ways of taking evidence, particularly house searches, the principles that underlie the exceptionality of this mode of obtaining evidence and the restricted fundam...

Palavras Chave

Direito, Direito penal, Processo penal, Prova, Busca e Apreensão, Mandados, Domicílio, Princípio da inviolabilidade

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-09-21T10:24:56Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

BUSCAS DOMICILIÁRIAS

E o Princípio da Inviolabilidade do Domicílio

Susana Cristina Marques Branco Fidalgo

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Orientação: Professor Doutor Fernando Torrão

Porto 2014

Agradecimentos

Aos meus pais Fátima e José Augusto pelo apoio incondicional, aos meus irmãos Ricardo, pela disponibilidade permanente, e Tiago.

Ao Jorge por todo o apoio e compreensão.

Agradeço ao Professor Doutor Fernando Torrão pela disponibilidade e apoio prestado.

Índice

| | |
|------------------|------|
| Índice | III |
| Resumo | VIII |
| <i>Abstract</i> | IX |
| Palavras-chave | X |
| <i>Key-words</i> | X |
| Abreviaturas | XI |
| Introdução | 13 |

Capítulo I

Os Meios de Obtenção de Prova em Geral. As Buscas em Especial.

| | |
|---|----|
| 1. Noção de meio de prova | 17 |
| 2. Princípios da prova em Processo Penal | 18 |
| 2.1. Princípio de presunção de inocência | 18 |
| 2.2. Princípio in <i>dúbio pro reu</i> | 19 |
| 2.3. Princípio da legalidade da prova | 19 |
| 2.4. Princípio da livre apreciação de prova | 22 |
| 2.5. Princípio da verdade material | 23 |
| 3. Meios de obtenção de prova afins às buscas | 24 |
| 3.1. Exames | 24 |
| 3.2. Revistas | 26 |
| 3.3. Apreensões | 30 |

| | |
|--|----|
| 3.4. Buscas <i>online</i> | 32 |
| 4. Buscas | 41 |
| 4.1. Distinção entre buscas e revistas | 41 |
| 4.2. Pressupostos da busca | 43 |
| 4.3. Formalidades da busca | 46 |
| 4.4. Danos emergentes da busca | 48 |

Capítulo II

O Domicílio

| | |
|---|----|
| 1. Conceito de domicílio | 49 |
| 2. Tipos de domicílio | 53 |
| 2.1. Domicílio voluntário | 53 |
| 2.2. Domicílio necessário ou legal | 53 |
| 2.3. Domicílio convencional ou electivo | 54 |
| 2.4. Domicílio dos agentes diplomáticos portugueses | 54 |
| 2.5. Domicílio das pessoas colectivas | 54 |

Capítulo III

Princípio da Inviolabilidade do Domicílio

| | |
|---|----|
| 1. A dignidade humana e os direitos fundamentais no princípio da inviolabilidade do domicílio | 55 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 1.1. Origens do princípio da dignidade humana | 55 |
| 1.2. A dignidade humana e o princípio da inviolabilidade do domicílio | 57 |
| 1.3. O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e o princípio da inviolabilidade do domicílio | 60 |
| 1.4. O direito à honra, ao bom nome e à reputação e o princípio da inviolabilidade do domicílio | 65 |
| 2. Breve análise do princípio da inviolabilidade do domicílio no direito comparado e nas convenções internacionais | 65 |
| 2.1. No direito constitucional americano | 65 |
| 2.2. No direito constitucional brasileiro | 66 |
| 2.3. No direito constitucional alemão | 67 |
| 2.4. No direito constitucional espanhol | 68 |
| 2.5. No direito constitucional italiano | 68 |
| 2.6. Nas convenções internacionais | 69 |
| 2.7. Conclusões | 69 |
| 3. Evolução do conceito de inviolabilidade do domicílio em Portugal | 70 |
| 4. Titulares do direito à inviolabilidade do domicílio | 73 |
| 5. O conceito de inviolabilidade do domicílio e as pessoas colectivas | 74 |
| 6. Restrição do direito à inviolabilidade do domicílio | 76 |

Capítulo IV

Buscas Domiciliárias

| | | |
|-------------|---|-----|
| 1. | Considerações gerais | 81 |
| 2. | Carácter excepcional das buscas domiciliárias. Princípios que fundamentam este regime excepcional | 84 |
| 3. | Autoridade judicial competente para decretar a busca domiciliária | 87 |
| 4. | Pressupostos para a realização da busca domiciliária | 90 |
| 5. | Formalidades da busca domiciliária | 91 |
| 5.1. | Consentimento para a realização da busca domiciliária | 93 |
| 5.2. | Horário para a realização da busca | 97 |
| 5.3. | Auto da busca domiciliária | 98 |
| 6. | Regime jurídico das buscas domiciliárias | 99 |
| 6.1. | Regime regra do artigo 177.º n.º1 do CPP | 101 |
| 6.2. | Regime excepcional previsto no 177.º n.º 3 do CPP | 102 |
| 6.3. | Entrada no domicílio durante a noite | 106 |
| 6.4. | Busca realizada em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento oficial de saúde | 112 |
| 7. | Regime jurídico das provas obtidas de modo ilícito | 113 |
| 8. | Crimes contra a reserva da vida privada: violação do domicílio | 121 |
| 9. | Responsabilidade civil pelos danos decorrentes da violação do domicílio | 122 |

Capítulo V

| | |
|--------------------------|-----|
| Conclusões | 124 |
| Bibliografia | 128 |
| Legislação | 133 |
| Jurisprudência | 134 |
| <i>Sites consultados</i> | 136 |
| Outras fontes | 136 |

Resumo

Com o presente estudo pretendemos fazer uma análise do regime jurídico das buscas domiciliárias, previstas no artigo 177.º do CPP.

Trataremos da problemática das buscas domiciliárias nocturnas admitidas na sequência das alterações conseguidas pela lei constitucional de 12 de Dezembro de 2001 e da Lei 48/2007 de 29 de Agosto, que alterou o CPP.

Assim, faremos uma análise dos meios de obtenção de prova, em particular as buscas domiciliárias, dos princípios que fundamentam a excepcionalidade deste meio de obtenção de prova e dos direitos fundamentais restringidos aquando da sua realização. Será apresentado o conceito de domicílio, faremos um estudo e determinaremos o alcance do princípio da inviolabilidade do domicílio e os fundamentos da sua restrição. Para tanto a presente dissertação propõe-se a uma melhor compreensão deste meio de obtenção de prova.

Abstract

With the present study we aim to analyze the legal regime of house searches, under Article 177.º of the CPP.

We will address the problem of night house searches allowed following the amendments achieved by the constitutional law of 12th December 2001 and Law 48/2007 of 29th August, which amended the CPP.

So, we will look at ways of taking evidence, particularly house searches, the principles that underlie the exceptionality of this mode of obtaining evidence and the restricted fundamental rights in its realization. The concept of domicile will be presented, we will do a study and will determine the scope of the principle of the inviolability of the home and the grounds for its restriction. To do so the present dissertation it is proposed to a better understanding of this means of obtaining evidence.

Palavras-Chave: Meios de Obtenção de Prova – Buscas – Buscas Domiciliarias – Direitos Fundamentais – Princípio da Inviolabilidade do Domicílio – Princípio da Dignidade Humana – Domicílio.

Key-Words: Means of Obtaining Evidence – Searches – House searches – Fundamental Rights - Principle of the Inviolability of the Domicile – Principle of the Human dignity – Domicile.

Abreviaturas

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac. TC – Acórdão do Tribunal Constitucional

Ac. TRC – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. TRL – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

Ac. TRP – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

Ac. STJ – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

AJ – Autoridade Judiciária

APC – Autoridade de Polícia Criminal

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CPA- Código do Procedimento Administrativo

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

Ed. – Edição

Ex vi – Por força de

GG – *Grundgesetz* (Lei Fundamental da república Federal da Alemanha)

Ibidem – Mesmo lugar, mesma página

Idem – Mesmo lugar

in – no/a

MP – Ministério Público

n.º – número

n.ºs – números

OPC – Órgão de Polícia Criminal

p.e. – por exemplo

pág. – Página

PGR – Procurador-geral da República

PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

PJ – Polícia Judiciária

RFDUP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Introdução

A doutrina dominante decompõe o direito em duas grandes esferas, o direito público e o direito privado.

O direito público é caracterizador daqueles ramos de direito que pretendem disciplinar interesses próprios da comunidade, ou da colectividade, disciplinam relações jurídicas em que o Estado ou qualquer ente público intervém.

O direito privado regula as relações jurídicas dos indivíduos, estando estes num plano de igualdade¹.

O trabalho aqui a desenvolver está inserido no direito público, no ramo do direito penal, que define e tipifica as actividades ilícitas, criadas pelo poder público, através de normas jurídicas. Este ramo de direito divide-se em direito subjectivo, adjectivo e direito executivo, constituindo estas três disciplinas o direito penal em sentido amplo². O tema que nos propomos analisar, situa-se no direito adjectivo, no direito processual penal. Este direito processual penal trata de toda a tramitação do processo da acção penal, a regulamentação da realização prática do poder punitivo estadual. Este poder punitivo do Estado concretiza-se através das diversas fases processuais que esta disciplina prevê, como a investigação, a acusação, a definição dos sujeitos processuais, o julgamento e a sentença, sempre com o objectivo na realização da justiça em busca da verdade material.

Este ramo do direito é descrito por vários princípios, que podemos considerar de interesse geral da comunidade e não apenas do arguido. As premissas que caracterizam este direito e o distinguem dos outros ramos são, entre outros, os princípios: *nullun crimen sine lege previa*, *nulla poena sine lege previa*, *nulla poena sine culpa*, *nula poene sine iudicio*, sinónimos do princípio da legalidade e tipicidade, fundamentais no direito penal.

Os princípios mais importantes para o direito processual penal, constitucionalmente consagrados, em conformidade com os primordiais capítulos do processo penal são: quanto à promoção processual, o princípio da legalidade oficialidade e da acusação; quanto a prossecução processual, os princípios do contraditório, da suficiência e da concentração processual; quanto a prova, o princípio da investigação ou da verdade material, da livre

¹ Vide, A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Editora, 2003, pág. 223-252.

² Vide, J. Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Edição Coimbra Editora 2007, pág. 4-9.

apreciação de prova, princípio da presunção de inocência, *in dubio pro reo*; e quanto à forma, temos os princípios da publicidade, da oralidade e da imediação³.

Começaremos este trabalho com a noção de meio de prova distinguindo-o dos meios de obtenção de prova, falaremos também dos princípios da prova em processo penal. Pretendemos fazer um breve estudo sobre os meios de prova que estão de alguma maneira ligados às buscas domiciliárias, os exames as revistas, as apreensões e faremos também uma breve análise às buscas *online*, de forma a perceber qual a sua função e importância para a investigação criminal.

Ocupará um lugar importante neste trabalho a análise do direito fundamental que se restringe com as buscas domiciliárias, o princípio da inviolabilidade do domicílio. Este direito fundamental é imprescindível à dignidade humana da pessoa, na sua manifestação sob a forma de autonomia e da reserva da intimidade. Este como direito subjectivo tem que ser tutelado, mas deverá no entanto admitir cedências ou concessões. Como direito fundamental constitucionalmente consagrado e protegido, as limitações a ele feitas têm que ser escrutinadas por um juiz, tal como a Constituição o prevê.

Para a análise desta matéria vamos debruçar-nos sobre o princípio da dignidade humana, seguindo pela reserva da vida privada e familiar relacionando-os com o princípio da inviolabilidade do domicílio, faremos uma breve incursão sobre este princípio fundamental no direito comparado, analisando-o depois no sistema jurídico português.

Quando falamos em direito processual penal, teremos sempre que considerar o direito constitucional, pois só com este último poderemos legitimar a acção investigatória do Estado enquanto administrador, na prática das diligências necessárias para a realização da justiça com vista não só a realização do caso concreto, mas também na busca da paz social.

A Constituição da República Portuguesa impõe Direitos Liberdades e Garantias. Estes direitos são a base do nosso sistema democrático e dos nossos valores enquanto sociedade. Segundo o artigo 18.º n.º 1 da CRP, os direitos liberdades e garantias são directamente aplicáveis, querendo isto dizer que não necessitam de ser regulados por lei ordinária para poderem ser arguidos por qualquer cidadão, que veja esses direitos ofendidos

³ Vide, Lições do Prof. Doutor Figueiredo Dias, corrigidas por Maria João Antunes, Assistente da Universidade de Coimbra, *Direito Processual Penal*, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1988-1989, pág. 80-162.

A nossa ordem jurídica Constitucional é una quanto aos seus preceitos. Como refere Vieira de Andrade⁴ “nesse sentido, pode afirmar-se que os direitos fundamentais constituem um sistema ou uma ordem”.

Uma das regras de interpretação da constituição é o princípio da unidade. Como menciona Gomes Canotilho⁵, o intérprete deve “sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”.

Mas estes direitos, liberdades e garantias não são absolutos, por vezes para se poder aplicar um direito de forma plena, um outro direito terá que ceder em detrimento do que se pretende ver aplicado, sem nunca “diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial⁶” do direito fundamental que se restringe.

Esses direitos fundamentais podem ser restringidos unicamente por lei, lei esta que é da competência exclusiva da Assembleia da República como retiramos do artigo 18.º n.º 2 e também do artigo 165.º n.º1 alínea b), ambos da CRP, podendo apenas o governo legislar sobre estas matérias mediante uma lei de autorização legislativa, como nos diz o n.º 2 do mesmo preceituado constitucional.

As leis processuais penais, nomeadamente as que regulam a matéria relativa aos meios de obtenção de prova, sendo leis que restringem os direitos liberdades e garantias dos arguidos, têm que ser legisladas pela Assembleia da República ou pelo governo, mediante uma lei de autorização legislativa. Caso assim não seja, padecem de um vício de inconstitucionalidade. Poderá ainda padecer deste vício se a restrição a um direito fundamental não for necessária, adequada ou proporcional ao direito que se visa proteger. As leis restritivas terão sempre que ser leis de carácter geral e abstracto e não poderão nunca ter efeito retroactivo, como extraímos do artigo 18 n.º 2 e 3 da CRP.

Para podermos ter um sistema judicial eficaz na investigação criminal, alguns direitos fundamentais terão ser restringidos com o fundamento que essa restrição será para servir a realização de outros direitos fundamentais de valor igual ou superior, ao valor que é limitado. O fundamento será a administração da justiça e a paz social.

No decorrer deste trabalho aspiramos tratar esta problemática da restrição dos direitos fundamentais com vista à persecução da justiça.

⁴ Vide, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pág. 106, Coimbra: Almedina 1983.

⁵ Vide, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pág. 226-227, Coimbra: Livraria Almedina 1993.

⁶ Vide, Artigo 18º Nº3 *in fine* da CRP.

É pretendido realizar um estudo sobre este importante meio de obtenção de prova, as buscas domiciliárias, nomeadamente definir o que é considerado o domicílio. Teremos que saber se poderá ser um anexo de uma casa, um carro, ou uma caravana⁷. Nesta temática existe uma enorme variedade de opiniões na doutrina portuguesa.

Queremos reflectir sobre elas de forma a podermos chegar a um conceito que se insira no tipo normativo previsto no artigo 177.º do CPP conjugado com o artigo 34.º da CRP.

Vamos analisar as buscas enquanto meio de obtenção de prova, distinguindo-as das revistas, passando posteriormente às buscas domiciliárias que é o tema central deste trabalho.

Outra questão de relevo das buscas domiciliárias é o consentimento, que iremos também analisar. Trata-se de saber quem se considera visado com a busca para efeitos de consentimento válido.

Também iremos ocupar-nos das buscas domiciliárias nocturnas, que a partir da revisão de 2007 passam a constar do CPP, para acompanhar a tendência da Constituição que já estatui essa possibilidade desde a revisão de 2001, em algumas situações e dentro de apertados requisitos.

Ambicionamos neste trabalho abordar as buscas domiciliárias, quanto às suas formalidades, nomeadamente quem as pode autorizar e sob que circunstâncias é que essa autorização é lícita, e também queremos analisar qual o regime jurídico das provas colhidas mediante este meio de obtenção de prova quando feitas ilicitamente se estamos perante um meio de prova absolutamente nulo se relativamente nulo, ou se estaremos no âmbito do regime das proibições de prova.

⁷ Vide, M. Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas*, Almedina 2005, pág. 96-105.

Capítulo I

1. Noção de meio de prova

No livro III do CPP, encontramos no título II os meios de prova, e no livro III os meios de obtenção de prova.

Nos termos do n.º1 do artigo 124.º CPP, constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou a inexistência do crime, a punibilidade ou a não punibilidade do arguido a determinação da pena ou da medida de segurança.

Os meios de obtenção de prova serão “institutos que servem as Autoridades Judiciárias para investigar e recolher os meios de prova. Assim os meios de prova têm aptidão para serem por si mesmo fonte de convencimento. Já os meios de obtenção de prova apenas possibilitam a obtenção daqueles meios⁸”.

Distinguimos assim os meios de prova dos meios de obtenção de prova. Enquanto a prova vale por si própria, os meios de obtenção de prova são o instrumento utilizado para ter acesso a essas mesmas provas.

Tendo em conta o princípio da verdade material, a prova corresponderá na demonstração de todos os factos relevantes para a decisão da causa, que “será apreciada segundo as regras da experiência e da livre convicção da entidade competente”, como se extrai do artigo 127.º da CPP.

Toda a prova será admissível desde que não seja proibida, estando estes meios de prova proibidos previstos no artigo 126.º do CPP.

Podemos então dizer que os meios de obtenção de prova “procuram descobrir as provas reais, localizar e contactar as provas pessoais com o intuito de se promover a justiça com a descoberta da verdade, verdade esta que será a verdade dos factos: por um lado impõe-se à AJ e aos OPC que carregem para o processo as provas reais que indiquem a existência de uma conduta prevista e punida criminalmente; mas, por outro lado, se lhes exige que o carregamento de provas se deve cingir aos princípios da objectividade e da isenção e imparcialidade. Por conseguinte devem também ser carregadas para o processo as provas reais e pessoais que indiquem a inocência do agente da conduta sob investigação⁹”.

⁸ Vide, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, Verbo, 1993, pág. 163.

⁹ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *I Congresso de Processo Penal, Revistas e Buscas*, pág. 309.

2. Princípios da prova em processo penal.

2.1. Princípio da presunção da inocência.

O princípio da presunção da inocência é nuclear para o processo penal.

Este princípio está consagrado no artigo 32.º da CRP, “Todo o arguido se presume inocente até trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

Decorre assim da “orientação de política criminal que defende o nosso Estado de Direito Democrático e social, sendo a pedra angular da defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos, liberdades e garantias do cidadão, frente ao Estado e ao poder punitivo¹⁰”.

Quer isto dizer que enquanto não houver prova em contrário, deve-se à partida dar predominância ao valor da liberdade em relação ao valor da sua privação, como também se deve dar predominância ao valor da inocência sobre o valor da culpabilidade, uma vez que esta ainda não foi determinada.

O princípio da presunção da inocência garante que ninguém será considerado culpado enquanto todos os factos que lhe forem atribuídos não forem demonstrados.

Este direito, é um direito subjectivo público, que inclui outros, designadamente o direito ao tratamento do arguido como não responsável criminalmente até ser condenado com trânsito. A uma actividade probatória antes de ser proferida condenação; A que a condenação se fundamente em provas admissíveis legalmente e válidas; A que acusação destrua a presunção de inocência¹¹, uma vez que é a acusação que deve provar os factos jurídico-criminais, cabendo à defesa o seu afastamento.¹²

Este princípio da presunção da inocência está intimamente ligado ao princípio “in dúbio pró reu”.

¹⁰ Vide, Ana Prata, Catarina Veiga e José Manuel Vilalonga, *Dicionário Jurídico*, Vol. II, pág. 391.

¹¹ Quanto a prova dos factos incriminatórios caberá a prova destes à acusação, e a prova de existência de circunstâncias justificativas ou desculpantes caberá a defesa do arguido. O arguido será condenado se for feita prova dos factos que constituem crime, salvo se se provarem circunstâncias que justifiquem ou desculpem a actuação, ou se pelo menos for criada a dúvida acerca da existência dos factos constitutivos do crime, ou se não existirem circunstâncias que justifiquem ou desculpantes, a defesa terá que provar a existência de circunstâncias que excluam a ilicitude ou a culpa, nestes casos o Tribunal não poderá condenar o arguido.

¹² Vide, Henrique Eiras, *Processo Penal Elementar*, Quid Juris, 7ª Edição, 2008, pág. 137.

2.2. Princípio “in dúbio pró reu”

O princípio da presunção da inocência abrange o princípio “in dúbio pró reu”, “no sentido em que a prova só deve ser valorada a favor do arguido, se a dúvida inicial sobre a questão de facto permanecer até ao final”¹³.

O princípio “in dúbio pró reu ” pressupõe que, depois de esgotadas todos os meios de investigação da verdade material (que são levadas ao Tribunal através do princípio da investigação), se o Tribunal ainda tiver dúvidas sobre a veracidade dos factos ou sobre a veracidade da prova produzida, não deverá produzir uma sentença que lhe seja desfavorável. Na dúvida o juiz deve decidir a favor do arguido, sempre a favor da inocência e não pela culpa. Quem tem o encargo de afastar a presunção da inocência é a acusação.

O juiz não pode abster-se de julgar¹⁴, dada esta obrigatoriedade da decisão imposta pela necessidade e finalidade do processo de restabelecer a ordem e a paz jurídica e social e do próprio arguido. Em caso de dúvida razoável do julgador impera a presunção de inocência, ou seja, toda a prova produzida será a favor do arguido.

O princípio “in dúbio pro réu” é “constitucionalmente fundado no princípio da presunção da inocência até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (artigo 32.º da CRP)¹⁵”. Vale só, evidentemente, em relação à prova da relação de facto não a questões de direito, pois essas não se prendem com o entendimento mais favorável ao arguido. A solução destas terá que ser sempre a que juridicamente for a mais exacta.

2.3. Princípio da legalidade da prova

Este é um dos princípios basilares do processo penal. O princípio da legalidade ou legitimidade da prova vem previsto no artigo 125.º do CPP e dele se retira que só poderão ser admitidas as provas que não forem proibidas por lei, não podendo ser admitidas quaisquer provas obtidas ilicitamente, ou que ponham em causa os direitos fundamentais

¹³ Vide, Henrique Eiras, *Processo Penal Elementar*, Quid Juris, 7ª Edição, 2008, pág. 138.

¹⁴ Nos nossos dias vigora o princípio da proibição do *Non Liquid*, o juiz é sempre obrigado a decidir. Mas nem sempre foi assim, esta expressão (*Non Liquid*) resulta de uma redução de um pequeno trecho da obra *Noctes Atticae*, do jurista romano Aulo Gélio, *iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*, ou seja, o juramento de que a causa não estava clara, ficando o juiz desobrigado de tomar uma decisão. E ao declarar o *non liquet*, o juiz romano abstinha-se da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica não era nítida. Estava em causa o estado de convencimento do julgador, e tinha em vista evitar a prática de injustiças ou a violação da consciência do juiz, sem prejuízo da decisão, pois esta seria, então tomada por outro *iudex* que se sentisse habilitado.

¹⁵ Vide, Lições do Prof. Doutor Figueiredo Dias, corrigidas por Maria João Antunes, Assistente da Universidade de Coimbra, *Direito Processual Penal*, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1988-1989, pág. 146-147.

constitucionalmente consagrados, a não ser que seja a própria constituição expressamente a permiti-lo.

Deste princípio resulta o exposto no artigo 126.º n.º1 e n.º3 do CPP, que só vem reforçar o que determina a Constituição nos seus artigos 32.º n.º8 e 34.º n.º4, ou seja, “são nulas, não podendo ser utilizadas as provas obtidas mediante tortura, coacção ou com ofensa da integridade física das pessoas”, e “ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”.

Mas não basta que o legislador preveja e enuncie na lei; terá também que ter a certeza que esta medida será proporcional tendo em conta o fim prosseguido de forma a que se possa verificar “um equilíbrio justo e razoável entre o interesse da comunidade e a protecção dos direitos individuais¹⁶”. Poderemos então dizer que o princípio da legalidade é indissociável do princípio da necessidade e da adequação.

Os direitos fundamentais e a salvaguarda da busca da verdade material, fundamentam as regras de proibição de prova, segundo as quais são inadmissíveis todos os meios de prova que violem os bens jurídicos penalmente tutelados.

O princípio da legalidade tem em vista uma justiça penal livre de suspeitas, de tentações ou de arbítrio, preservando assim um dos fundamentos do Estado de Direito e evitando o perigo de ligações externas.

Está conexo com este princípio o direito de igualdade na aplicação da Lei; este implica que haja um titular público da promoção processual e confere-lhe poderes para o exercício dessa mesma função.

O princípio da legalidade tem um fundamento político, com base na Revolução Francesa¹⁷, no Iluminismo¹⁸, e que assenta na ideia de que existe uma razão comum a todos os homens, que encontram expressão comum na lei e evitam o arbítrio.

¹⁶ Vide, António Henriques Gaspar, *Novos Desafios do Processo Penal no séc. XX, e os Direitos Fundamentais (Um Difícil Equilíbrio)* in RPCC, ano 15, n.º2, Abril- Junho, 2005, pág. 269.

¹⁷ Revolução Francesa (em francês: Révolution Française, 1789-1799) foi um período de intensa agitação política e social na França, que teve um impacto duradouro na história do país e em todo o continente europeu. A monarquia absolutista que tinha governado a nação durante séculos entrou em colapso em apenas três anos. A sociedade francesa passou por uma transformação épica, quando privilégios feudais, aristocráticos e religiosos desapareceram sob um ataque de grupos políticos radicais de esquerda, das massas nas ruas e de camponeses na região rural do país. Antigos ideais da tradição e da hierarquia de monarcas, aristocratas e da Igreja Católica foram abruptamente derrubados pelos novos princípios de Liberté, Égalité, Fraternité (em português: liberdade, igualdade e fraternidade).

¹⁸ O Iluminismo, também conhecido como Século das Luzes, foi um movimento cultural da elite intelectual europeia do século XVIII que procurou mobilizar o poder da razão, a fim de reformar a sociedade e o

Neste sentido, o princípio da legalidade tem como fundamento a garantia dos direitos individuais dos cidadãos.

O princípio da legalidade, mesmo no domínio do Direito Penal, tem uma justificação e um fundamento de constituir garantia de direitos individuais do cidadão. Enquanto submissão do poder de punir do Estado à lei, o princípio da legalidade tem esse fundamento de garantir os direitos individuais do cidadão.

Decorre do princípio da legalidade, enquanto garantia dos direitos individuais do cidadão, fazer as leis penais, tipificar os crimes e estabelecer as correspondentes sanções jurídico-penais.

Daí advém o princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, ou seja, princípio de que não há crime nem pena sem lei, e deste resulta que não pode haver crime sem lei, e a lei que define o crime tem de ser uma lei precisa, “*nullum crimen nulla poena sine lege certa*”. Deste corolário também se extrai que é proibida a retroactividade da lei penal, “*nullum crimen nulla poena sine lege previa*”. Também é proibida a interpretação extensiva das normas penais incriminadoras, “*nullum crime nulla poena sine lege stricta*”, proibindo a integração de lacunas por analogia e impõe-se a retroactividade das leis penais mais favoráveis. Por outro lado, o princípio da legalidade impõe-se no âmbito da competência para a criação de normas penais incriminadoras e normas penais favoráveis.

O princípio da legalidade exige intervenção judicial ou imediação judicial na aplicação ou na apreciação da responsabilidade criminal do agente, impondo ainda a proibição de uma dupla condenação pelo mesmo facto.

Uma lei penal não deve conter tão só a descrição de um comportamento considerado crime, deve conter também a respectiva sanção jurídico-penal relativa a prática daquele comportamento.

conhecimento herdado da tradição medieval. Promoveu o intercâmbio intelectual e foi contra a intolerância e os abusos da Igreja e do Estado. Originário do período compreendido entre os anos de 1650 e 1700, o Iluminismo foi despertado pelos filósofos Baruch Spinoza (1632-1677), John Locke (1632-1704), Pierre Bayle (1647-1706) e pelo matemático Isaac Newton (1643-1727). Príncipes reinantes, muitas vezes apoiaram e fomentaram figuras do Iluminismo e até mesmo tentaram aplicar as suas ideias de governo. O Iluminismo floresceu até cerca de 1790-1800, após o qual a ênfase na razão deu lugar ao ênfase do romantismo na emoção e um movimento Contra-Iluminismo ganhou força.

O Iluminismo é, uma atitude geral de pensamento e de acção. Os iluministas admitiam que os seres humanos estão em condições de tornar este mundo um lugar melhor - mediante introspecção, livre exercício das capacidades humanas e do envolvimento político-social. Immanuel Kant como resposta à questão O que é o Iluminismo? Disse: "O Iluminismo representa a saída dos seres humanos de uma tutela que estes mesmos se impuseram a si. Tutelados são aqueles que se encontram incapazes de fazer uso da própria razão independentemente da direcção de outrem. É-se culpado da própria tutela quando esta resulta não de uma deficiência do entendimento mas da falta de resolução e coragem para se fazer uso do entendimento independentemente da direcção de outrem. Sapere aude! Tem coragem para fazer uso da tua própria razão! - esse é o lema do Iluminismo". Kant, Immanuel (1784). Beantwortung der Frage : Was ist Aufklärung, in <http://pt.wikipedia.org>.

Existem categorias analíticas e sistemáticas da teoria do facto punível: são as categorias da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade. Muito genericamente dir-se-á que o crime é um facto humano, facto este que tem de ser típico, ou seja, tem de estar descrito numa lei, tem de corresponder a uma descrição legal, e este facto tem ainda de ser simultaneamente ilícito.

Este princípio, na sua génese, visa a sujeição dos poderes estabelecidos à lei e traduz-se numa limitação de poderes estabelecidos pela própria lei.

2.4.Princípio da livre apreciação da prova

O princípio da livre apreciação da prova ou sistema da prova livre, vem consagrado no artigo 127.º do CPP, estabelecendo o legislador que a prova é sempre apreciada segundo as regras da experiência e da livre convicção daquele que julga, salvaguardando os casos em que a lei dispõe de forma diferente. Este princípio visa que com a prova produzida em julgamento, se dêem ao Tribunal as condições necessárias para que o juiz forme a sua convicção sobre a existência ou não de factos que pela sua relevância, determinam a decisão final.

Mas esta discricionariedade não se pode traduzir em arbitrariedade; tem limites, legalmente previstos no artigo 127.º do CPP.

O princípio da livre apreciação da prova “não pode de modo algum apontar para a apreciação imotivável e incontrolável - e portanto arbitrária - da prova produzida¹⁹”.

Falamos assim de “uma discricionariedade legal, também ela sujeita a limites: as regras da experiência comum e da lógica do homem médio subjugada a critérios objectivos susceptíveis de motivação²⁰”.

Logo a decisão do julgador terá que ser fundamentada, e a sua decisão terá que caber dentro das soluções consideradas admissíveis segundo a regras da experiência e orientada no sentido de obter a verdade material; “a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios objectivos e, portanto, em geral susceptível de motivação e controlo, (...), a livre ou íntima convicção do juiz de que se fala a este propósito, não

¹⁹ Vide, Lições do Prof. Doutor Figueiredo Dias, corrigidas por Maria João Antunes, Assistente da Universidade de Coimbra, *Direito Processual Penal*, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1988-1989, pág. 139.

²⁰ Vide, Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal, Clássicos Jurídicos*, reimpressão, Coimbra Editora, 2004, pág. 202 e 203.

poderá ser uma convicção puramente subjectiva, emocional e portanto imotivável²¹” Esta “convicção do julgador só terá lugar quando não existirem dúvidas razoáveis, ou seja, quando um facto for altamente provável²²”.

Excluída da livre apreciação de prova está a prova pericial, pois esta prova faz-se através de “um juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial; presume-se subtraído á livre apreciação do julgador”, como retiramos do artigo 163.º n.º1 do CPP.

O que permite que o juiz possa ter esta livre apreciação da prova é o facto do julgador ter contacto directo com a prova, nomeadamente através da prova testemunhal, ele analisa as reacções e as expressões dos depoentes, conseguindo aferir se as respostas por eles dadas são ou não espontâneas, isto leva-o a formar a sua convicção. Vemos desta forma que o princípio da livre apreciação da prova esta ligado ao princípio da oralidade e da imediação, como se retira do artigo 355.º do CPP.

“Anote-se que este princípio ganha relevo em primeira linha para a decisão da causa que se segue á audiência de julgamento, não deixa de valer para todo o processo penal e para todos os órgãos da justiça penal, mesmo portanto para o MP, o juiz de instrução e os seus auxiliares²³”.

2.5. Princípio da verdade material.

O princípio da investigação ou da verdade material demonstra que “a actividade investigatória do Tribunal não é limitada pelos elementos de facto carreados para o processo pelos outros sujeitos processuais. O Tribunal pode autonomamente trazer ao processo as circunstâncias que devam reputar-se relevantes”²⁴.

Deverá então o Tribunal ordenar a produção de todos os meios de prova que considere necessários para a descoberta da verdade. Cabe ao MP, na fase de inquérito, a promoção do processo penal, como nos diz o artigo 263.º do CPP, tendo este que analisar e interpretar todos os meios de prova que a ele lhe chegam²⁵.

²¹ Vide, Lições do Prof. Doutor Figueiredo Dias, corrigidas por Maria João Antunes, Assistente da Universidade de Coimbra, *Direito Processual Penal*, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1988-1989, pág. 139.

²² Vide, Ana Raquel Conceição, *Escutas Telefónicas- Regime Processual Penal*, Quid Juris, Lisboa, 2009, pág.42.

²³ Vide, Lições do Prof. Doutor Figueiredo Dias, corrigidas por Maria João Antunes, Assistente da Universidade de Coimbra, *Direito Processual Penal*, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1988-1989, pág. 138.

²⁴ Vide, Henrique Eiras, *Processo Penal Elementar*, Quid Juris, 7ª Edição, 2008, pág. 138.

²⁵ Vide, Acórdão do TRP, de 2 de Novembro de 2005, disponível em www.djsi.pt/.

O princípio da investigação traduz-se no poder-dever do julgador, oficiosamente, esclarecer e instruir o facto sujeito à sua apreciação com vista à boa decisão da causa.

Este princípio tem como objectivo a protecção dos direitos fundamentais, como o direito à segurança, consagrado no artigo 27.º da CRP, das exigências de ordem pública e confiança no sistema jurídico.

O Tribunal nos processo-crime ao contrário do que sucede nos processos civis, não se limita à prova apresentada pelos sujeitos processuais, sempre que têm conhecimento de um facto que entende ser relevante para a descoberta da verdade material, o juiz tem o poder e o dever de o investigar por si²⁶.

Existem no entanto limites a este poder de investigação do julgador. Pois a partir de determinado momento processual, nomeadamente a acusação, estará definido o objecto do processo, a partir desse momento o juiz não poderá conhecer novos factos que importem uma alteração substancial do objecto do processo²⁷, caso contrário, seria impossível o arguido saber do que estava a ser acusado, o que colocaria em causa todos os direitos de defesa do arguido.

Por isso podemos dizer que “no processo penal está em causa não a “verdade formal”, mas a “verdade material”, que há-de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há-de ser antes de tudo, uma verdade judicial, prática e, sobretudo não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida”²⁸.

3. Meios de obtenção de prova afins às buscas

3.1. Exames

Estão previstos nos artigos 171.º a 173.º do CPP. O exame é um meio de obtenção de prova através do qual se inspeccionam e se documentam todos os vestígios que possam ter sido deixados no local o crime, bem como todos os indícios relativos ao modo e ao

²⁶ Vide, Artigos 340.º; 323.º alíneas a) e b); 158.º n.º1; 289.º; 290.º a 294.º, todos do CPP.

²⁷ Em relação a Alteração Substancial dos Factos ver Frederico Isasca, A Alteração Substancial dos Factos e a sua relevância no Processo Penal Português, Almedina, 1999.

²⁸ Vide, Lições do Prof. Doutor Figueiredo Dias, corrigidas por Maria João Antunes, Assistente da Universidade de Coimbra, *Direito Processual Penal*, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1988-1989, pág. 131.

local onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido²⁹. Logo os exames poderão incidir sobre, pessoas, lugares ou coisas.

A realização de exames aquando da notícia da prática de um crime permitem que o tribunal observe directamente factos relevantes quanto à matéria de prova, prova esta que poderá ser sujeita a perícia ou poderá ser directamente valorada pelo juiz. Podemos desde já distinguir os exames das perícias, pois os últimos têm que ser analisados por quem tenha conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos³⁰. O exame não pressupõe qualquer conhecimento especial, mas os elementos que através dele forem recolhidos poderão posteriormente ser objecto de perícia ou poder ser avaliados mediante a livre apreciação da prova como se extrai do artigo 127.º do CPP ou seja, o exame é um meio de obtenção de prova e a perícia é um meio de prova.

Como já vimos, do artigo 171.º n.º1 do CPP retiramos que os exames podem ser efectuados em lugares ou em pessoas ou coisas. Caso a pessoa se recuse à realização desta diligência, pode ser forçada através de despacho da autoridade judicial competente.

O artigo 171.º n.º2 do CPP assume um carácter preventivo, no qual se incluem medias cautelares com o objectivo de preservar eventuais vestígios. Nos casos de perigo iminente de perda deste meio de obtenção de prova o exame pode ser nos casos de urgência, executado pelos OPC de forma a realizarem esta medida urgente, evitando assim que os vestígios se alterem ou se apaguem antes de serem examinados. Os OPC nestes casos poderão providenciar todas as medidas necessárias para que não se percam esses indícios, podendo vedar os locais às pessoas, ou qualquer acto que possa por em causa a descoberta da verdade material, prevendo-se inclusivamente a detenção de pessoas sempre que a sua presença se mostre indispensável à acção.

Os OPC podem ainda proceder a uma descrição do local do crime, do estado em que se encontram as pessoas, ou coisas, que no local poderão ter existido, realizando sempre que possível uma reconstituição e descrever, o modo, e as causas de alteração ou do desaparecimento, no caso dos vestígios entretanto se encontrarem alterados ou terem mesmo desaparecido, como extraímos do artigo 171.º n.º3 do CPP.

Nos termos do artigo 171.º n.º 4 e do artigo 249.º, ambos do CPP, esta diligência está enquadrada nas medidas cautelares e de polícia. No que toca aos direitos das pessoas, sujeitas a exame, teremos que analogicamente interpretá-las segundo o disposto nos artigos

²⁹ Vide, Artigo 171.º n.º1 do CPP “Por meio de exames das pessoas, dos lugares e das coisas, inspeccionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram e sobre as quais foi cometido”.

³⁰ Este conhecimento é um conhecimento superior ao do Homem médio.

175.º e 176.º do CPP, as revistas e buscas. Podendo a recusa ou desrespeito da ordem dada pelo agente da autoridade consubstanciar o tipo penal previsto no artigo 348.º n.º1 do CP, ou seja, pode incorrer em desobediência, pois o artigo 172.º prevê que tenham que ser ordenados ou autorizados pela AJ³¹.

A autoridade que preside ao exame terá nos termos dos artigos 253.º n.º1 e 275.º n.º1 do CPP, que elaborar um auto da diligência independentemente de a acção realizada ter por objecto pessoas, coisas ou lugares.

A lei n.º 48/2007 alterou a redacção do n.º2 do artigo 171.º, restringindo a competência da autoridade judiciária, mas no que concerne ao exame sobre as características físicas ou psíquicas das pessoas, mantem-se reserva de competência do juiz.

3.2. Revistas

As revistas vêm previstas no artigo 174.º do CPP. Através da interpretação desta norma legal concluímos que as revistas são uma inspecção à pessoa, que pode ser sumária ou minuciosa, e poderá ocorrer a qualquer hora do dia ou a noite. Com as revistas é pretendido averiguar se a pessoa, com ela visada, possui consigo objectos ou indícios, mais ou menos ocultos, relacionados com a prática de um crime, e que possam constituir prova material³².

As revistas podem ter um de dois fins: ser um meio de obtenção de prova³³, ou podem ser uma medida cautelar e de polícia³⁴, com a finalidade de manter a ordem pública e a segurança, numa vertente preventiva. A actuação dos OPC está constitucionalmente consagrada no artigo 272.º n.º 2.

Mas estes fins estão ligados, pois à revista desenvolvida no âmbito das medidas cautelares e de polícia; em regra assenta num meio de obtenção de prova, pelo “que o seu estudo ter-se-á de ancorar em uma interdependência lógica e adequada a cada um dos

³¹ Tratando-se de pessoa ou proprietário de local ou coisa a examinar, cujo consentimento foi legalmente obtido, é aplicável o disposto nos artigos 270.º n.º1 e 249.º n.º2 alínea a) conjugado com o artigo 172.º n.º1, à contrario. Em caso de não consentimento, só a AJ, artigo 172.º n.º1, poderá ordenar a realização do exame, dando cumprimento da cominação que decorre do incumprimento, nos termos do artigo 348.º n.º1 do CPP. Ao recusar o acatamento da ordem que lhe foi transmitida, o visado incorre num crime de desobediência, podendo, tal recusa, justificar o uso da força, como forma de o compelir, sujeitar, ao seu acatamento.

³² Vide, Manuel Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, pág. 406.

³³ Vide, artigos 174.º e 175.º do CPP.

³⁴ Vide, artigo 251.º do CPP, artigo 5º da Lei n.º8/97 de 12 de Abril, artigo 17.º n.º1 da Lei n.º38/98 de 4 de Agosto, e artigo 4.º da Lei n.º30/2000 de 20 de Dezembro.

institutos sem que nenhum perca a sua importância e sem que estejam isolados. Pois são factos distintos da mesma realidade.”³⁵

A busca pode ser uma medida cautelar aplicada pelos OPC no âmbito da sua competência para a prática de actos pré-processuais, ligados à apreciação e validação judicial, actos estes de natureza cautelar “necessários e urgentes para assegurar os meios de prova”, como retiramos do n.º1 do artigo 249.º do CPP. Este meio de obtenção de prova previsto como acto cautelar que pode ser aplicado pelos OPC tem que respeitar os princípios da legalidade, tipicidade, proporcionalidade, boa-fé, do interesse público e também do interesse particular da pessoa sujeita a esta diligência.

Como medida cautelar a revista está vinculada aos princípios da necessidade e da urgência em assegurar os meios de prova³⁶, vincula-se ainda ao princípio da suspeitabilidade da prática de um crime³⁷ e ainda a verificação ou da fuga ou da detenção do cidadão³⁸. E sem esquecer o princípio geral da causalidade em contraposição com a finalidade deste meio de obtenção de prova, que tem que ser uma suspeita fundada e a ocultação de objectos relacionados com o crime e que esses objectos sejam susceptíveis de servir como prova (artigo 251.º, n.º1, alínea a) do CPP).

Como medida cautelar assenta em dois pressupostos, nos direitos fundamentais e na fuga à “auto-incriminação” coerciva. Quanto ao primeiro pressuposto, a revista como medida cautelar, tem que respeitar todos os princípios fundamentais enunciados, princípios estes que tutelam todo o Direito Processual Penal. Se os OPC, na sua actuação, não respeitarem material e formalmente estes princípios, estão a ferir bens jurídicos pessoais fundamentais e tornam esse meio de prova nulo ou proibido.

Quanto ao segundo pressuposto da revista como medida cautelar da fuga à auto-incriminação coerciva, temos antes de mais que dizer que esta revista é realizada sem ordem ou autorização da AJ competente para o efeito, e por outro lado será legítimo qualquer acto de recusa por parte do cidadão à revista.

Na opinião de Manuel Guedes Valente este acto não constitui qualquer crime de desobediência³⁹, pois ao arguido ou suspeito “é legítimo defender-se das medidas pré-judiciais ou judiciais que o incriminem ou conduzam à “auto-incriminação” coerciva”.⁴⁰

³⁵ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, I Congresso de Processo Penal, *Revistas e Buscas, Que viagem queremos fazer?*, pág. 290.

³⁶ Vide, artigos 249.º n.º1 e 251.º n.º1 alínea a) parte final, do CPP.

³⁷ Vide, artigo 251.º n.º1 alínea a) do CPP.

³⁸ Vide, artigo 251.º n.º1 alínea a) do CPP.

³⁹ Não constitui o acto que recusa ou obstrução à justiça a ocultação de objectos cortantes ou perfurantes. Se os OPC solicitarem à pessoa que retire das suas roupas esse tipo de objectos, nomeadamente seringas e o

As revistas podem ser autorizadas pela AJ ou consentidas pelo visado. Em regra esta diligência carece de autorização ou ordem da AJ competente ⁴¹, ou do consentimento do visado ⁴².

Quando é a AJ a ordenar a revista a pessoa está perante uma imposição coactiva; se estivermos perante o consentimento, a obtenção de prova será realizada através da “colaboração activa” do agente para a realização da justiça e da descoberta da verdade material ⁴³.

Como sabemos a ordem ou autorização judicial legítima coercivamente o meio de obtenção de prova, que incide na obtenção de “objectos relacionados com o crime e que possam servir de prova ⁴⁴” contra si próprio. O que provocará certamente humilhação por se sentir esse instrumento ou meio de prova, “não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta activa, querida e livre, mas também quando (...) contra a sua vontade uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova. (...) o tormento, a humilhação de ser instrumento contra si próprio podem, em caso de passividade forçada e verificadas certas circunstancias, ser maiores que em caso de colaboração activa” ⁴⁵. Desta forma não podemos considerar que a recusa nesse acto policial ou processual possa ser vista como obstrução à justiça, mas uma legítima acção de fuga à “auto-incriminação” coerciva ⁴⁶.

No plano do consentimento existe uma colaboração activa na realização da justiça, dispondo assim o cidadão do direito fundamental, e afasta a necessidade de autorização prévia da AJ. Este consentimento expresso por parte do cidadão sobre o qual recaem indícios de ocultação de provas.

A revista é um meio de segurança preventiva, com vista a proteger bens jurídicos pessoais fundamentais como a vida e a integridade física, e tem como finalidade evitar um mal maior que se traduz na protecção de bens jurídicos de valor superior ao bem jurídico restringido com a revista.

individuo deliberadamente os ocultar com o intuito de ferir o OPC, ou sabendo do perigo ou da possibilidade daquele se ferir, mas nada faz para evitar a agressão este cenário prende um quadro jurídico-penal que não se confunde com o crime de obstrução à justiça. Manuel Monteiro Guedes Valente, *I Congresso de Processo Penal, Revistas e Buscas, Que viagem queremos fazer?*, pág. 293.

⁴⁰ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *I Congresso de Processo Penal, Revistas e Buscas, Que viagem queremos fazer?*, pág. 293.

⁴¹ Vide, artigos 174.º n.º 1 e 3 e n.º3 do artigo 53.º do DL n.º15/93 de 22 de Janeiro e artigo 34.º nº4 da CRP.

⁴² Vide, artigos 174.º n.º5 alínea b) e n.º3 do artigo 53.º do DL nº15/93 de 22 de Janeiro.

⁴³ Vide, Manuel Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova*, 2006, pág. 127.

⁴⁴ Vide, artigo 174.º n.º1 do CPP.

⁴⁵ Vide, Manuel Costa Andrade a citar Wolflast, *Sobre as Proibições de Prova*, 2006, pág. 127 e 128

⁴⁶ Vide, neste sentido, Manuel Monteiro Guedes Valente, *I Congresso de Processo Penal, Revistas e Buscas, Que viagem queremos fazer?*, pág. 291.

O visado com a revista tem direito a ser notificado do despacho que a determinou. Tendo também o direito de recusá-la, não dando o seu consentimento, fazendo com que a mesma dependa de um de autorização prévia da entidade judicial competente.

A revista ainda que fundamentada em autorização judicial, obriga ao cumprimento de várias formalidades⁴⁷, onde destacamos a entrega obrigatória, ao visado, (a ser constituído arguido, se não o for já, em observância com o artigo 59.º do CPP), de cópia do despacho que esteve na base da diligência⁴⁸. O mandado de revista deve conter a identidade do visado, quando conhecida, em caso de desconhecimento, o mandado deverá incluir sinais ou marcas exteriores, de forma o mais minuciosa possível, e sempre que exequível deverá conter alguma imagem em suporte fotográfico. Quando terminada a revista deverá ser elaborado e entregue uma cópia ao visado do auto de diligência⁴⁹, nos termos do disposto no artigo 89.º do CPP.

No caso de uma revista utilizada como medida de segurança ou preventiva, isto é, sem autorização prévia, esta diligência só será válida, se verificarem determinados pressupostos: que de facto haja fundado motivo para acreditar que aquela pessoa detém objectos que poderão servir de prova de um crime e que a medida é necessária e urgente. Se não estivermos perante estas duas situações cumulativamente, abre-se caminho à resistência “a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”, é o que se retira do artigo 21.º da CRP.

⁴⁷ Vide, Artigo 175.º do CPP, de que pode aferir-se ao arguido o direito à presença na diligência de uma pessoa da sua confiança, que se apresente sem delonga, além da do seu advogado. Pode ainda aferir-se da leitura do n.º 2 do mesmo artigo, que a revista deve respeitar a dignidade pessoal do visado e, na medida do possível o pudor do mesmo.

⁴⁸ Deverá conter obrigatoriamente que o visado tem o direito à presença na diligência de uma pessoa da sua confiança, que se apresente sem delonga, além da do seu advogado. Se a compreensão do visado não for completa, por incapacidade psíquica, permanente ou temporária, por analfabetismo, ou incompreensão justificada da língua portuguesa, devem ser observados necessários para que o visado possa compreender, sob pena de irregularidade, que se poderá traduzir na invalidade do acto, arguível pelo interessado, nos termos do disposto no artigo 123.º n.º 1 do CPP.

⁴⁹ No auto de diligência deverá contar para além da assinatura, a identidade da autoridade que realizou a revista e das pessoas lá presentes, a identidade do arguido e a menção explícita da sua manifestação de vontade, relativa ao consentimento da revista. Também deverá constar neste auto, a data completa e hora, indicando com precisão quando teve início e fim, o local, e eventuais medidas que poderão ter sido tomadas para a salvaguarda do pudor do visado, assim como uma descrição detalhada de como se efectuou a busca, (qualquer incidente, declarações ou comportamentos), e descrição de todos os objectos encontrados na decorrência da diligência. Deverá ser datado, assinado, e nele ter a menção que foram comunicados os direitos ao visado, e havendo-o é a ele entregue a cópia do despacho que determinou a realização da diligência. Se alguma destas formalidades for desrespeitada, estamos perante uma irregularidade prevista no artigo 123.º do CPP.

No que diz respeito à fuga à “auto-incriminação” coerciva deve ser sempre sujeita à apreciação e validação judicial, como retiramos do artigo 251.º n.º2, conjugado com o 174.º n.º6, ambos do CPP.

Nos casos previstos no artigo 175.º n.º5, alíneas a), b) e c), nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando hajam fundados indícios da prática eminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade física das pessoas, podem os OPC efectuar revistas, mas terão que actuar nos termos do disposto no artigo 174.º n.º6, e devem ser imediatamente comunicadas ao juiz para este a validar.

3.3. Apreensões

As apreensões são um meio de obtenção de prova (artigo 178.º e 176.º do CPP). Permite que se apreendam os mais diversos objectos que tenham servido ou possam servir à prática de um crime, que constituam o seu produto, lucro, preço ou recompensa, que tenham sido deixados pelo agente no local do crime, entre outros.

Neste meio de obtenção de prova está em causa o direito de propriedade dos cidadãos, previsto no artigo 62.º da CRP. As apreensões dependem de ordem ou autorização judicial. Tal como a declaração de perda de bens a favor do Estado, é da competência exclusiva do juiz⁵⁰. No entanto podem ser efectuadas apreensões pelos OPC sem autorização ou ordem prévia da AJ competente, no decorrer de buscas ou revistas, ou ainda quando haja urgência ou perigo na demora⁵¹. Estarão contudo sujeitos a validação judicial no prazo máximo de 62 horas, como se extrai do artigo 178.º n.º5 do CPP.

O legislador deu relevo às apreensões de correspondência consagradas como medida cautelar e de polícia⁵², à apreensão em escritório de advogado ou em consultório médico, bem como em estabelecimento bancário. Este relevo foi dado tendo em conta o segredo profissional a que estes profissionais estão vinculados bem como a restrição de direitos fundamentais, nomeadamente a dignidade da pessoa humana e o direito à reserva da vida privada e familiar. Somente o juiz poderá ordenar ou autorizar a apreensão de correspondência, e essa autorização só será dada se forem verificados cumulativamente os requisitos previstos no artigo 179.º n.º1 do CPP⁵³.

⁵⁰ Vide, artigo 374.º n.º3 alínea c) do CPP.

⁵¹ Vide, artigos 178.º n.º4 e 249.º n.º2 alínea c) do CPP.

⁵² Vide, artigo 252.º do CPP.

⁵³ O juiz deve ordenar ou autorizar a apreensão perante fundadas razões para acreditar que: a) a correspondência foi expedida pelo sujeito ou lhe é dirigida, mesmo que sobre nome diverso ou através de pessoa diversa; b) está em causa crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo a 3 anos; c) a

E será também o juiz a primeira pessoa a conhecer o conteúdo das correspondências apreendidas⁵⁴. Podem no entanto ser os OPC a terem esse primeiro contacto com a correspondência apreendida mas unicamente se for autorizado pelo juiz, nos casos em que se verifique que a correspondência em causa possa ter informações úteis à investigação de um crime ou conduzir à sua descoberta e se a sua demora puder levar à sua perda⁵⁵.

Os OPC podem ordenar a suspensão da remessa na estação dos correios em que essa correspondência se encontra, enquanto aguardam a ordem ou autorização judiciária para procederem à apreensão; se no prazo de 48 horas a ordem não for convalidada por despacho do juiz a correspondência será remetida ao seu destinatário⁵⁶.

É proibida a apreensão de correspondência entre o arguido e o seu defensor, excepto quando o juiz tenha razões fundadas de que a mesma constitui objecto ou elemento de um crime⁵⁷.

Nas apreensões realizadas em escritórios de advogados, consultórios médicos ou estabelecimentos bancários, devido à obrigatoriedade de salvaguarda dos princípios éticos das profissões em causa, estão sujeitas ao regime especial das buscas efectuadas nesses locais, como retiramos da conjugação dos artigos 180.º n.º1 e 177.º n.º5 e n.º6 do CPP.

Estão sempre excluídos deste meio de prova todos os documentos abrangidos pelo segredo profissional, só poderão ser apreendidos se constituírem objecto ou elemento de um crime⁵⁸.

Relativamente às apreensões realizadas em instituições bancárias de crédito, quer se trate de apreensões de valores, títulos, quantias ou quaisquer outros objectos, mesmo que guardados em cofres individuais, só podem ser ordenadas pelo juiz nos casos em que há fundadas razões para acreditar que se encontram relacionados com um crime e se revelem de grande interesse para a descoberta de prova ou da verdade. Os bens podem ser ou não propriedade do arguido ou estarem em nome dele ou de outra pessoa como retiramos do artigo 181.º n.º1 do CPP.

Quem determina quais os objectos a apreender é o juiz, podendo ser auxiliado pelos OPC ou técnicos qualificados sempre que pela sua complexidade seja necessário, ficando

diligência se revelar de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova. Impõe-se uma limitação à restrição dos direitos fundamentais afectados, de forma a salvaguardar o seu núcleo essencial.

⁵⁴ Vide, artigo 179.º n.º 3 e 252.º n.º1 do CPP.

⁵⁵ Vide, artigo 252.º n.º2 do CPP.

⁵⁶ Vide, artigo 252.º n.º3 do CPP.

⁵⁷ Vide, artigo 179.º n.º2 do CPP.

⁵⁸ Vide, artigo 180.º n.º3 e 179.º n.º3 do CPP.

todos os intervenientes sujeitos ao segredo de justiça relativamente aos factos de que tomaram conhecimento através da diligência, factos estes que não têm interesse para a prova como resulta do artigo 181.º n.º2 do CPP.

Quanto à apreensão de objectos que estejam na posse de pessoa sujeita a segredo profissional ou de funcionário ou Segredo de Estado, devem estas pessoas entregar estes objectos ou documentos à AJ que o tiver ordenado, excepto se invocarem por escrito esses segredos como retiramos do artigo 182.º n.º1 do CPP. Deve nestes casos proceder-se como dispõe o artigo 182.º n.º1 e n.º2, nos termos aplicáveis à recusa a depor, de acordo com o que vem estatuído nos artigos 135.º n.º2 e n.º3, 136.º n.º2 e 137.º n.º3 do CPP.

Sempre que possível os objectos apreendidos são selados, estando presentes no levantamento dos selos, sempre que possível, as mesmas pessoas que estiveram presentes na sua aposição, nos termos do disposto no artigo 184.º do CPP.

A AJ poderá ordenar, com base no artigo 185.º do CPP, a venda ou a afectação a finalidade pública ou socialmente útil, tomar medidas de conservação ou manutenção necessárias, podendo ainda ordenar a destruição de coisas, objecto da apreensão, que pelas suas características são perecíveis, perigosos ou deterioráveis.

Se os objectos da apreensão forem documentos, será junta cópia destes aos autos e restituem-se os originais ao proprietário. Se não for possível dispensar o original, junta-se este aos autos e tira-se cópia ou se extrai certidão dele para ser entregue ao seu titular.

Quando solicitado é entregue cópia do auto de apreensão a quem é o titular legítimo dos documentos apreendidos, como se retira do artigo 183.º do CPP.

Os objectos apreendidos que não tenham sido declarados perdidos a favor do Estado são restituídos ao seu legítimo proprietário, quando a apreensão dos mesmos se torne desnecessária por efeitos de prova, logo que a sentença transite em julgado⁵⁹ - artigo 186.º n.º1, n.º2 e n.º5 do CPP

3.4. Buscas *online*

No âmbito do nosso estudo consideramos importante fazer uma breve análise das buscas *online*.

Quando falamos em buscas *online* referimo-nos ao conjunto de actos que permitem escutar ou gravar a partir do exterior do domicílio o que nele se passa e desenvolve. O que

⁵⁹ Excepto quando a apreensão dos objectos pertencentes ao arguido ou ao responsável civil deva ser mantida a título de arresto preventivo, como dispõem o artigo 228.º do CPP.

se consubstancia numa intromissão na esfera da privacidade do domicílio de qualquer indivíduo, violando o preceito consagrado no artigo 34.º da CRP.

Com as buscas *online* é possível pesquisar o conteúdo de um determinado sistema informático sem que os órgãos de polícia criminal necessitem de se deslocar ao local onde se encontra o computador. Esta pesquisa é realizada a partir de outro terminal informático, sem que ao visado seja concedida a possibilidade de controlar os limites legais da diligência. A pessoa visada com esta busca nem sequer tem consciência de que ela está a ser realizada.

Esta medida sendo lesiva dos direitos fundamentais pessoais do cidadão, tem que estar prevista na lei, ser sujeita a requisitos de admissibilidade, formalidades especiais, e respeitar os princípios da necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade. Há uma exigência de legalidade e de reserva de lei, tendo obrigatoriamente que existir uma lei expressa, clara e determinada.

O artigo 35.º n.º 2 da CRP, prevê que “a lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente”, consagrando assim uma reserva de lei, para a utilização informática de dados pessoais.

Vemos assim que o artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa visa proteger o tratamento de dados pessoais informatizados, tratamento este que se encontra intimamente ligado a outros direitos fundamentais indispensáveis num qualquer Estado de Direito: o direito à dignidade da pessoa humana, o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito à integridade pessoal e o direito à autodeterminação informacional.

O direito à autodeterminação informacional visa proteger o indivíduo nos momentos informatizados de recolha, armazenamento, utilização e transmissão dos seus dados pessoais. Todos temos direito de controlar os dados que nos dizem respeito. O n.º 4 do artigo 35.º da CRP contém uma excepção a este direito fundamental, pois nele se lê que “é proibido o acesso a dados pessoais de terceiros excepto nos casos previstos na lei”.

A Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, veio concretizar esta excepção, ficando assim legalmente prevista. No artigo 4.º desta Lei encontramos as categorias de dados a conservar e ainda as formalidades a observar aquando da obtenção da prova⁶⁰.

⁶⁰ Vide, Artigo 9.º da Lei n.º 32/2008.

Os novos meios de comunicação electrónica, especialmente os meios informáticos, revolucionaram a maneira como trabalhamos, comunicamos e socializamos. Actualmente é possível comunicar com um amplo número de pessoas, independentemente da distância a que as mesmas se encontram. Neste sentido, a distância passou a ser irrelevante, pois podemos enviar, uma mensagem de correio electrónico ou *e-mail*, para qualquer destinatário em qualquer local do mundo, e este recebê-la instantaneamente.

A particularidade e novidade em termos criminais é patente pelo facto de estarmos perante a prática de crimes cometidos a distância, sem necessidade de haver contacto físico entre o criminoso e a vítima, e também pelo efeito de não existirem fronteiras, o que levanta problemas jurisdicionais quanto a competência territorial.

O Direito terá, naturalmente, que acompanhar toda a evolução no mundo comunicacional e informático. Acresce a todo esta problemática a singularidade de que o material tecnológico é inovador e está em constante mudança.

No ornamento jurídico português, a legislação Penal referente à criminalidade informática está prevista em vários diplomas, foi criada a lei específica para o tratamento da criminalidade informática a denominada lei do Cibercrime, (Lei 109/2009 de 15 de Setembro), a lei de protecção dos dados pessoais, (Lei 67/98, de 26 de Outubro), foram mantidas no CP um conjunto de normas directamente relacionadas com e telecomunicações nomeadamente o crime previsto e punido no artigo 221.º que tem a epigrafe de “Burla informática e nas comunicações”. No CPP temos uma extensão do regime das escutas telefónicas previstas no artigo 189.º n.º 1 do CPP que remete para o artigo 187.º e 188.º do mesmo diploma legal.

De acordo com o artigo 341.º do Código Civil, “as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”.

Torna-se de grande importância definir a expressão “prova digital”. Segundo Benjamim da Silva Rodrigues⁶¹, prova digital é um “qualquer tipo de informação com valor probatório, armazenada em repositório electrónico-digital ou transmitida em sistemas e redes informáticas ou rede de comunicações electrónicas, privadas ou publicamente acessíveis, sob a forma binária ou digital”.

⁶¹ Vide, Benjamim Silva Rodrigues, *Das Escutas Telefónicas à Obtenção da Prova (em Ambiente) Digital*, Almedina, 2009, pág. 117.

Na opinião de Pedro Verdelho⁶² “os hábitos actuais conferem uma grande importância ao correio electrónico. Neste sentido, a sua recolha e utilização como prova terá tanta importância no que respeita aos crimes cometidos especificamente no mundo digital como em relação à criminalidade em geral”.

A investigação criminal, como sabemos, tem como principal objectivo a descoberta de factos que constituam crime. Tendo como objecto reunir os indícios que permitam concluir se estamos ou não diante de factos que preencham tipos de crime.

A classificação maioritariamente aceite da definição de crime informático, é a que relaciona a criminalidade informática com a função que o computador desempenha na execução do crime, desta forma podem ser crimes informáticos, os que o meio de cometimento do crime é o computador, e crimes em que o computador é o alvo do crime.

No Título III, do Capítulo II do Código de Processo Penal estão previstas as revistas e buscas como meios de obtenção de prova, estabelecendo aqui o CPP as regras relativas ao seu regime. “As buscas são meios de obtenção de prova, que se realizam em locais reservados ou não livremente acessíveis ao público, desde que sobre esse mesmo local existam indícios de que nele se encontram objectos relacionados com a prática de um crime e que são susceptíveis de servirem de prova no processo-crime (...)”⁶³. A busca é um instrumento de recolha de provas da prática de um crime. A busca é sempre um acto causal, isto é, tem sempre uma razão implícita.

As buscas deverão ser sempre autorizadas por despacho judicial. Contudo o n.º 5 do artigo 174.º do CPP ressalva alguns casos em que os órgãos de polícia criminal poderão proceder às buscas sem despacho prévio. Na base desta excepção está uma ponderação de valores e interesses. Entende-se que para ser possível violar o domicílio de alguém sem autorização judicial deverão estar em causa valores jurídicos superiores ao domicílio, tais como a integridade física ou a vida. São casos em que se deve optar sempre pelo mal menor. O artigo 251.º do CPP consagra ainda outro caso em que é possível proceder a buscas sem despacho judicial, razão esta que se prende com a urgência e a necessidade de salvaguardar os meios de prova.

A busca deve respeitar, na medida do possível, a dignidade pessoal e o pudor do visado, caso contrário, poderemos estar perante uma proibição de prova constante do artigo 126.º do Código de Processo Penal.

⁶² Vide, Pedro Verdelho, *A Obtenção de Prova no Ambiente Digital*, Revista do Ministério Público, Ano 25, n.º 99, Julho/Setembro 2004, pág. 122.

⁶³ Vide, Manuel Monteiro Guedes, *Revistas e Buscas*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 59-107.

Quanto às buscas informáticas, devemos atender a dois momentos. No primeiro existe uma preocupação com a descoberta e identificação dos sistemas informáticos onde se situa a prova digital. No segundo momento o objectivo é identificar o tipo de informação digital contida nos ditos sistemas informáticos.

Para além da busca, como já vimos, também a apreensão é uma forma essencial para a obtenção de provas. É permitido aos órgãos de polícia criminal que apreendam objectos e documentos, quer em domicílio, quer em instalações empresariais ou escritórios.

Tendo nós a ideia formada quanto ao modo tradicional de apreensão de informação, Pedro Verdelho⁶⁴ sugere outras que se adequarão melhor à realidade do ciberespaço. Segundo este autor, poderá ser realizada uma cópia dos dados informáticos em causa, abrindo-se a possibilidade de preservar a integridade desses mesmos dados ou, até, torná-los inacessíveis, removendo-os de um determinado sistema informático. Na opinião deste autor, “no ambiente informático (...) as perícias são particularmente importantes”, mas é necessário que haja conhecimentos técnicos para analisar os factos em investigação e os elementos de prova obtidos. Só assim se poderá indiciar quem terão sido os autores do crime em questão, e estes peritos são as pessoas mais indicadas para declarar a sua opinião em audiência de julgamento, facilitando a percepção desses mesmos elementos de prova.

A aplicação do regime das buscas é aqui considerada face aos casos em que o correio electrónico já foi aberto e lido, devendo ser entendido como um mero ficheiro informático.

Tal como nos meios probatórios tradicionais, também aqui deverá haver um interesse probatório em objectos relacionados com o crime para que se proceda à sua apreensão. Os OPC poderão apreender o próprio computador onde o correio electrónico se encontra ou efectuar cópias dos conteúdos para suportes informáticos autónomos. Este método de apreensão parece ser equivalente à apreensão física tradicional, tendo esta duas vantagens: não retirar os equipamentos aos seus titulares e não ser necessário o armazenamento desses equipamentos por parte das autoridades.

Na realização da diligência há procedimentos a ter em conta, e é de salientar um: nenhum acto por parte dos OPC deve alterar os dados contidos num computador ou noutro meio de armazenamento informático.

⁶⁴ Vide, Pedro Verdelho, *Apreensão de Correio Electrónico em Processo Penal*, Revista do Ministério Público, ano 25, n.º 100, Outubro/Dezembro 2004, pág. 154.

Pedro Verdelho⁶⁵ resume esta temática dizendo que “enquanto circulam pelas redes comunicacionais, do computador de origem, através de servidores, até ao computador de destino, as mensagens são inequivocamente uma comunicação electrónica. No entanto, após o seu recebimento pelo computador destinatário, a comunicação cessa. A mensagem pode ficar arquivada no computador de destino ou ser apagada. Neste momento, na sua essência, uma mensagem de correio electrónico em nada se distingue de uma carta remetida pelo correio físico, dito tradicional, que após ser recebida pode igualmente ser guardada ou destruída. Portanto, neste estágio, as mensagens de correio electrónico deixam ser uma comunicação, passando a ter a natureza similar à da correspondência, embora sob a forma digital”.

A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, Lei do Cibercrime, transpõe para a nossa ordem jurídica interna a Decisão-Quadro 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação e regras e princípios da Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa (Convenção de Budapeste), “estabelece as disposições penais materiais e processuais, bem como as disposições relativas à cooperação internacional em matéria penal, relativas ao domínio do cibercrime e da recolha de prova em suporte electrónico (...)”, como retiramos do artigo 1.º dessa lei. Esta lei veio regular, pela primeira vez, as diligências de obtenção de prova relacionadas com a criminalidade informática, ou nos casos em que seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico, como retiramos do artigo 11.º n.º1 da Lei do cibercrime. Esta lei tem três principais objectivos, a redefinição e actualização de normas penais aplicáveis ao cibercrime, a criação de medidas processuais que viabilizem a obtenção e recolha de dados para fins de investigação criminal e a implementação de normas específicas relativas à cooperação internacional em matéria Penal.

Consideramos que esta lei veio facultar um novo instrumento a investigação criminal, adequando as normas substantivas e processuais a uma nova realidade digital, que é liderada pelas tecnologias de informação e comunicação.

O artigo 14.^{o66} desta lei estabelece um regime de obtenção de dados com aplicação exclusiva em sede de inquérito, não poderá nunca ser utilizada como medida de prevenção

⁶⁵ Vide, Pedro Verdelho, *A Obtenção de Prova no Ambiente Digital*, Revista do Ministério Público, Ano 25, n.º 99, Julho/Setembro 2004, pág. 130.

⁶⁶ Artigo 14.º da Lei do Cibercrime - Injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados.1 - Se no decurso do processo se tornar necessário à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, obter dados informáticos específicos e determinados, armazenados num determinado sistema informático, a autoridade judiciária competente ordena a quem tenha disponibilidade ou controlo desses dados que os comunique ao processo ou que permita o acesso aos mesmos, sob pena de punição por desobediência. 2 - A

criminal, este é um meio de obtenção de prova direccionado a fornecedores de serviços no sector das comunicações electrónicas.

No artigo 15.^{o67} foram consagradas as pesquisas de dados informáticos que coincidem, no ambiente do ciberespaço, com as clássicas formas de busca e apreensão do processo penal, sofrendo uma actualização face a esta nova realidade.

Quanto às formalidades necessárias para a legalidade deste meio de obtenção de prova, destaca-se a exigência de que, sempre que possível, seja a autoridade judiciária a presidir às diligências.

A pesquisa de dados informáticos também poderia chamar-se de “busca de dados informáticos” uma vez que esta medida processual é de facto um meio de obtenção de prova em tudo equiparável ao regime das buscas existente no CPP.

ordem referida no número anterior identifica os dados em causa. 3 - Em cumprimento da ordem descrita nos 1 e 2, quem tenha disponibilidade ou controlo desses dados comunica esses dados à autoridade judiciária competente ou permite, sob pena de punição por desobediência, o acesso ao sistema informático onde os mesmos estão armazenados. 4 - O disposto no presente artigo é aplicável a fornecedores de serviço, a quem pode ser ordenado que comuniquem ao processo dados relativos aos seus clientes ou assinantes, neles se incluindo qualquer informação diferente dos dados relativos ao tráfego ou ao conteúdo, contida sob a forma de dados informáticos ou sob qualquer outra forma, detida pelo fornecedor de serviços, e que permita determinar: a) O tipo de serviço de comunicação utilizado, as medidas técnicas tomadas a esse respeito e o período de serviço; b) A identidade, a morada postal ou geográfica e o número de telefone do assinante, e qualquer outro número de acesso, os dados respeitantes à facturação e ao pagamento, disponíveis com base num contrato ou acordo de serviços; ou c) Qualquer outra informação sobre a localização do equipamento de comunicação, disponível com base num contrato ou acordo de serviços. 5 - A injunção prevista no presente artigo não pode ser dirigida a suspeito ou arguido nesse processo. 6 - Não pode igualmente fazer-se uso da injunção prevista neste artigo quanto a sistemas informáticos utilizados para o exercício da advocacia, das actividades médica e bancária e da profissão de jornalista. 7 - O regime de segredo profissional ou de funcionário e de segredo de Estado previsto no artigo 182.º do Código de Processo Penal é aplicável com as necessárias adaptações.

⁶⁷ Vide, Lei do Cibercrime, Capítulo III - Disposições processuais, Artigo 15.º - Pesquisa de dados informáticos. 1 - Quando no decurso do processo se tornar necessário à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, obter dados informáticos específicos e determinados, armazenados num determinado sistema informático, a autoridade judiciária competente autoriza ou ordena por despacho que se proceda a uma pesquisa nesse sistema informático, devendo, sempre que possível, presidir à diligência. 2 - O despacho previsto no número anterior tem um prazo de validade máximo de 30 dias, sob pena de nulidade. 3 - O órgão de polícia criminal pode proceder à pesquisa, sem prévia autorização da autoridade judiciária, quando: a) A mesma for voluntariamente consentida por quem tiver a disponibilidade ou controlo desses dados, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; b) Nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa. 4 - Quando o órgão de polícia criminal proceder à pesquisa nos termos do número anterior: a) No caso previsto na alínea b), a realização da diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada à autoridade judiciária competente e por esta apreciada em ordem à sua validação; b) Em qualquer caso, é elaborado e remetido à autoridade judiciária competente o relatório previsto no artigo 253.º do Código de Processo Penal. 5 - Quando, no decurso de pesquisa, surgirem razões para crer que os dados procurados se encontram noutro sistema informático, ou numa parte diferente do sistema pesquisado, mas que tais dados são legitimamente acessíveis a partir do sistema inicial, a pesquisa pode ser estendida mediante autorização ou ordem da autoridade competente, nos termos dos n.ºs 1 e 2. 6 - À pesquisa a que se refere este artigo são aplicáveis, com as necessárias adaptações, as regras de execução das buscas previstas no Código de Processo Penal e no Estatuto do Jornalista.

À partida, o regime das buscas abrange por si só a possibilidade de apreensão de meios e dados informáticos conferindo ao OPC que os apreende o poder de tomar conta e conhecimento do seu conteúdo.

Por se tratar de uma especificidade em relação ao regime das buscas merece destaque a possibilidade de pesquisa em sistemas remotos, que se encontra prevista no n.º 5 do art.º 15 e que pretende contemplar desde as situações de sistemas de armazenamento em *cloud* até ao caso de uma simples *drive* remota.

Devido à interligação dos sistemas informáticos é cada vez mais frequente que os dados possam estar armazenados em locais diferentes do buscado, mas acessíveis a partir do sistema informático.

A lei prevê e alarga a pesquisa ao sistema onde os dados efectivamente se encontram armazenados ou da extracção dos dados para o sistema que está a ser alvo de pesquisa. Em todo o caso esta pesquisa adicional tem sempre que ser autorizada pela autoridade judiciária competente, e há que acautelar que todos os preceitos legais estão a ser cumpridos.

O artigo 16.º tem como epígrafe “Apreensão de dados informáticos”. No seu n.º 7 estão formuladas quatro modalidades distintas de apreensão, atendendo-se aos interesses do caso concreto e ao princípio constitucional da proporcionalidade e adequação.

O artigo 17.º introduziu no nosso ordenamento jurídico uma norma específica relacionada com a apreensão de correio electrónico. Mas quando lemos “no decurso de uma pesquisa informática (...)”, entendemos que esta apreensão de correio electrónico não é um meio de obtenção de prova autónomo e independente, mas sim uma possibilidade decorrente de uma outra diligência anterior⁶⁸.

Esta Lei veio ainda resolver a questão dos momentos que o correio electrónico atravessa, reconhecendo apenas dois, antes da leitura do *e-mail* e depois da mesma, conferindo uma protecção acrescida ao segundo momento, de armazenamento, prevendo para este, os requisitos previstos para o regime da apreensão de correspondência.

A Lei do cibercrime no seu artigo 18.º direcciona-se à interceptação de dados de conteúdo e ou dados de tráfego, sendo esta interceptação realizada sempre em tempo real⁶⁹.

⁶⁸ O regime da apreensão de correspondência estabelece que este só é aplicável em casos cujo crime tenha uma moldura penal máxima inferior a três anos, como retiramos do artigo 179.º, n.º 1, alínea b) do CPP. Com a entrada em vigor deste diploma de 2009, passa a ser admitido o acesso e obtenção do correio electrónico em todas as investigações criminais cujo crime em causa esteja previsto no mesmo diploma legal.

⁶⁹ O seu regime é remetido nos termos do n.º 4 deste artigo para o regime da interceptação e gravação de comunicações telefónicas, sendo a estas aplicados os requisitos de admissibilidade e de forma previstos no artigo 187.º do CPP, quando as formalidades remete-nos para o artigo 188.º do CPP, tendo o desrespeito a

Esta lei inseriu no ordenamento jurídico português novos meios de obtenção de prova e um novo regime de preservação e acesso aos dados informáticos. Consagrando soluções a nível da natureza do correio electrónico, esclarecendo a existência de apenas dois momentos: comunicação e armazenamento.

O fundamental na investigação criminal, além da recolha de indícios, é obter provas para que o crime possa ser provado em audiência de julgamento. No que respeita à prova digital é necessário observar várias formalidades. Benjamim Silva Rodrigues⁷⁰ explica que “a prova electrónico-digital é fragmentária, dispersa, frágil, volátil, alterável, instável, apagável e manipulável, invisível e espacialmente dispersa”. O que torna absolutamente necessário manter o controlo da produção da prova digital.

A prova digital deverá possuir a característica da durabilidade, pelo que deverão ser adoptadas determinadas precauções na sua recolha e preservação. Neste sentido, os OPC deverão observar um princípio de não alteração da prova electrónico-digital no acto de recolha. Esta área informática é altamente técnica, tornando-se decisivo haver especialização ou qualificação de agentes em investigação forense digital, de modo a não serem cometidos erros em nenhuma das fases da obtenção da prova - o acesso, recolha, armazenamento, transferência, preservação ou apresentação⁷¹.

Os OPC devem observar as formalidades descritas na lei, de modo a que todas as provas obtidas em sede de inquérito possam ser tomadas em consideração pelo juiz na audiência de julgamento. Só desta forma se poderá obter uma verdade processualmente válida, não obtida a todo o custo, e dessa forma realizar a justiça.

Esta lei do Cibercrime, nomeadamente no Capítulo III, enumera um conjunto de medidas processuais, que tendo em conta o ambiente digital, são inovadoras em relação ao CPP e trazem importantes alterações no que concerne aos regimes de apreensão e dos meios de obtenção de prova. Assim esta lei trouxe a criação de um regime próprio de preservação e meios de obtenção de provas relacionados com dados informáticos (artigos 12.º e 15.º), a criação de especificidades quanto á apreensão de dados informáticos, correio

estas regras a mesma cominação que o regime das escutas telefónicas, encontrando-se este previsto no artigo 190.º CPP, e determina a nulidade. Visto que esta interceptação da transmissões atenta contra os direitos fundamentais, nomeadamente o sigilo das comunicações ou o direito à privacidade, tem apertados requisitos de admissibilidade. Esta diligência é da exclusiva competência do juiz, ele a ordenará mediante requerimento do MP. E para ser ordenada tem que haver razões para crer que a mesma é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova, de outro modo, seria impossível ou muito difícil de obter como retiramos do artigo 18.º n.º 2 da Lei n.º 109/2009.

⁷⁰ Vide, Benjamim Silva Rodrigues, *Das Escutas Telefónicas à Obtenção da Prova (em Ambiente) Digital*, Tomo II, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 568.

⁷¹ Pois como sabemos “São nulas todas as provas obtidas mediante (...) abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”, artigo 32.º, n.º 8 da CRP.

electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante (artigos 15.º a 17.º) e também nos forneceu um alargamento dos regimes jurídicos de intercepções de comunicações e de acções encobertas (artigos 15.º e 16.º).

Estas medidas são um avanço muito significativo na adaptação legislativa a nova realidade criminal, dotando a investigação de meios capazes ao seu combate.

O seu âmbito de aplicação permite pela primeira vez a investigação de determinados crimes, dependentes de dados informáticos, os que estão tipificados na lei do cibercrime como factos ilícitos, os crimes cometidos por meio de um sistema informático, ou relativamente aos que seja necessário proceder á recolha de prova em suporte electrónico

4. Buscas

4.1. Distinção entre buscas e revistas

Antes de mais consideramos pertinente no âmbito do nosso trabalho proceder a distinção entre buscas e revistas.

O CPP engloba as buscas e as revistas no mesmo título, mas estes dois meios de obtenção de prova têm aplicações distintas.

A busca consiste “numa diligência processual penal que tem como objectivo a recolha de informação relativa à prática de um crime”⁷². O artigo do 174.º N.º2 do CPP prevê que “quando houver indícios de que os objectos referidos no artigo anterior se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público é ordenada a busca.

A busca como meio de obtenção e prova não vale por si mesma mas permite obter objectos com aptidão probatória. A busca é “um acto de investigação indirecta uma vez que não se visa a determinação do facto ou a participação do autor, mas tem antes finalidade de acautelar e de salvaguarda da prova”⁷³.

A revista, como já vimos, consiste em examinar ou inspeccionar minuciosamente uma pessoa a fim de certificar se ela oculta ou não quaisquer objectos relacionados com o crime ou que possam servir de prova”⁷⁴.

A revista distingue-se da busca dado que enquanto a primeira se faz⁷⁵ a pessoas a segunda incide sobre lugares.

⁷² Vide, Ana Luísa Pinto, *Aspectos Problemáticos das Buscas Domiciliárias*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 15, nº3, Julho/Setembro de 2005, Coimbra Editora, pág. 415.

⁷³ Vide, Gil Moreira dos Santos, *O Direito Processual Penal*, Edições Asa, pág. 45.

⁷⁴ Vide, Fernando Gonçalves, Manuel João Alves, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Lei e Crime, O Agente Infiltrado versus o Agente Provocador e os Princípios de Processo Penal*, Coimbra Almedina, 2001, pág. 219.

Tanto a revista como a busca, enquanto meios de obtenção prova visam a localização e eventual apreensão de objectos relacionados com a prática de algum crime ou que possam servir de prova do cometimento do mesmo⁷⁶.

As apreensões também são meios de prova que podem decorrer durante uma busca.

A busca fundamenta-se numa suspeita de que num determinado lugar se encontram objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova ou de que lá se encontrem o arguido ou outra pessoa que deva ser detida⁷⁷.

Uma busca domiciliária será efectuada num local que possa enquadrar o conceito normativo de domicílio com o objectivo de descobrir, recolher e apreender objectos que permitam através da sua interpretação indicar se existe ou não crime.

A busca poderá ser domiciliária ou não domiciliária consoante o local onde se realize tenha ou não função de domicílio⁷⁸.

Na interpretação à contrário do artigo 177.º do CPP depreendemos que se o local não for reservado, sendo livre e acessível ao público, estaremos perante uma busca não domiciliária.

Este meio de obtenção de prova “não se reconduz assim ao especto do domicílio; os locais inacessíveis ao público ou reservados, podem ser locais de domínio privado ou acesso condicionado (p.e. uma discoteca ou uma oficina) ou de acesso livre (p.e. como um café ou um restaurante)”⁷⁹.

A busca como meio de obtenção de prova pode ocorrer na fase de inquérito ou durante a instrução, com mais frequência na fase de inquérito; “os meios de obtenção de prova têm a regra como momento de aquisição no processo, nas fases preliminares sobretudo no inquérito”⁸⁰.

⁷⁵ Neste sentido, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, Volume I, Verbo, 1993, pág. 167.

⁷⁶ Neste sentido, Vinício Ribeiro, *Código do Processo Penal, Notas e Comentários*, Coimbra Editora, 2008, pág. 348.

⁷⁷ Neste sentido, Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pág. 469.

⁷⁸ Neste sentido, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas*, pág. 62.

⁷⁹ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, I Congresso de Processo Penal, *Revistas e Buscas, Que viagem queremos fazer?*, pág. 305.

⁸⁰ Vide, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, 1993, pág. 167.

4.2. Pressupostos da busca

A busca será realizada, “quando houver indícios que os objectos, o arguido ou outra pessoa que deva ser detida, se encontrem em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, é ordenada a busca⁸¹”.

Esta diligência ordenada pela AJ tem como objectivo, a recolha de indícios, probatórios de carácter material, fotografarias, documentação, telemóveis, e outros objectos que pelas suas características possam determinar a culpa do agente que cometeu o crime, e até poderão ser objectos com ligação directa com o crime, sejam estes relacionados com a sua preparação, que o motivam ou fundamentam o crime.

Quando é emitido o despacho da AJ, é necessário que estejam preenchidos alguns pressupostos legais. Têm de existir indícios da prática de um crime em determinado local, sendo que estes indícios não terão que ser suficientes, “apenas basta a existência de indícios que naqueles lugares existam ou se encontrem ocultos objectos relacionados com o crime ou que possam servir de meio de prova⁸²”.

Este é o principal fundamento da diligência. Considerando que a falta de fundamentação das diligências em processo penal não determina a sua nulidade, a lei não culmina essa hipótese ao contrário do que prevê para outros actos decisórios, (sentenças e acórdãos), onde a ausência de fundamentação as afecta de nulidade relativa, nos termos do 374.º n.º2 e 379.º do CPP. A falta de fundamentação ou quando esta é defeituosa determina uma irregularidade do acto nos termos do artigo 123.º do CPP.

Mas não nos estamos a referir à falta de um pressuposto da busca, apenas à falta de fundamentação de algum pressuposto.

As buscas poderão ser realizadas, antes de iniciada a fase do Inquérito, no âmbito das medidas cautelares e de polícia, podendo os OPC proceder a busca, por sua iniciativa e por razões de urgência, no âmbito da acção policial, prevista nos artigos 248.º a 253.º do CPP.

Nos termos do artigo 251.º n.º1 do CPP, está descrita a competência da realização de buscas por parte dos OPC como medida cautelar ou de polícia.

Os OPC poderão realizar buscas não domiciliárias cabendo a sindicância da mesma ao MP.

⁸¹ Vide, Artigo 174.º n.º2 do CPP.

⁸² Vide, Vinício Ribeiro, *Código de Processo Penal, Notas e Comentários*, Coimbra Editora, 2008, pág., 351.

Mas terão que ser sempre respeitados os pressupostos previstos no artigo 251.º n.º1, em conjugação com os princípios da necessidade, proporcionalidade e oportunidade, nos termos do disposto no artigo 27.º n.º 1 da CRP

As buscas não domiciliárias, em geral, são autorizadas ou ordenadas por despacho da AJ, devendo esta sempre que possível, presidir à diligência.

As buscas previstas no artigo 251.º n.º 1 alínea a) do CPP, impõem como pressupostos: não ser uma busca domiciliária; o suspeito tem que estar em fuga eminente ou que esteja detido; terá que existir razão fundada de que naquele local se ocultavam objectos relacionados com o crime, e esses objectos têm que ser susceptíveis de servirem de prova; se a busca não se efectivasse naquele momento a utilidade da diligência probatória desapareceria⁸³.

Não poderemos comparar a previsão da alínea a) do n.º 1 do artigo 251.º, com o que está previsto no artigo 174.º n.º 5 alínea c), pois neste último encontramos os casos de detenção em flagrante delito, enquanto que o artigo 251.º n.º1 alínea a) do CPP prevê os casos de fuga eminente.

Nos termos do disposto no artigo 174.º n.º 5 do CPP, os OPC podem realizar buscas, independentemente de despacho prévio da AJ, devendo as diligências realizadas nos termos da alínea a) serem comunicadas imediatamente ao JIC para ser apreciada a sua legalidade e serem validadas, devendo estas buscas mostrar-se sempre adequadas, necessárias e proporcionais á necessidade de eficácia que é competência do poder punitivo do Estado, tendo este que a impor.

Quando estamos perante um acto urgente, fruto do “*periculum in mora*”, este é relevante nos termos do disposto no artigo 174.º n.º5 alínea c) do CPP, tendo que ser imediatamente comunicado ao juiz, para aferir da legalidade da diligência e decretar a sua validade.

Relativamente a busca realizada pelos OPC sem autorização prévia da AJ, pode suceder em três circunstâncias:

a) De terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa

b) Em que os visados consintam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; ou

⁸³ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas*, Almedina, Coimbra, pág. 66.

c) Aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão.

Nestas circunstâncias deveremos sempre considerar o disposto no artigo 176.º n.º 6, sob pena de nulidade, a diligência terá que ser imediatamente comunicada ao JIC para este aferir a legalidade dos pressupostos que a motivaram, tornando-a válida, se for caso disso.

A proporcionalidade é um elemento preponderante na realização destas buscas, sem despacho prévio da AJ, pois a busca enquanto meio de obtenção de prova é lesiva dos direitos fundamentais, nomeadamente a privacidade, logo para a realização de uma busca ser legalmente aceitável, tem que se observar o bem jurídico que ofende considerando o que visa proteger através dessa ofensa.

Sempre que os OPC considerem que há fundados indícios da prática eminente de um crime que ponha gravemente em risco a vida ou a integridade física de qualquer pessoa, a busca poderá por eles ser realizada independentemente de mandado da AJ.

No âmbito das buscas enquanto medida cautelar e de polícia deverão estar preenchidos todos os pressupostos que determinam no momento da sua realização. “A sindicância da validade da decisão depende, pois, de um juízo de prognose póstuma reportado ao circunstancialismo existente no momento da tomada de decisão.”⁸⁴

Qualquer alteração superveniente dos pressupostos não põe em causa a validade da diligência.

O regime previsto no artigo 174.º n.º 3 do CPP não é um regime fechado, pois permite a realização de buscas sem serem autorizadas mediante despacho prévio da AJ, regime previsto no nº5 do mesmo artigo.

Quando estamos perante uma busca realizada nos termos artigo 175.º n.º 5 alínea b), isto é, realizada com base no consentimento dos visados, esse consentimento que é prestado, tem que ficar documentado, e tal como nos casos da alínea a) tem que ser comunicado á AJ para ser validado. Como o MP é a AJ a quem compete a direcção do Inquérito, compete-lhe a ele a análise da validade dos pressupostos da diligência, apreciando a validade do consentimento e do auto elaborado em consequência da realização da diligência.

Sendo o consentimento uma manifestação irreversível e um pressuposto da validade da busca, entende-se que é visado na busca a pessoa sobre a qual recai a suspeita de determinado crime, sendo ou não a pessoa que tenha a disponibilidade do local.

Na falta de consentimento válido a busca é nula.

⁸⁴ Vide, Paulo Pinto de Albuquerque, *O Código de Processo Penal a luz da Constituição da Republica Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Ed. Universidade Católica, 2008, pág. 473.

Para ser válido e eficaz, o consentimento tem que ser livre e esclarecido e terá que ficar documentado. Deverá estar presente uma pessoa que ateste essa declaração de vontade. O consentimento nunca deve ser conseguido por meios enganosos, o OPC deverá assumir qual a natureza e as intenções que a diligência tem, não outras.

A violação das regras relativas ao consentimento leva a proibição de prova.

Se a busca for realizada mediante coacção estamos perante uma nulidade nos termos do artigo 126.º n.º 1 do CPP.

Se a busca for realizada legalmente, mas não foi comunicada ao AJ para apreciação dos pressupostos, estamos perante uma irregularidade nos termos do artigo 123.º do CPP.

Quanto ao consentimento das pessoas colectivas, relativamente a busca efectuada na sede ou qualquer espaço ocupado, utilizado por essa pessoa colectiva para fins considerados suspeitos de serem ilícitos, entende-se que esse consentimento só poderá ser dado legitimamente, se for prestado pelo representante legal da pessoa colectiva, só este tem poderes para que a sua declaração de vontade produza efeitos na esfera jurídica dessa pessoa colectiva.

Se a busca for realizada sem despacho prévio da AJ, nos termos do artigo 174.º n.º 5 alínea c) do CPP, isto é, nos casos de flagrante delito de crime a que corresponde pena de prisão, a AJ perante o flagrante delito de um crime tem que agir, e tal acção só pode ser eficaz se for imediata, está em causa o interesse público. Devem os OPC recolher todas as provas do crime praticado em flagrante delito em detrimento do interesse particular.

Só o flagrante delito possibilita a acção de busca e a consequente detenção do individuo, fora do mandado judicial. Após esta detenção deverá existir uma comunicação ao MP para que proceda ao interrogatório do arguido validando a sua detenção e também a busca efectuada. Nos termos do artigo 174º nº4 do CPP o despacho que determina o mandado da AJ tem a validade de 30 dias a contar da data em que foi nele aposta a assinatura, passado esse prazo, se a busca for realizada é nula.

4.3. Formalidades da busca

O legislador impõe formalidades para a realização da busca, que são alicerçadas nos princípios fundamentais constitucionalmente consagrados. O Código de Processo Penal dispõe, no artigo 176.º n.º1, que “antes de se proceder à busca é entregue, salvo nos casos do n.º5 do artigo 174.º⁸⁵, a quem tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência

⁸⁵ Vide, Artigo 174.º n.º 5 - Ressalvam-se das exigências contidas no n.º 3 as revistas e as buscas efectuadas por órgão de polícia criminal nos casos:

se realiza, cópia do despacho que a determinou, na qual se faz menção de que pode assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança e que se apresente sem delonga.”

O despacho previsto no n.º1 do artigo 176.º do CPP, como já vimos, tem que ser fundamentado nos pressupostos que validam a busca. Pressupostos que existem na data em que o despacho é proferido⁸⁶.

Se não for observado o que dispõe o artigo 176.º do CPP, estamos perante uma irregularidade processual, nos termos do artigo 123.º do CPP, tendo que ser arguida pelos interessados no prazo de três dias a contar da data da notificação.

As buscas realizadas pelo MP na qualidade de AJ⁸⁷, nos termos do artigo 174.º do CPP, não constituem uma intromissão abusiva na vida privada, sendo respeitado o artigo 34º nº2 da CRP.

O mandado de busca legitima a actuação dos OPC e tem que ser preciso nos seus termos. Nele deve estar identificado o lugar da busca de forma precisa, devendo se possível, ser acompanhada de material cartográfico ou fotográfico⁸⁸. No mandado também deverá constar a identidade do visado; se este for o arguido pode fazer-se acompanhar por advogado.

Se não for possível entregar a cópia ao visado ou a pessoa que dispõem do lugar o artigo 176.º n.º2 do CPP diz-nos que “sempre que possível é entregue, a um parente, a um vizinho, ao porteiro ou a alguém que o substitua”.

O artigo 99.º do CPP prevê que o auto da busca deverá conter a identidade da autoridade que a realizou, e das pessoas que assistiram à diligência.

Deverá também nele constar a manifestação de vontade, no caso de estarmos perante uma busca realizada com o consentimento do visado, devendo consignar-se também a comunicação dos direitos ao visado e do cumprimento da entrega da cópia do despacho que a autorizou.

a) De terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa;

b) Em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; ou

c) Aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão.

⁸⁶ Nos casos do artigo 174º nº5 estes pressupostos têm que se verificar na data da realização das buscas e não na data do despacho que as valida.

⁸⁷ Vide, artigo 1.º n.º1 alínea b “autoridade judiciária é o Juiz, o Juiz de Instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos actos processuais que cabem na sua competência.”

⁸⁸ Vide, Paulo Pinto Albuquerque, *O Código de Processo Penal a luz da Constituição da Republica Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Ed. Universidade Católica, 2008, pág. 479.

No auto da busca deverá estar descrito de forma pormenorizada, o modo como decorreu a diligência, que objectos foram encontrados e apreendidos. Terá por fim que ser assinado e datado.

4.4. Danos emergentes da busca

Aquando da realização de uma busca podem ocorrer danos nos bens do visado. Alguns danos são considerados de força maior, como o de arrombamento da porta em caso de necessidade.

Mas se os danos resultarem de situações que não sejam necessárias ou essenciais à realização da diligência, pode o Estado, nos termos da sua própria responsabilidade civil⁸⁹, ser accionado.

O dano pode ser praticado fruto da diligencia ainda que necessário à realização da mesma; mas se o arguido for absolvido o MP e os OPC devem, nos termos do artigo 75.º do CPP, informar os lesados que poderão ser indemnizados, devendo o lesado, para esse efeito, deduzir pedido de indemnização civil até ao encerramento do inquérito. Se não tiver até aí manifestado esse interesse, poderá ainda deduzir pedido de indemnização até vinte dias após a notificação do arguido do despacho de acusação.

Os danos patrimoniais englobam os danos emergentes e os lucros cessantes, sendo também equacionados os bens não patrimoniais. Quer isto dizer que têm em conta o prejuízo causado nos bens ou nos direitos atacados pela lesão, (p.e. tratamento hospitalar) e o que a vítima deixou de auferir devido à busca. Será equacionado também o dano não patrimonial.

⁸⁹ Vide, Lei nº67/2007 de 31 de Dezembro, A Assembleia da República decretou nos termos da alínea c) do artigo 161.º da CRP a aprovação do Regime de Responsabilidade Extra Contratual do Estado e Demais Entidades Públicas.

Capítulo II

O Domicílio

1. Conceito de Domicílio

Na análise das buscas domiciliárias, questão pertinente é a de se saber o que se entende ou deve entender por domicílio, “cuja concepção dogmática cria a cerca limitativa da intervenção da Autoridade Judiciária e ou dos OPC”⁹⁰.

Etimologicamente o domicílio advém de *domus* (casa ou própria casa). Esta ideia de *domicilium* “domicílio habitação residência”⁹¹, foi-nos deixada pelo direito romano, significando, o lar, o centro da vida familiar e patrimonial. O domicílio é onde a pessoa reside habitualmente, a sua residência⁹².

A busca domiciliária afecta de forma directa o direito da inviolabilidade do domicílio e também a reserva da intimidade da vida privada e familiar do arguido ou do cidadão “cujo mundo circunscrito de manifestação jurídica de direito se condensa com maior força centrífuga no domicílio dos agentes das infracções”⁹³

Tanto no Código Civil como na Constituição da República Portuguesa, não encontramos uma definição de domicílio. O Código Civil no artigo 82º e seguintes, apenas enuncia os vários tipos de domicílios: **o voluntário, geral, profissional, electivo, dos menores e entreditos, dos empregados públicos e dos agentes diplomáticos portugueses**. Podemos no entanto “inferir dessas indicações que o domicílio é um local no qual juridicamente e para diversos efeitos, é suposto encontrar-se determinada pessoa⁹⁴, (...) na falta de residência habitual, considere-se domiciliada no lugar da sua residência ocasional, ou, se esta não pode ser determinada, no lugar onde se encontrar⁹⁵”.

O conceito de residência para o direito fiscal, constitui um elemento determinante para a sujeição do contribuinte ao poder contributivo do estado.

⁹⁰ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas. Que Viagem queremos fazer?* I Congresso de Processo Penal, Almedina, 2005, pág. 301.

⁹¹ Vide, José Pedro Machado, *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, Vol. II, Livros Horizonte 6ª edição, 1990.

⁹² Vide, *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, Academia de Ciências de Lisboa, Vol I, 2001.

⁹³ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas. Que Viagem Queremos Fazer?* I Congresso de Processo Penal, Almedina, 2005, pág. 301.

⁹⁴ Vide António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Volume III, pág. 355.

⁹⁵ Op. Cit., referindo-se ao disposto no artigo 82.º n.º2 do Código Civil.

O Código Penal reconhece o domicílio como bem jurídico fundamental, tipifica a violação do domicílio, no capítulo dos crimes contra a vida privada, como crime, no artigo 190.⁹⁶. Mas também não define o que é o domicílio.

A concepção de domicílio “edifica-se sobre uma de duas traves mestras”⁹⁷, ou seguimos o sentido estrito ou o sentido amplo do conceito. O sentido amplo restringe de forma mais forte uma possível intromissão no domicílio, quer por ordem judicial quer pelos OPC, como retiramos dos artigos 174.º n.º5 do CPP, e do artigo 34.º n.º3, 2ª parte da CRP. O sentido estrito de domicílio abrange quase “um domicílio voluntário geral comumente designado por habitação, identificando-se esta com a estrutura própria habitacional, afastando-se daqueles locais que, apesar de não reservados natural e estruturalmente não se enquadram na concepção restritiva de domicílio”⁹⁸ como por exemplo uma *roulotte*.

O Tribunal Constitucional entendeu que “que para efeitos do artigo 34.º da CRP, o domicílio equivale á habitação enquanto projecção espacial da pessoa, ou mais incisivamente ainda, enquanto instrumento necessário de uma completa manifestação de liberdade individual. Ora esses segmentos habitacionais dos grupos e caravanas de nómadas, mesmo a rodar nas estradas, mesmo sem gente dentro, constituem habitação dos nómadas que as conduzem ou que as rebocam e, por isso mesmo não podem deixar de estar tuteladas pelo artigo 34º da Constituição da República Portuguesa”⁹⁹.

O artigo 177.º n.º1 do C.P.P. qualifica como domicílio dois tipos de espaços “a casa habitada” e as suas respectivas dependências fechadas, o que corresponde ao disposto no artigo 34.º da CRP, que como já vimos consagra a inviolabilidade do domicílio, uma vez que as buscas são de facto uma restrição a esse princípio constitucional¹⁰⁰.

A questão que deveremos colocar é a de saber como analisar o conceito de domicílio previsto no artigo 177.º do CPP em conjugação com o preceituado no artigo 34º da CRP.

⁹⁶ Vide, Artigo 190.º do Código Penal: N.º.1 Quem, sem consentimento, se introduzir na habitação de outra pessoa, ou nela permanecer depois de intimado a retirar-se, será punido com pena de prisão ou com pena de multa até 240 dias, N.º 3, Se o crime previsto no nº1 for cometido de noite ou em local ermo, por meio de violência ou ameaça de violência, com o uso de arma ou por meio de arrombamento, escalamento ou chave falsa, ou por 3 ou mais pessoas, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

⁹⁷ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas. Que Viagem queremos fazer?* I Congresso de Processo Penal, Almedina, 2005, pág. 301.

⁹⁸ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas. Que Viagem queremos fazer?* I Congresso de Processo Penal, Almedina, 2005, pág. 301.

⁹⁹ Vide, Acórdão de 28 de Julho de 1998- Diário da República, I serie, de 22 de Julho de 1989.

¹⁰⁰ Vide, J. Martins Fonseca, *Conceito de Domicílio face ao art.34º da Constituição da República Portuguesa*, pág., 47.

A esta pergunta a doutrina responde por duas vias: ou se opta por uma noção ampla de domicílio, como a “projeção espacial da pessoa”¹⁰¹ que tem por finalidade a casa do Homem, espaço fechado vedado a estranhos, aonde o Homem desenvolve a sua vida familiar¹⁰²; ou se adopta uma posição mais restritiva de domicílio, considerando que apenas se aplicará o artigo 177.º do CPP, se estivermos perante uma habitação ou domicílio, no sentido civilístico da residência habitual¹⁰³. O domicílio para efeitos civis, é a ligação de uma pessoa a um determinado local, para que se possam cumprir as obrigações e os direitos.

Costa Andrade¹⁰⁴ entende que o conceito de domicílio deve ser amplo e não restrito, considera que o domicílio é por si só um bem jurídico pessoal “que de forma mais ou menos ostensiva e directa, releva da esfera da privacidade e se caracteriza pela sua estrutura comunicativa e intersubjectiva”.

Como vimos anteriormente o Tribunal Constitucional tem vindo a defender uma noção ampla do conceito de domicílio¹⁰⁵, assim como também os ilustres constitucionalistas Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁰⁶ consideram domicílio “o local onde se habita, a habitação, seja permanente, seja eventual, seja principal, ou seja secundária”, afastam assim a noção civilística do conceito de domicílio, nele integrando “as habitações precárias, como tendas e *roulottes*, e a residência ocasional (quarto de hotel) e ainda os locais de trabalho (escritórios) ”.

Jorge de Figueiredo Dias¹⁰⁷ diz que “devem tratar-se como habitação todas as divisões pertinentes a uma casa (de habitação). Como por exemplo: *hall*, corredor, casas de banho, dispensa, casas das máquinas, etc. O mesmo há-de outrossim valer para espaços fechados (como garagens, ginásios, saunas) inequivocamente associados à habitação do respectivo titular e nela fisicamente integrados. Uma parificação que naturalmente se comunica a lei processual penal (artigo 177.º n.º1). Diferentemente já caíram no âmbito do artigo 191.º os jardins, os pátios ou demais espaços anexos vedados, mas não “fechados” no sentido aqui pressuposto, (designadamente, não cobertos).”

¹⁰¹ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 1993, pág. 212 e seguintes

¹⁰² Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas*, 2ª edição, Almedina, Pág., 97

¹⁰³ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas*, 2ª edição, Almedina, Pág., 97

¹⁰⁴ Vide, Manuel Costa Andrade, *Revista e Buscas*, pág., 50.

¹⁰⁵ Vide, a título de exemplo o acórdão n.º452/89, disponível no site: <http://www.dgsi.pt/>

¹⁰⁶ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Coimbra Editora, 3ª Edição, pág. 213.

¹⁰⁷ Vide, Jorge Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Pena”, I Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, comentário ao artigo 190.º do Código Penal.

Consideramos, tal como a maioria da doutrina e jurisprudência, que devemos ter uma noção ampla de domicílio, tendo em conta o caso concreto do indivíduo. O domicílio deverá ser tido como a casa ou parte da casa que o indivíduo ocupa de facto num determinado momento, para viver, sozinho, ou com membros da sua família.

O artigo 34.º da CRP quis proteger a tranquilidade do cidadão no seio da sua família, no lar, esta protecção deverá estender-se às residências ocasionais, uma vez que essa mesma tranquilidade que a pessoa necessita não pode ser afectada quando esta se encontra de férias, assim como a de aqueles que escolheram para a sua vida residir em hotéis, *roulottes*, automóveis tendas e carroças¹⁰⁸.

Teremos que ver se o espaço em questão tem vocação habitacional, ainda que possam ser precários, como por exemplo os habitáculos das autocaravanas, *roulottes*, carroças e tendas, estas quando estacionadas ou montadas, se são o domicílio de alguém, essas pessoas encontram-se aí domiciliadas¹⁰⁹. Devendo a buscas a estes espaços serem realizadas nos termos do artigo 177.º do CPP.

O domicílio será todo o espaço onde decorre a vida familiar, dessa forma justifica-se que o legislador o tenha previsto no artigo 177.º n.º 1, como “dependência fechada”, aqui não está unicamente em causa o facto de ser contígua à habitação mas sim o facto de lá decorrerem actividades que se prendem com a vida familiar. Não está aqui em causa o conceito de propriedade, domínio ou titularidade do domicílio, mas sim a privacidade e os direitos de personalidade constitucionalmente garantida à pessoa, ficando de fora do âmbito das buscas domiciliárias, as garagens colectivas¹¹⁰, os espaços contíguos as oficinas de reparação de automóveis, e também os anexos de espaços de lazer, assim como *halls* de hotéis, considerados locais públicos; estes locais não têm características habitacionais, não beneficiando do regime das buscas domiciliárias.

Quando temos uma pluralidade de domicílios, a pessoa pode considerar-se domiciliada em qualquer um deles. E quando por não temos “nenhum” no sentido estrutural do que é habitação, a pessoa considera-se ter o seu domicílio no local onde habita, como “um veículo um banco de jardim ou um vão de escada que podem ser a projecção espacial da pessoa e por conseguinte serem considerados domicílio.¹¹¹”

¹⁰⁸ Vide, acórdão da Relação do Porto de 29/11/06, disponível no site: <http://www.dgsi.pt/>.

¹⁰⁹ Vide, Acórdão do TC n.º452/89, pág. 2889, Col. 2.

¹¹⁰ Vide, Acórdão n.º67/97, DR II serie, de 2 de Dezembro de 1997.

¹¹¹ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas. Que Viagem queremos fazer?* I Congresso de Processo Penal, Almedina, 2005, pág. 301.

2. Tipos de domicílio:

A doutrina distingue, “paradeiro”, “morada”, “residência” e “domicílio”, considerando que o “paradeiro”¹¹² é o local onde a pessoa se encontra; a “morada” é o local onde a pessoa se estabelece provisoriamente, que apenas releva senão houver outro local estável para a pessoa; a “residência” ainda que tenha um carácter de permanência, que liga uma pessoa a um lugar onde exerce a sua capacidade jurídica, este não pode ser substituído, esgotando-se com a sua deserção; “domicílio” é o local onde a pessoa tem a sua sede definitiva, onde está o centro da sua vida e nela pretende permanecer, é a sede jurídica e legal da pessoa.

Os diversos tipos de domicílios estão previstos no Código Civil no artigo 82.º e seguintes, e são eles:

2.1. Domicílio voluntário: é o domicílio geral que decorre de um acto de vontade, ou seja, do facto do indivíduo estabelecer a sua residência com ânimo definitivo, em um determinado lugar. Se residir em vários lugares, está domiciliado em qualquer um deles. Se a pessoa não tiver residência habitual, considera-se domiciliada na sua residência ocasional, e se esta não poder ser determinada, onde a pessoa se encontrar (no seu paradeiro), como resulta do disposto no artigo 82.º do CC. Desta premissa retiramos que para a lei civil, não se confunde residência habitual com residência permanente; e que se não existir residência habitual (residência voluntária ou geral), “desempenha as funções jurídicas qualquer das residências (alternativas ou ocasionais); se não houver qualquer residência, as funções jurídicas adstritas ao domicílio são atribuídas ao paradeiro”¹¹³.

2.2. Domicílio necessário ou legal: este tipo de domicílio é determinado por lei, é aquele que a sua fixação não depende da vontade do sujeito¹¹⁴. Dentro destes domicílios temos: o *domicílio profissional*: que é o domicílio onde a pessoa desenvolve a sua actividade profissional. Se exercer a sua profissão em vários lugares, todos eles constituem o seu domicílio profissional, (artigo 83º do CC); o *domicílio dos empregados públicos*: os empregados públicos, civis ou militares, quando têm um lugar fixo no qual exercem a sua actividade profissional, esse é o seu domicílio necessário, que se determina pela posse do cargo ou pelo exercício das suas funções, quanto aos actos a eles relacionados, ou seja, não

¹¹² Vide, João Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, I Volume, Pág.204.

¹¹³ Vide, *Código Civil Anotado*, 17ª edição revista e actualizada, Abril de 2010, Ediforum, pág. 67.

¹¹⁴ Vide, *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, Academia de Ciências de Lisboa, Vol. I, 2001

põe em causa o seu domicílio voluntário no lugar da sua residência habitual, (artigo 87º do CC); *e o domicílio dos menores e interditos*: estes estarão domiciliados no local da residência da sua família, se esta não existir, o seu domicílio será aquele que tenha o progenitor que o tiver à sua guarda. Se o menor ou entredito, por decisão judicial, estiver na guarda de um terceiro ou uma instituição de educação ou assistência o seu domicílio será o do progenitor que desempenha o poder paternal. Quando o menor ou entredito estiver sujeito a tutela, o seu domicílio será o do seu tutor. No caso de ter sido instituído o regime de administração de bens, relativamente a essa administração, o domicílio será o do administrador. Esta norma só é válida para residentes em Portugal, (artigo 85.º do CC).

2.3. Domicílio convencional ou electivo: domicílio convencional pode ser ajustado entre as partes nos contractos escritos, sendo, no entanto obrigatório que esta estipulação seja reduzida a escrito. O domicílio electivo ou convencional só vale para as obrigações daquele contrato específico, artigo 84.º do CC).

2.4. Dos agentes diplomáticos portugueses: os agentes diplomáticos portugueses, quando exercem as suas funções fora de Portugal, consideram-se domiciliados em Lisboa, (artigo 88º do CC).

2.5. Domicílio das pessoas colectivas: o domicílio das pessoas colectivas será o local onde está a sua sede principal e efectiva da sua administração¹¹⁵.

¹¹⁵ Vide, Artigo 33.º nº1 do CC.

Capítulo III

Princípio da Inviolabilidade do Domicílio

1. A dignidade humana e os direitos fundamentais no princípio da inviolabilidade do domicílio

1.1. Origens do princípio da dignidade humana.

Em termos de conteúdo, ao se falar sobre as origens da dignidade humana, não é incomum encontrar a referência à dignidade humana nos Estóicos ou a Cícero assim como referências bíblicas à concepção de dignidade.

Os Estóicos assumem que engloba todos os seres da terra, inclusive as pedras sendo a essência divina presente em todas as coisas, o princípio racional que está em tudo. Por sua vez, por ser a tensão do *pneuma* mais elevada no ser humano, por ter inteligência e alma, ele distingue-se dos outros seres. Assim, a peculiaridade do ser humano seria, então, ter uma tensão mais elevada desse princípio.¹¹⁶

No que toca a Cícero, a *dignitas* não estava igualmente distribuída entre os homens. Este deixa claro que existem graus de *dignitas* e, a partir deles, é possível dar o que cada um merece. Neste autor, a palavra *dignitas* está mais próxima do termo “prestígio” ou “honra” do que de “dignidade”, uma vez que designa um destaque pessoal que, apesar de fundar um dever de respeito, varia entre os indivíduos e desiguala-os entre si, o que, ao que consta, é a antípoda do conceito contemporâneo de dignidade humana.¹¹⁷

A raiz etimológica da palavra “dignidade” provém do latim: *dignitas*¹¹⁸ é “qualidade moral que infunde respeito¹¹⁹”. A ideia de sujeito como pessoa e, portanto, portador de especial dignidade foi concebida pelo Cristianismo. Para São Tomás de Aquino a dignidade é própria do homem “é inerente ao homem, como espécie; e ela existe in *actu* só no homem como indivíduo, passando desta forma a residir na alma de cada ser humano”¹²⁰.

Mas é com Kant, na Era Moderna, que nasce a ideia conceitual de dignidade como um *status* moral, conferindo ao sujeito a aptidão de possuir direitos e deveres. “Deve-se a

¹¹⁶ Vide, Brennan, Tad, *The Stoic Life, Emotions, Duties, and Fate*, Published in the United States by Oxford University Press Inc., New York, 2005.

¹¹⁷ Vide, Cicero, *De Officiis, Translated with an Introduction and Notes*, by Andrew P. Peabody. Boston: Litte, Brown, and Company, pág. 1887.

¹¹⁸ Vide, Dicionário Priberam.

¹¹⁹ Vide, Enciclopédia Larousse, pág. 2344.

¹²⁰ Vide, Campinho, *A Compreensão Das Raízes Históricas e Filosóficas da categoria dos Direito da Personalidade a Partir da Formação da Subjectividade*, 2009, pág. 4911.

Immanuel Kant (1724-1804), através das suas críticas e análises sobre as possibilidades do conhecimento, nomeadamente a partir das questões: o que posso conhecer?, o que posso fazer? e o que posso esperar? na *Crítica da Razão Pura*, na *Crítica da Razão Prática* e na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, uma das contribuições mais decisivas para o conceito de dignidade humana¹²¹”.

É também com Kant que a dignidade se torna a pedra angular do princípio da igualdade. Este autor utiliza o termo dignidade humana referindo-se na maioria dos momentos à dignidade de toda essência ou natureza racional. Sendo assim, a dignidade não estaria, *ipso facto*, presente em todo e qualquer ser humano, mas apenas no ser provido de razão, inclusive o não-humano que por ventura seja dotado de razão. Essa aptidão gera a obrigação, oponível *erga omnes*, de ele ser respeitado por todos os outros membros da comunidade. Estes deverão abster-se de realizar ataques ou agressões à autonomia do sujeito.

Como referido, a dignidade estaria igualmente presente em todos aqueles que a possuem, o que representa relevante alteração em relação aos pensadores que antecedem Kant.

“No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”¹²²

A dignidade humana parece fundar um *status* que diferencia o ser racional dos demais seres. Essa posição de destaque, ou condição peculiar, tornam-no sujeito de direitos e de deveres e garante a salvaguarda da sua autonomia.

Temos ainda que destacar a noção de dignidade da pessoa humana de Hegel. Para este autor, a dignidade não resultaria da autodeterminação da pessoa, resultando na máxima de que, sendo pessoa, deve respeitar os outros como pessoa. Hegel sublinha o conceito de reconhecimento (para ser humano é preciso ser reconhecido enquanto tal e não somente reconhecido como organismo biológico). “É na relação com o outro que se é reconhecido como ser humano. A dignidade é, neste sentido, o efeito deste reconhecimento e a sua fundamentação e neste reconhecimento recíproco o ser humano torna-se capaz de

¹²¹ Vide, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, *Reflexão Ética Sobre a Dignidade Humana*, Documento de trabalho 26/CNECV/99, 1999, pág. 8.

¹²² Vide, Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes/ Crítica da Razão Prática*. Coleção Grandes Filósofos, Madrid, 2008, pág. 74.

liberdade... A dignidade do ser humano repousa sobre o seu ser real, enquanto esta realidade é capacidade daquilo que ele pode ser, e não apenas sobre o que ele faz efectivamente desta capacidade”¹²³

O conceito de dignidade humana ou dignidade da pessoa humana é, hoje, um dos mais difundidos em direito constitucional no mundo, definida por Sarlet como: “Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer acto de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação activa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”¹²⁴

Além de encontrar-se inscrito sob a rubrica “dignidade” no preâmbulo da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ele encontra-se expressamente consignado em várias Constituições: portuguesa (artigo 1.º), alemã (artigo 1.º), irlandesa (preâmbulo), grega (artigo 2.º), espanhola (artigo 10.º), italiana (artigo 41.º), turca (artigo 17.º), sueca (artigo 2.º), finlandesa (artigo 1.º), suíça (artigo 7.º), montenegrina (artigo 20.º), polonesa (artigo 30.º), romena (artigo 1.º), russa (artigo 7.º), sérvia (artigo 18.º), brasileira (artigo 1º, III) entre outras.

A dignidade humana, possui ainda lugar de destaque na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo parlamento europeu em 2000 e tornada legalmente vinculante na maior parte da União Europeia, em 2007, por meio do tratado de Lisboa¹²⁵.

1.2. A dignidade humana e o princípio da inviolabilidade do domicílio

Uma das bases da República Portuguesa, como Estado de Direito, é a dignidade da pessoa humana¹²⁶, como retiramos do artigo 1.º da Constituição. Esta premissa também

¹²³ Vide, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, *Reflexão Ética Sobre a Dignidade Humana*, Documento de trabalho 26/CNECV/99, 1999, pág. 9.

¹²⁴ Vide, Sarlet, Ingo Wolfgang. *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana*, Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC nº9 – Jan/Jun.2007, pág. 383.

¹²⁵ Vide, Neto, *Dignidade Humana (Menschenwürde): Evolução Histórico-Filosófica do Conceito e de sua Interpretação à Luz da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*.

¹²⁶ Vide, Artigo nº 1 da Constituição da República Portuguesa. “O Homem pessoa, como refere Castanheira Neves, com a sua dignidade e esta tanto na sua autonomia igualdade participativa como na sua comunitária responsabilidade, é o valor fundamental, o pressuposto decisivo e o fim último da humana existência finita que uma comunidade do nosso tempo terá que assumir e cumprir para ser uma comunidade válida”. A

está consagrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto das Nações Unidas, que contêm proclamações da dignidade da pessoa humana como um direito autónomo.

Para Jorge Miranda¹²⁷ “a dignidade da pessoa humana está na base e constitui a referência valorativa de todos os direitos fundamentais”, José Carlos Vieira de Andrade¹²⁸ afirma que a “Constituição Portuguesa, tal como as suas congéneres europeias, integra o estatuto dos indivíduos na sociedade política num sistema de valores, em que o valor fundamental é o da dignidade da pessoa humana individual, emblematicamente afirmando no seu primeiro artigo o valor primário em que se baseia o Estado”.

A dignidade da pessoa humana não se define; “a sua referência tem como finalidade colocar assento tónico não no Estado nem na Nação, mas na pessoa; o Homem é tido como sujeito e não como objecto dos poderes ou da relação do domínio¹²⁹. Não devemos ver a dignidade como sendo algo abstracto ou ideal, pois esta concretiza-se na vida real e quotidiana da pessoa¹³⁰. Devemos por isso, qualquer um de nós, exigir o respeito por este princípio a todos e ao Estado.

O princípio da dignidade é inerente à pessoa humana, devendo todos os humanos ser respeitados na sua individualidade e existência. “A pessoa humana é a «pedra angular» do sistema constitucional assumindo-se como verdadeiro eixo de rotação dos direitos fundamentais, fazendo da pessoa humana, segundo os termos do seu artigo primeiro, o limite e o fundamento do domínio político da República: o homem surge como fundamento e fim da sociedade e do Estado”¹³¹.

Considerando o princípio da dignidade que o Homem está no centro do universo jurídico, advêm importantes consequências, nomeadamente, a igualdade de todos os cidadãos perante a lei¹³²; a universalidade, porque todos os cidadãos gozam de direito e estão sujeitos aos deveres consignados na constituição¹³³; a garantia, a independência e a autonomia do Homem de forma a garantir o desenvolvimento da sua personalidade¹³⁴.

unidade do sistema jurídico e o seu sentido (diálogo com Kelson), Estudos de Homenagem ao Professor Teixeira Ribeiro, volume II, Coimbra, 1979, pág. 181.

¹²⁷ Vide, Jorge Miranda, *Manual do Direito Constitucional*, Tomo VI, 3ª Edição.

¹²⁸ Vide, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa* de 1976, 2ª Edição, pág. 107.

¹²⁹ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1993, Coimbra Editora.

¹³⁰ Vide, Jorge Miranda, *Manual do Direito Constitucional*, Tomo IV, pág. 181.

¹³¹ Vide, Paulo Otero, *Direito da Vida*, Almedina, 2004, pág. 81.

¹³² Vide, Artigo 13.º da CRP.

¹³³ Vide, Artigo 12.º da CRP.

¹³⁴ Vide, Artigo 26.º da CRP.

A dignidade do Homem advém das qualidades próprias do ser humano, da pessoa, como um ser livre e pensador, capaz de criar a sua personalidade própria, os seus valores, a sua vida. A Constituição protege as manifestações mais importantes da personalidade como a autonomia e a liberdade, ou seja, os direitos fundamentais.

Para Vieira de Andrade¹³⁵ os direitos fundamentais, tal como os entendemos hoje, são verdadeiros direitos ou liberdades reconhecidas em geral aos Homens ou certas categorias entre eles, por razões de “humanidades”.

Os princípios gerais de Direito são proposições que exprimem um vector presente num considerável número de regras jurídicas¹³⁶. Estes princípios devem ser sempre analisados consoante o sistema jurídico em vigor, vistos como uma realidade aberta e móvel, admitindo a problemática das questões a eles supervenientes¹³⁷. Um desses princípios gerais de direito é o princípio da personalidade que é respeitado como uma verdade incontestável de que os seres humanos possuem direitos e deveres. Assenta na ideia de que todo o ser humano é sujeito de direitos e obrigações pelo simples facto de serem homens. São também denominados como direitos subjectivos, *direitos essenciais ou fundamentais, direitos sobre a própria pessoa, direitos individuais, e até direitos pessoalíssimos*. São inerentes à personalidade, e incidem sobre os seus bens fundamentais como a vida a honra e o bom nome; são atributos da pessoa e têm por objecto bens da sua personalidade física, moral e jurídica. Estes direitos subjectivos têm uma natureza muito própria, são direitos *absolutos, não patrimoniais, não disponíveis e intransmissíveis*, e são na sua generalidade, dotados de protecção penal¹³⁸.

Dentro dos direitos de personalidade, temos o direito à personalidade moral¹³⁹, direito que corresponde à reserva da intimidade da vida privada e familiar, e deste

¹³⁵ Vide, Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976, 2ª Edição, pág. 19.

¹³⁶ Esta noção formal ganha conteúdo através de algumas distinções podem ser expressas ou implícitas consoante as fontes ou se obtenham através construções doutrinárias, podem por isso ser injuntivos ou supletivos, conforme se imponham as partes ou possam ser afastados por cláusulas em contrário, podem ser também prescritivos e indicativos: se respectivamente determinem condutas, ou sejam apenas auxiliares de interpretação, impositivos ou integrativos: sempre que moldem as regras que lhe deram origem ou se por sua vez integrem lacunas; estes Princípios poderão ser constitucionais, públicos ou privados Vide, António Meneses Cordeiro, Polis, Enciclopédia da Sociedade e do Estado Vil IV, pág. 1490 a 1494, Verbo, 1980.

¹³⁷ Vide, António Meneses Cordeiro, Polis, Enciclopédia da Sociedade e do Estado Vil IV, pág. 1490 a 1494, Verbo, 1980.

¹³⁸ Vide, L. Carvalho Fernandes, Polis, Enciclopédia da Sociedade e do Estado Vil II, pág. 618 a 624, Verbo, 1984.

¹³⁹ Os direitos de personalidade subdividem-se em personalidade física, moral e jurídica, da personalidade física, consta o direito a vida a que refere o artigo 24.º da Constituição, o direito a integridade física, também previsto na Constituição no artigo 25.º, e o direito ao próprio corpo, considerado o seu todo e partes dele como sendo susceptíveis de se autonomizarem; a personalidade moral refere o direito a honra, previsto no artigo 26.º da CRP, também o direito a liberdade previsto no artigo 27.º.n.º1 do mesmo diploma legal, assim como prevê também o direito a intimidade da vida privada, o direito a imagem previstos respectivamente nos

princípio advém o princípio da inviolabilidade do domicílio, sendo este um direito fundamental e pessoal.

1.3. O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e o princípio da inviolabilidade do domicílio.

O direito à “integridade pessoal divide-se em duas partes, a parte física e a parte moral. Resume-se antes de mais no direito a não ser ofendido ou agredido, física e moralmente, e também o direito à reserva da vida privada.¹⁴⁰ Assim podemos dizer que a inviolabilidade do domicílio está ligado como direito à intimidade pessoal, que se define como “aquele conjunto de actividades, situações, atitudes ou comportamentos individuais que, não tendo relação com a vida pública (privado entendido como separado da coisa pública), respeitam estritamente à vida individual e familiar da pessoa¹⁴¹” (artigo 26.º n.º1 da CRP), temos o domicílio como o espaço íntimo da pessoa. A Constituição consagra no artigo 34.º n.º 2 e n.º3 quais os casos em que se poderá entrar no domicílio fora de um mandado judicial.

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, consagrado no artigo 26.º n.º1 da CRP, é um direito de personalidade e corolário do princípio da dignidade humana, que se impõe tanto às entidades privadas como as entidades públicas, ou seja é dotado de força *erga omnes*.

O princípio da dignidade da pessoa humana dá origem a todos os direitos de personalidade, relativos à conservação da personalidade e à realização da personalidade¹⁴². O direito à inviolabilidade do domicílio “será integrado na categoria dos direitos à conservação da personalidade¹⁴³ porque estes direitos dão a possibilidade de

artigos 34.º da CRP e 76.º e 77.º do Código Civil. O direito de personalidade jurídica refere os direitos a personalidade e capacidade jurídica das pessoas singulares e colectivas, o direito a identificação e a nacionalidade.

¹⁴⁰ Vide, Paulo Cardoso da Mota Pinto, *A Protecção da Vida Privada e da Constituição*, BFD.

¹⁴¹ Vide, Definição constante do parecer da Procuradoria-Geral da República nº 121/80, disponível em http://www.dgsi.pt/pgpr.nsf/Por%20Relator/83ca6c3250b39d5e802566170041cca9?OpenDocument#_Section4.

¹⁴² Vide, Oliveira Ascensão, *A Reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar*, RFDUL, Volume XLIII, 1, 11.

¹⁴³ Segundo Freud, a personalidade era estruturada ou composta de três grandes sistemas: o Id. (matriz ou sistema original, consistindo em tudo o que é psicologicamente herdado, inclusive os instintos); o ego (que, partindo do Id., funciona como executivo da personalidade, controlando as direcções de acção, seleccionando os aspectos do meio com os quais reagirá e decidindo quais os instintos a ser satisfeitos e de que modo) e o super ego (como representante interno dos valores e ideais da sociedade, reforçado pelo sistema de recompensas e castigos sociais, que habilita a pessoa a agir de harmonia com os padrões morais autorizados pelos agentes); segundo Gordon Allport, a personalidade seria «a organização dinâmica, no quadro do indivíduo, de sistemas psicofísicos que determinam o seu comportamento característico e os seus pensamentos»; segundo Eisenck, a personalidade seria «a organização mais ou menos estável e persistente do

reagir contra invasões indevidas na esfera da personalidade¹⁴⁴. Este direito é um direito pessoal e fundamental com eficácia imediata e força vinculativa para as entidades públicas e privadas (artigo 26.º n.º1, 34.º e 18.º da CRP).

O título II da Constituição é composto pelos “direitos liberdades e garantias” mas não define estes conceitos. Para Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁴⁵ “a distinção entre estes conceitos e liberdades faz-se tradicionalmente com base na posição jurídica do cidadão em relação ao Estado. As liberdades estariam ligadas ao *status negativo* e, através dela visa-se defender a esfera jurídica dos cidadãos perante a intervenção ou a agressão dos poderes públicos. É por isso que se lhes chamam direitos de liberdade (...) direitos civis, liberdades individuais”.

Estes autores entendem ainda que o direito à reserva da intimidade da vida privada “resulta de dois direitos menores: o direito de cada pessoa impedir que estranhos tenham acesso a informações sobre a sua vida pessoal e familiar e o direito de impedir que outrem divulgue essa informação¹⁴⁶”.

O direito a reserva da intimidade privada e familiar é um direito que é constantemente reclamado não só do ponto de vista individual, mas “igualmente no seu sentido relacional, como um valor fundamental para as condições de existência da sociedade”¹⁴⁷.

O direito à inviolabilidade do domicílio está ligado ao direito a reserva da vida privada, enquanto direito pessoal.

Leite de Campos¹⁴⁸ diz que o direito à privacidade¹⁴⁹ não se resume ao “direito à intimidade da vida privada” confundido com a intimidade do espaço familiar, da casa de

carácter, temperamento, parte electiva e física do indivíduo que permite o seu ajustamento único ao ambiente»; segundo Pervin, «a personalidade representa as propriedades estruturais e dinâmicas de um indivíduo ou indivíduos, enquanto elas reflectem eles mesmos, em características respostas a situações». Estas são algumas concepções da psicologia do conceito de personalidade. *O direito geral da personalidade e os direitos especiais – Teoria Geral do Direito Civil*, disponível no site: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mp_MA_2783.doc.

¹⁴⁴ Vide, Oliveira Ascensão, *A Reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar*, RFDUL, Volume XLIII, 1, 11.

¹⁴⁵ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3ª Edição,

¹⁴⁶ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3ª Edição, pág. 186.

¹⁴⁷ Vide, Figueiredo Dias, *Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes*, pág. 617.

¹⁴⁸ Vide, Leite de Campos, *Lições de Direito da Personalidade*, 2ª Edição, pág. 97.

¹⁴⁹ O direito à privacidade foi expressamente consagrado em Portugal no direito civil, pela primeira vez, no Código de 1966, em termos de que “todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”, e “a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas” (artigo 80º). A lei não define o conceito de “intimidade da vida privada”, e ressalta da última parte da referida disposição a variabilidade do âmbito da reserva em função da natureza do caso e da condição das pessoas,

morada da família. A pessoa não é só privada, íntima, reservada quando passa a porta da sua morada, quando corre as cortinas. Na rua, nos edifícios públicos, nos jardins a pessoa continua, envolta numa esfera privada.

O Direito á inviolabilidade do domicílio é um direito de todos os cidadãos, direito que se traduz na reserva do seu domicílio. O domicílio não pode ser invadido, transgredido ou infringido, excepto nos casos previstos na lei¹⁵⁰.

O Acórdão 128/92 do Tribunal Constitucional¹⁵¹ refere que ”no âmbito desse espaço próprio e inviolável engloba-se a vida pessoal, a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade, o lugar próprio da vida pessoal e familiar (o domicílio), definindo a noção de vida privada”.

Para João Conde Correia¹⁵², a vida privada “são factos atitudes ou opiniões individuais e particulares, que não tenham qualquer relação com a vida pública e que possam, em determinado momento histórico, ser razoavelmente considerados confidenciais, de forma a impedir ou a restringir a sua divulgação”.

A privacidade será então o conjunto de “conhecimentos” que a pessoa tem como sendo só seus, da sua vida íntima; a intimidade é a esfera secreta da vida do indivíduo, o direito de estar só sem a interferência de outros¹⁵³.

A Constituição da República Portuguesa considera a inviolabilidade do domicílio um direito fundamental sujeito ao regime dos direitos, liberdades e garantias, integrado no Título II, e consagrado no seu artigo 34.º. Desta norma consta que “o domicílio e o sigilo da correspondência são invioláveis”. Contra a vontade dos cidadãos só se poderá entrar nos seus domicílios, com um mandado judicial, emitido pela autoridade judicial competente, ou nos casos em que a lei o permite.

A Constituição dispõe ainda nos artigos 25.º nº1, 26.º nº 1 e 34.º nº1 que a “integridade física das pessoas é inviolável” e por isso é reconhecido a todos “direitos à

esta referência aponta no sentido de que o âmbito da vida particular depende do modo de ser do indivíduo e varia em função do seu estatuto de inserção social. Tratando-se de uma pessoa célebre, por qualquer motivo, isto é de uma figura pública, o seu núcleo de reserva de vida privada reduz-se face ao interesse da colectividade em conhecer certas particularidades susceptíveis de pesar em determinadas escolhas, como, por exemplo, face às eleições para cargos públicos. A alusão à natureza do caso tem em vista, já não a posição social do sujeito, mas a especificidade da situação concreta.

¹⁵⁰ Vide, *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, Academia das Ciências de Lisboa, Vol. II, Verbo, pág. 685 e 686.

¹⁵¹ Vide, Acórdão 128/92 do Tribunal Constitucional, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

¹⁵² Vide, João Conde Correia, “Qual o Significado de Abusiva Intromissão na Vida Privada, no Domicílio, na Correspondência e nas Telecomunicações, (Artigo 32.º, n.º8, 2ª parte da CRP)? In RMP, ano 20, n.º 79 Julho-Setembro, 1999, pág. 49.

¹⁵³ Vide, Francisco de Faria Costa, *Direito Penal da Comunicação*, direito Penal da Comunicação, 1998, Coimbra Editora, pág. 159.

reserva da vida privada e familiar”, concretizando com a disposição que nos garante que “o domicílio e o sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação são invioláveis”.

O artigo 18.º n.º1 da CRP dispõe “que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Em termos práticos isto significa que se aplica independentemente da actuação legislativa e também “a aplicação directa dos direitos, liberdades e garantias implica a inconstitucionalidade superveniente de normas pré-constitucionais em contradição com eles”¹⁵⁴.

Como já vimos o direito á reserva da vida privada e familiar, tal como o princípio da inviolabilidade do domicílio, é um direito fundamental constitucionalmente consagrado, mas isso não resulta numa total proibição da sua restrição, nesse âmbito assume particular importância a teoria das três esferas¹⁵⁵, proveniente da jurisprudência Alemã. Esta teoria parte da “proximidade em relação ao círculo extremado da intimidade”, distingue três esferas: a esfera da vida íntima, a esfera da vida privada, e a esfera da vida pública. De acordo com esta teoria, é proibida toda e qualquer intromissão na esfera da vida íntima, por se tratar da área nuclear do direito fundamental. A intromissão na esfera privada já é permitida quando tal se anuncie necessário, proporcional e adequado para proteger interesses iguais ou superiores. Segundo esta teoria é permitida qualquer intromissão na esfera da vida pública porque “sobreleva de todo o modo a funcionalidade sistémico-comunitária da própria interacção”¹⁵⁶.

A tipificação do crime de violação de domicílio, no artigo 190.º do Código Penal, no Título I, Capítulo VI, que prevê os crimes contra a reserva da vida privada, veio reforçar a ideia transposta pelo disposto na Constituição da República Portuguesa, de que este é um crime contra as pessoas.

Manuel Costa Andrade¹⁵⁷ refere que esta incriminação se mostra plenamente conforme com a “construção social da realidade” dominante. E que daqui se extraem dois aspectos complementares que estão intimamente ligados: a destacar a dignidade da privacidade e intimidade, e por outro lado o relevo e similitude entre a reserva da vida

¹⁵⁴ Vide, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 1164

¹⁵⁵ Em relação a esta teoria, Manuel Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, pág. 181 e Karl-Heinz Gossel, *As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal Alemã*, in RPCC, ano 2, Julho-Setembro, 1992, pág. 424 e 425.

¹⁵⁶ Vide, Manuel Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, pág.96.

¹⁵⁷ Vide, Manuel Costa Andrade, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, artigo 191.º.

privada e a inviolabilidade do domicílio. É o “entrincheiramento do homem moderno na esfera privada”.

Este princípio foi consagrado para protegê-lo de prováveis agressões, e o legislador com isso em mente, por um lado limita a sua efectivação, e por outro possibilita a sua realização mesmo sem que certos pressupostos estejam preenchidos por razões de salvaguarda de direitos¹⁵⁸.

Afirmamos dessa forma que a inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental individual, e que embora possa ser limitado, essa restrição apenas poderá ser feita nos termos em que a lei o determinar.

Para esta solução foi certamente tida em conta que os meios de prova obtidos através da inviolabilidade do domicílio contêm como bens jurídico-pessoais que de forma mais ou menos ostensiva e directa, relevam da esfera da privacidade¹⁵⁹.

Mas o alcance desta protecção como já vimos vai para além do preceituado nos n.ºs 1, 2, 3 e 4 do artigo 34.º da CRP, pois como está relacionado com o direito à intimidade pessoal garantida pelo artigo 26.º n.º 1 do mesmo diploma legal, considerando o domicílio a projecção espacial da pessoa¹⁶⁰.

Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁶¹, é ainda um direito de liberdade da pessoa, e assim é a que a nossa Lei Fundamental considera a vontade, o consentimento da pessoa como condição *sine qua non* da possibilidade de entrada no domicílio dos cidadãos fora do mandado judicial.

A lei defende assim o direito ao sossego e reserva no local de habitação quer esta seja permanente ou transitória ou eventual.

O bem jurídico analisa-se assim de forma, numa dupla dimensão: a positiva que diz respeito a liberdade para realizar as acções queridas e com quem se quer; e negativa referente à liberdade de excluir quem não se quer.¹⁶²

Uma violação ao domicílio é uma violação ao princípio da inviolabilidade do domicílio mas também é uma violação do direito a reserva da vida privada e familiar.¹⁶³

¹⁵⁸ Vide, Paulo Mota Pinto, *Qual o significado de abusiva intromissão*, Jurisprudência Constitucional, A Protecção da Vida Privada na Jurisprudência do Tribunal Constitucional, n.º 10 Abril- Junho de 2006 pág. 60 e 61.

¹⁵⁹ Vide, Manuel Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova*, pág. 50.

¹⁶⁰ Vide, Manuel Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova*, pág. 50.

¹⁶¹ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 3ª Edição, Coimbra Editora, pág. 102

¹⁶² Vide, Manuel Costa Andrade, *Violação do Domicílio e o Segredo da Correspondência por Funcionário*, (artigos 378.º e 385.º do CP Português) Problemas de Tipicidade e de Ilicitude, Ab Uno Ad Omnes, 75 anos da Coimbra Editora, Coimbra Editora, 1998, pág. 715.

1.4. Direito à honra ao bom nome e à reputação e o princípio da inviolabilidade do domicílio.

Desde logo importa explicitar o que se entende por honra. Para a doutrina dominante, a honra é vista como um bem jurídico complexo que inclui, quer o valor pessoal ou interior de cada indivíduo, radicado na sua dignidade, quer a própria reputação ou consideração exterior.

Este é um direito geral de personalidade, que se reflecte no direito ao bom nome e à reputação, os quais desde logo tem tutela constitucional nos termos do nº 1 do artigo 26º da CRP.

José de Faria Costa¹⁶⁴ entende que a ofensa da honra pode ser concretizada de três formas: Imputação de facto ofensivo da honra de outrem; Formulação de um juízo lesivo da honra de uma pessoa; ou com a reprodução daquela imputação ou juízo.

Com a violação do princípio da inviolabilidade do domicílio, estamos indirectamente a ofender a honra, bom nome e reputação do visado, pois ao violar o domicílio também se ataca o direito á reserva da vida privada e familiar da pessoa, invadindo o seu espaço íntimo como meio de obter provas à custa da inviolabilidade do domicílio, o que faz com que esses meios de obtenção prova colidam com bens jurídicos pessoais que, de forma mais ou menos ostensiva ou directa, relevam da esfera da privacidade. Ao se entrar casa de uma pessoa, no espaço onde desenvolve a sua vida pessoal e familiar, sem o seu consentimento, vasculhando a sua vida, a pessoa sente-se afectada também na sua honra no seu bom nome e na sua reputação.

2. Breve análise do princípio da inviolabilidade do domicílio no direito comparado e nas convenções internacionais

2.1. No direito constitucional americano

Releva a Carta dos Direitos dos Estados Unidos ou a Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos, denominação pela qual as dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos são conhecidas. Elas foram apresentadas por James Madison no Primeiro Congresso dos Estados Unidos em 1789 como uma série de artigos e

¹⁶³ Vide, Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*, Boletim da Universidade de Direito, nº76, 2000, pág. 169 e 170.

¹⁶⁴ Vide, José de Faria Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, pág. 609.

entraram em vigor em 15 de Dezembro de 1791, sendo ratificada por três quartos dos estados. Na *Bill of Rights* Americana o princípio da inviolabilidade do domicílio foi tipificado na 4ª Emenda¹⁶⁵, e teve como objectivo proteger os cidadãos dos abusos ocorridos na época. A actual doutrina e jurisprudência americana entendem que algumas buscas poderão realizar-se sem mandado, dependendo das circunstâncias, tendo em conta o tipo crime, nomeadamente terrorismo ou o perigo de fuga, o que pode levar à violação do preceituado na *Bill of Rights*. Neste ordenamento jurídico o que se protege não é o domicílio *per se* mas sim a liberdade da pessoa no seu domicílio, a legítima expectativa que o cidadão tem quando se encontra num local que não é público, mas sim privado.

2.2. No direito constitucional brasileiro

No Brasil este princípio está previsto na constituição de 1978, no artigo 5º¹⁶⁶ inciso XI, dispõe que a “casa é asilo inviolável ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre para prestar socorro, ou durante o dia por determinação judicial”. Do exposto retira-se que poderá haver violação do domicílio mas apenas nos casos previstos na lei. “Impõe-se destacar, por necessário, que o conceito de 'casa', para os fins da protecção jurídico-constitucional a que se refere o artigo 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de carácter amplo, pois compreende, na abrangência da sua designação tutelar, a) qualquer compartimento habitado, b) qualquer aposento ocupado de habitação colectiva e c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou actividade. Esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de 'casa' - que abrange e se estende aos consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas (...) - revela-se plenamente coerente com a exigência constitucional de protecção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal. (...) Domicílio. Inviolabilidade nocturna. Crime de resistência. Ausência de configuração. A

¹⁶⁵ Vide, “ Amendment IV: *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*” Tradução livre da IV Emenda) O direito do povo à inviolabilidade de pessoas, casas, documentos e propriedade pessoal contra buscas e apreensões não razoáveis não deve ser violado, e não devem ser emitidos mandados a não ser com causa provável apoiada por juramento ou declaração e descrevendo especificamente o local da busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

¹⁶⁶ Vide, Constituição Brasileira TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS, Artigo. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

garantia constitucional do inciso XI do artigo. 5º da Carta da República, a preservar a inviolabilidade do domicílio durante o período noturno, alcança também ordem judicial, não cabendo cogitar de crime de resistência¹⁶⁷”.

No direito brasileiro “o termo casa empregado no texto constitucional, compreende qualquer compartimento habitado, aposento habitado, ou compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou actividade. (código Penal artigo 150.º n.º4) É a projecção espacial da pessoa; o espaço isolado do ambiente externo utilizado para o desenvolvimento das actividades da vida e do qual a pessoa pretenda normalmente excluir a presença de terceiros. Da noção de casa fazem parte as ideias de ânimo espacial, direito de exclusividade em relação a todos, direito á privacidade e a não intromissão. De se considerar portanto, que nos teatros, restaurantes, mercados e lojas, desde que cerrem as suas portas, e neles haja domicílio, haverá inviolabilidade por destinação, circunstância que não ocorre enquanto aberto.”¹⁶⁸

2.3. No direito constitucional alemão

No artigo 13.º¹⁶⁹ desta Constituição (Grundgesetz) encontra-se prevista a inviolabilidade do domicílio. Considera que o domicílio é inviolável, podendo apenas ser permitido o acesso ao domicílio dos cidadãos pelo juiz ou por outras entidades judiciais

¹⁶⁷ Vide, A Constituição e o Supremo, 4ª Edição, Brasília 2011, pág., 114, 115.

¹⁶⁸ Vide, Carlos Alberto Silva, Direito Constitucional, 10ª Edição, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pág. 386.

¹⁶⁹ Vide, Artigo 13.º da Constituição Alemã (Inviolabilidade do domicílio: 1- O domicílio é inviolável. 2- Buscas só podem ser ordenadas pelo juiz e havendo *periculum in mora*, também pelos demais órgãos previstos nas leis e somente sob a forma nelas [respectivamente] prescrita. 3- Se certos fatos levarem á suspeita de que alguém tenha cometido um crime especialmente grave [como tal] individualmente definido em lei, podem ser utilizados para a persecução penal do delito, com base numa ordem judicial, aparatos técnicos para a vigilância acústica do domicílios nos quais o acusado [suspeito] provavelmente se encontre, se a investigação do caso por outra via se tornar desproporcionalmente difícil ou não tiver hipóteses de êxito. A medida terá um prazo de validade. A ordem judicial será dada por um órgão judicial composto por três juízes. Havendo *periculum in mora*, a ordem judicial poderá ser dada também por um juiz. 4- Para a defesa contra perigos iminentes para a segurança pública, principalmente de um perigo colectivo ou de risco à vida, podem ser utilizados aparatos técnicos para a vigilância de domicílios somente com base em uma ordem judicial. Havendo *periculum in mora*, a medida também poderá ser ordenada por um outro órgão estatal determinado pela lei; uma decisão judicial deverá ser requerida imediatamente [após a ordem do “outro órgão estatal”]. 5- Se aparatos técnicos forem utilizados exclusivamente para a protecção de pessoas que atuam numa investigação dentro de residências, a medida deverá ser ordenada por um órgão estatal determinado pela lei. Um outro tipo de uso das informações adquiridas por esta via somente são permitidas com o propósito da persecução penal ou da defesa contra perigos e, [ainda] tão somente, se antes a legalidade for judicialmente verificada; em caso de *periculum in mora*, uma decisão judicial deverá ser requerida imediatamente [após a implementação da medida]. 7- Intervenções e limitações podem ser perpetradas, de resto, somente para a defesa em face de um perigo colectivo ou de um risco à vida de algumas pessoas; com base em lei também para a prevenção de perigos iminentes da segurança e ordem públicas, em especial para a solução da carência de espaço geográfico, para o combate a epidemias ou para a protecção de crianças e adolescentes em risco, CINQUENTA ANOS DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO, 2ª parte, Direito Constitucional Material 603, 604, 605-http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf.

pelos motivos na lei tipificados, desde que respeitem unicamente aos casos e aos órgãos previstos na lei. No BGB, no seu artigo 7.º, o domicílio aparece como o centro das relações jurídicas da pessoa, ainda que não haja uma vinculação jurídica da pessoa ao local onde esta habita; uma pessoa pode ter vários domicílios e até pode não ter nenhum, sendo o domicílio profissional aquele em que a pessoa desenvolve a sua actividade profissional.

2.4. No direito constitucional espanhol

O princípio da inviolabilidade do domicílio está previsto no artigo 18.^{o170} n.º2 da Constituição Espanhola, declarando que o domicílio é inviolável e só se poderá nele entrar sem o consentimento do dono, no caso de decisão judicial ou nos casos de flagrante delito. Entendemos então que a constituição Espanhola permite que se realizem buscas com o consentimento do titular, com mandado judicial ou em flagrante delito.

2.5. No direito constitucional italiano

A Constituição Italiana prevê que o domicílio é inviolável, não podendo nele serem efectuadas inspecções, perseguições ou apreensões, salvo nos casos e formas estabelecidas na lei, e respeitando as garantias da liberdade pessoal¹⁷¹.

Este direito não é absoluto contendo duas excepções, podem ser feitas inspecções apreensões ou perseguições, desde que estejam em causa direitos constitucionais como o direito a protecção à liberdade pessoal, e também é constitucionalmente permitida a entrada no domicílio dos cidadãos, no caso da existência de lei que preveja inspecções de natureza sanitária, económica ou fiscal.

Este ordenamento vê qualquer medida restritiva deste direito como excepcional, considerando qualquer limitação para além das preceituadas como inconstitucional.

¹⁷⁰ Vide, Artigo 18.º da Constituição Espanhola: N.º 1, É garantido o direito á honra e á intimidade pessoal e familiar, e o direito á imagem; N.º2, O domicílio é inviolável, ninguém poderá entrar em casa alheia sem o consentimento do titular, ou mediante ordem judicial, salvo os casos de flagrante delito. N.º 3 Esta garantido o segredo das comunicações, em especial, o correio, telegráficas e telefónicas, salvo ordem judicial; N.º4, a lei limitará o uso de meios informáticos para garantir a honra e a intimidade pessoal dos cidadãos, e o pleno exercício dos seus direitos. (tradução livre).

¹⁷¹ Vide, Constituição da República Italiana de 1948 PARTE I - Direitos e Deveres dos Cidadãos Relações Civis - Artigo 14.º - O domicílio é inviolável. Nele não podem ser efectuadas inspecções ou perquisições ou sequestros, salvo nos casos e formas estabelecidos por lei, segundo as garantias prescritas para a tutela da liberdade pessoal. As averiguações e inspecções por motivos de saúde e de incolumidade pública ou para fins económicos e fiscais são regulamentadas por leis especiais. – disponível em : <http://www.cidadaniaitaliana.me/2013/03/constituicao-republica-italiana-1948-versao-portugues.html#sthash.Dy0nTruQ.dpuf>.

2.6. Nas convenções internacionais

Na declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, e no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP¹⁷²), consignou-se que "ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação", e que "contra tais intromissões ou ataques a pessoa tem direito à protecção da lei" (artigos 12.º e 17.º, respectivamente).

A Convenção Europeia dos direitos do Homem (CEDH¹⁷³) proclama, que "qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência", e que "não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção de infracções criminais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros" (artigo 8º, nº 1 e 2, respectivamente).

2.7. Conclusões

Tanto na declaração Universal dos Direitos do Homem, como no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e na Convenção Europeia dos direitos do Homem, é dado grande destaque a este princípio. É visto como um direito de personalidade indissociável do homem e que deverá ser protegido pela lei, e só a lei o poderá restringir por motivos de protecção dos Estados e dos cidadãos.

Através da breve análise do princípio da inviolabilidade do domicílio nas Constituições destes países, entendemos que para todos é um direito fundamental constitucionalmente consagrado, mas que este direito não é absoluto permitindo que em casos previstos na lei e pelas autoridades judiciais também legalmente previstas, se possa restringir este direito fundamental e se possa entrar em casa dos cidadãos. Mas esta intrusão na intimidade da vida familiar das pessoas será sempre por motivos de protecção de outros direitos fundamentais também constitucionalmente consagrados.

¹⁷² Vide, O PIDCP foi aprovado para ratificação, em Portugal, pela Lei nº 29/78, de 12 de Junho.

¹⁷³ Vide, A CEDH foi aprovada para ratificação, em Portugal, pela Lei nº 65/78, de 13 de Outubro

3. Evolução do conceito de inviolabilidade do domicílio em Portugal.

O Direito à inviolabilidade do domicílio, como já vimos, é uma das liberdades mais antigas do Homem, e reconhecido na maioria dos ornamentos jurídicos do mundo.

Carlos Malheiro Dias¹⁷⁴ disse que "como os ninhos, que são a casa da ave, e que todos diferem consoante a ave que o fabricou e o habita, a casa do homem reproduz com fidelidade a vida, a ocupação, o carácter, o sentimento dos moradores. Toda a casa tem, como os donos, uma fisionomia especial, que as gerações lhe imprimiram. "O Homem sempre viu a sua casa como um local seguro e privado, íntimo, no " lar é onde o coração do homem cria raízes."¹⁷⁵ Mas como muitas vezes os cidadãos eram castigados com buscas e apreensões arbitrárias e abusivas nas suas casas, ofendendo-se assim de forma reiterada um princípio fundamental que o Homem, mesmo antes de o direito estar positivado sabia tê-lo, criou-se a necessidade de assegurar essa privacidade e segurança do lar para que este não pudesse ser invadido sem nenhum pretexto e para isso a Constituição decretou a sua inviolabilidade, ainda que admita excepções.

Para Jorge Miranda¹⁷⁶ o princípio de que a entrada na casa onde vivem o indivíduo e a sua família não deve ser franqueada senão por motivo imperioso de interesse público, pela autoridade competente e nas formas legais, é um instituto muito antigo, conhecido de todos os países civilizados. Talvez tenha surgido primeiramente a noção de "santuário familiar", a defesa da vida institucional da família; mais tarde acentuou-se a garantia da liberdade física da pessoa; hoje tende a prevalecer a ideia de que a inviolabilidade do domicílio é um dos anteparos da intimidade da vida privada, condição indispensável dos Homens nas sociedades modernas.

Nos forais já estava presente a ideia da inviolabilidade do domicílio, denominando-o como *Domus disrupta* ou casa derrota. Marcelo Caetano¹⁷⁷ entendeu que era "um baluarte do direito individual", sendo severamente punido quem entrasse violentamente na casa alheia e violasse o que denominava " a paz da casa (paz doméstica) ". Após 1211 a protecção da casa passou a ser direito de todo o reino. A inviolabilidade do domicílio, já estava prevista no nosso ornamento jurídico, e veio a ser sempre garantida em todas as

¹⁷⁴ Vide, Carlos Malheiro Dias, também grafado como Carlos Dias e como Carlos Malheiros Dias GOC • GCC (Porto, 13 de Agosto de 1875 — Lisboa, 19 de Outubro de 1941), foi um jornalista, cronista, romancista, contista, político e historiador Português. http://pt.wikipedia.org/wiki/Carlos_Malheiro_Dias.

¹⁷⁵ Vide, Henrik Johan Ibsen (Skien, 20 de Março de 1828 — Kristiania, 23 de Maio de 1906) foi um dramaturgo Norueguês, http://pt.wikipedia.org/wiki/Henrik_Ibsen.

¹⁷⁶ Vide, Anotação a Uma Sentença de 23 de Julho de 1973 do Tribunal Constitucional – Jorge Miranda, Jurisprudência Crítica, Inviolabilidade do Domicílio, RDES, IXX, pág., 403 e seguintes.

¹⁷⁷ Vide, *História do Direito Português*, Volume I, Verbo, Lisboa, pág. 255 256.

Constituições Portuguesas, alterando-se tendo em conta os tempos e as mudanças na sociedade.

Na Constituição de 1822, o seu artigo 5.º previa que “a casa de todo o português é para ele um asilo. Nenhum oficial público poderá entrar nela sem ordem escrita da competente autoridade, salvo pelos casos e nos modos que a lei determinar”.

Na Carta Constitucional de 1826, no artigo 145.º §6, constava que todo o cidadão tem em sua casa um asilo inviolável, de noite não se poderá entrar nela senão por seu consentimento ou em caso de reclamação feita de dentro ou para defender de incêndio, ou, inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira que a lei determinar.

Em 1938 o artigo 16.º da Constituição tinha a seguinte redacção: “a casa do cidadão é inviolável. De noite somente se poderá entrar nela por seu consentimento em caso de reclamação feita por dentro; por necessidade de socorro ou para aboletamento de tropa feito por ordem da competente autoridade; de dia somente se pode entrar na casa do cidadão nos casos e pelo modo que a lei determina.”

Na constituição de 1933, no artigo 8.º, temos a epígrafe, “constituem direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses: nº6, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo na correspondência nos termos em que a lei determinar”.

Constituição de 1976, a consagração do direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, é muito semelhante à sua antecessora, mas com uma aplicação prática muito diferente, pois agora estamos num Estado de Direito Democrático, onde os direitos fundamentais são a base de toda a ideologia do Estado. Nesta constituição considera-se a inviolabilidade do domicílio um direito fundamental, sujeito ao regime dos direitos, liberdades e garantias, de acordo com o artigo 17.º, por estar integrado no Título II e estar consagrado no artigo 34.º, com a seguinte previsão “o domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privados são invioláveis. n.º 2, a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei, n.º3, ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, n.º4, é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal (epígrafe inviolabilidade do Domicílio e da correspondência).

Ao analisar as nossas Constituições, Jorge Miranda¹⁷⁸, entende que as grandes diferenças entre elas são: A Constituição de 1922 dava maior protecção do domicílio durante o dia, pois previa o requisito da ordem escrita da autoridade competente, nas restantes Constituições liberais entende que há maior protecção durante a noite, só se permitindo a entrada dos oficiais públicos nos casos expressamente previstos na lei.

O artigo 34.º da CRP manteve a sua redacção durante muito tempo, não se alterando nas revisões constitucionais de 1982, 1989 nem na de 1992; só com a revisão constitucional de 1997 é que a redacção deste artigo foi alterado mas esta alteração não influenciou em nada a protecção do domicílio; alargou o âmbito da protecção da norma quanto aos novos meios de comunicação, passando nela a constar “e nos demais meios de comunicação. Com o objectivo de abranger os meios informáticos como o *e-mail*.”

Na redacção actual da Constituição da República Portuguesa, conseguida com a revisão de 2001, deixou de haver uma protecção absoluta durante a noite. Assim o n.º 3 do artigo 34º foi alterado podendo agora entrar-se no Domicílio nos casos de flagrante delito, em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada¹⁷⁹, incluindo o terrorismo, tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos em que a lei determinar. Na anterior redacção só se poderia entrar no domicílio durante a noite com autorização do visado. Foi eliminada a proibição constitucional absoluta de entrada no domicílio durante a noite. Esta alteração legislativa teve por base e grande objectivo o combate dos métodos criminosos actuais.

Actual redacção do artigo 34.º da Constituição da República Portuguesa:

Artigo 34.º

Inviolabilidade do domicílio e da correspondência

N.º1- O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.

N.º2- A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei.

N.º3- Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situações de flagrante delito ou mediante autorização

¹⁷⁸ Vide, Revista de Direito e de Estudos Sociais, pág. 46.

¹⁷⁹ Vide, Artigo 1.º do CPP que contém a noção de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada e apenas podemos considerar estas condutas as previstas nos artigos 299º, 300º ou 301º do Código do Processo Penal.

judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas, de estupefacientes, nos termos previstos n lei.

N.º4- É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

A Constituição de 1976 considera a inviolabilidade do domicílio como um direito fundamental, em virtude, de como já dissemos, estar inserido no Título II, no artigo 34.º¹⁸⁰, e que pode ser casualmente violado através de uma busca domiciliária. Mas o legislador com isso em mente, retira o regime das buscas domiciliárias que assenta na consagração constitucional do direito à sua inviolabilidade, limitando a sua violação, mas por outro lado permite que as buscas se realizem mesmo que não estejam preenchidos todos os requisitos em certos casos, por razões de salvaguarda de outros direitos.¹⁸¹ Assim poderemos dizer que a constituição protege o domicílio, mas prevê excepções a esta protecção, permitindo assim a sua violação.

Como refere Manuel Costa Andrade¹⁸², “os meios de prova obtidos a custa da inviolabilidade do domicílio (...). Aqueles meios de prova contendem com bens jurídicos pessoais que, de forma mais ou menos ostensiva ou directa, relevam da esfera da privacidade. Sendo assim, o legislador deverá sempre tratar de forma cuidadosa esta matéria, pois estamos perante uma área delicada da vida das pessoas e da sua privacidade”.

4. Titulares do direito à inviolabilidade do domicílio

O artigo 12.º n.º1 da CRP determina que “todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição” e o artigo 15.º n.º1 da Lei Fundamental prescreve que “os estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão Português”, sabendo nós que “os preceitos constitucionais respeitantes a direitos liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades publicas”, como retiramos do artigo 18.º n.º 1 da CRP.

¹⁸⁰ Vide, Para mais desenvolvimentos ver, Fonseca J. Martins, *Conceito de domicílio face ao artigo 34.º da Constituição*, pág. 45. Aqui este autor também refere que a nossa ideia de domicílio surge de forma espontânea, na ideia de vínculo da família ao lar e do lar ao solo. Os romanos ao identificarem o domicílio como lar pretendiam a demonstração da tranquilidade “do lar” e “no lar”.

¹⁸¹ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas*, pág. 106.

¹⁸² Vide, Manuel Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova*, pág.50.

Posto isto, podemos começar por dizer que serão titulares do princípio da inviolabilidade do domicílio todas as pessoas residentes em Portugal sejam elas entidades públicas ou privadas, estão abrangidas pelo princípio constitucional de direito á reserva da vida privada e familiar, previsto no artigo 26.º da CRP.

O direito à inviolabilidade do domicílio, tal como se encontra consagrado na Constituição, tem como objectivo preservar a intimidade da vida privada pessoal e familiar, como tal deverá ser reconhecido não só em situações em que tal domicílio se possa confundir num título legitimador, como também naqueles que o título já cessou ou nunca chegou a existir.

Esta questão será tratada mais a fundo quando tratarmos do “consentimento” para a realização das buscas domiciliárias, mas para já faremos uma primeira abordagem sobre este tema.

Para parte da doutrina são titulares deste princípio todas as pessoas que habitam a casa; para outros, o titular do direito, podendo dele dispor e dessa forma consentir a busca, é a pessoa visada com a diligência. Para outra parte da doutrina, como Gomes Canotilho e Vital Moreira, será titular deste direito qualquer pessoa que disponha de uma residência independentemente das relações jurídicas subjacentes (propriedade, arrendamento, posse) e da respectiva nacionalidade (Português, estrangeiro, apátrida) e abrange todos os membros da família.

5. O conceito de inviolabilidade domicílio e as pessoas colectivas

Como já vimos as pessoas colectivas são domiciliadas no local da sua sede, mas saber se as pessoas colectivas também são titulares do direito a inviolabilidade do domicílio é uma problemática que tem criado divergência tanto na nossa doutrina como na jurisprudência.

Gomes Canotilho e Vital Moreira escrevem no artigo 12.º da Constituição "As pessoas colectivas não podem ser titulares de todos os direitos e deveres fundamentais, mas sim apenas daqueles que sejam compatíveis com a sua natureza (...). Saber quais são eles, eis um problema que só se pode resolver casuisticamente. Assim, não serão aplicáveis, por exemplo, o direito à vida e à integridade pessoal, o direito de constituir família; já serão aplicáveis o direito de associação, a inviolabilidade de domicílio, o segredo de correspondência"¹⁸³. Dizem ainda que “não é fácil definir rigorosamente o objecto da

¹⁸³ Vide, Artigo 33.nº1 do CC.

inviolabilidade do domicílio. Tendo em conta o sentido constitucional deste direito tem de entender-se por domicílio desde logo, o local onde se habita, a habitação, seja permanente, seja eventual, seja principal ou secundária. Por isso, ele não pode equivaler ao sentido civilístico, que restringe o domicílio à residência habitual (...) dada a sua função constitucional, esta garantia deve estender-se quer ao domicílio voluntária geral quer ao domicílio profissional (CC, artigos 82.º e 83.º). A protecção do domicílio é também extensível à sede das pessoas colectivas (CC, artigo 159.º) »¹⁸⁴

Mas vários autores têm dúvidas quanto a essa aplicação, pois a protecção ainda que possa ser enquadrada no âmbito constitucional da protecção do domicílio, não estamos perante ofensa à intimidade da vida privada e familiar, que é propósito da consagração constitucional da inviolabilidade do domicílio.

Vieira de Andrade¹⁸⁵ refere que o artigo 12.º n.º² ¹⁸⁶ da CRP não determina que seja atribuído directamente, por extensão, às pessoas colectivas o direito de inviolabilidade do domicílio, pois esta norma não contém nenhuma regra de equiparação pessoal, das pessoas colectivas, às pessoas humanas, considerando que deveremos ter em conta a qualidade entre os sujeitos de direito, distinguir as pessoas humanas das que não o são, as pessoas colectivas.

Desta forma interpretam de forma restritiva e vêem a “casa ou parte de uma casa que um individuo ocupa de facto, num dado momento para ali viver, só ou com membros da sua família. ¹⁸⁷”. Logo esta noção não se enquadra na noção de pessoa colectiva nem na de domicílio profissional. Outros autores consideram ainda que, qualquer local de trabalho sendo ele uma oficina, ou um escritório, não são habitações¹⁸⁸.

O conceito de inviolabilidade do domicílio e a sua protecção constitucional prende-se pela defesa dos valores da dignidade humana, na vertente da reserva da vida íntima e familiar das pessoas, com vista a acautelar a intimidade da pessoa, a sua segurança e a sua vida privada. O domicílio profissional está ligado aos negócios¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira *Constituição Republica Portuguesa Anotada*, artigo 12º, Volume I, Constituição da República Anotada, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora 2007, pág. 303

¹⁸⁵ Vide, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 3ª Edição, Almedina, Almedina, 2007, pág. 126

¹⁸⁶ Vide, Este artigo prevê que “As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”, artigo 12.º n.º2 da CRP

¹⁸⁷ Vide, J. Martins Fonseca, “O conceito de domicílio face ao art. 34. da Constituição da República”, revista do Ministério Público, n.º 45.

¹⁸⁸ Vide, Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal á luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pág. 478

¹⁸⁹ Vide, J. Martin Fonseca, “O conceito de domicílio face ao art. 34. da Constituição da República”, revista do Ministério Público, Pág. 60.

Contra esta inclusão das pessoas colectivas, há autores que defendem que este direito constitucionalmente consagrado de protecção do domicílio é um caso especial que garante o direito à intimidade, previsto na constituição no artigo 26.º, e que tem na sua génese a salvaguarda da esfera da liberdade individual e familiar do ser humano. Posto isto, está aqui em causa a defesa de diversos bens jurídicos, num caso a vida privada dos cidadãos noutra a esfera profissional, que respeita a negócios¹⁹⁰.

Sobre este assunto o Tribunal Constitucional tem tido alguma cautela ao estender o direito a inviolabilidade do domicílio às pessoas colectivas, considerando que nunca deverá ter o mesmo alcance que nas pessoas humanas. No acórdão 397/08¹⁹¹ este tribunal concluiu que se ultrapassarmos o âmbito domiciliário das pessoas físicas, entrando no sector de actividade das pessoas colectivas, podemos sair do âmbito de protecção da norma constitucional, pois esta perderia a sua razão de ser. Poderá haver extensão de tutela de privacidade às pessoas colectivas, mas isso não pode implicar que possa actuar da mesma forma, e o princípio da inviolabilidade de domicílio ter a mesma extensão de protecção. O que pode haver, e há, é uma extensão de privacidade, mas nesta nunca se poderá incluir a defesa do núcleo da intimidade da vida privada, pois esta pressupõe a vida humana, uma personalidade física, e não uma ficção jurídica.

Na nossa opinião, não devem as pessoas colectivas integrar a noção constitucional de domicílio, ficando desta forma fora do âmbito da tutela legal das buscas domiciliárias. Pois entendemos que o que a norma constitucional pretende proteger é a vida privada de um local destinado a habitação, onde decorre a vida íntima e familiar das pessoas. Tendo igualmente e apenas protecção constitucional no âmbito do designado segredo profissional a que aquele espaço em concreto respeite.

6. Restrição do direito à inviolabilidade do domicílio

A inviolabilidade do domicílio embora seja um direito fundamental constitucionalmente consagrado no artigo 34.º da CRP não é um direito absoluto. O artigo 18.º do mesmo diploma legal consagra os meios de protecção dos direitos fundamentais admitindo a sua restrição assim como também é admitida pelo artigo 34.º da CRP¹⁹², remetendo para a lei essa mesma tarefa.

¹⁹⁰ Vide, Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3ª Edição, 1999, pág. 223.

¹⁹¹ Vide, Acórdão 397/08 disponível no site: <http://www.dgsi.pt/>.

¹⁹² Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, dizem que há dois tipos de casos previstos na Constituição que importa distinguir. Nuns é a própria lei fundamental que prevê directamente certa e determinada restrição: é o

Segundo o artigo 168º, nº 1, alínea b) da Constituição, é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre direitos, liberdades e garantias.

Gomes Canotilho e Vital Moreira escrevem que “a reserva de competência legislativa da Assembleia da República nesta matéria vale não apenas para as restrições (artigo 18º) mas também para toda a intervenção legislativa no âmbito dos direitos, liberdades e garantias¹⁹³”.

Vemos assim, que a Constituição permite que o legislador ordinário determine quais os casos em que será restringido o direito, como retiramos do artigo 34.º n.º2 “a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e nas formas previstas na lei”.

Mas esta restrição aos direitos, liberdade e garantias, ainda que permitida, tem que cumprir apertados requisitos, tendo que ser estes cumulativos para que a restrição seja legítima; a restrição tem que ser admitida pela constituição (artigo 18º. n.º2, 1ª parte); a restrição tem que salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (artigo 18.º n.º2, parte final); que essa restrição seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar o objectivo (artigo 18.º.n.º2 2ª parte); e que essa restrição não destrua o direito em causa, atingindo o seu núcleo essencial (artigo 18.º n.º3 parte final)¹⁹⁴.

A restrição a direitos fundamentais deverá ser, obrigatoriamente, constitucionalmente permitida, tem que ser necessária, proporcional, e nunca ofender o núcleo essencial do direito que se restringe. Teremos que delimitar primeiro o conteúdo do direito e só depois de sabermos qual é, o poderemos restringir. E a lei só o permite essa restrição, tratando-se de um interesse superior da comunidade, que transcende os interesses particulares dos cidadãos. Logo, não pode a realização desse interesse superior ser inviabilizada, a nível infraconstitucional, através de um conjunto de situações e de casos em que seja lícito negar a colaboração com a justiça. Só em casos limite é que se justifica o direito ou o dever da não salvaguarda de interesses também importantes para a comunidade: como quando se trata da protecção da intimidade da vida privada. A necessidade de perseguição penal, de obtenção de provas, de que depende a administração da justiça penal, essencial ao desenvolvimento da sociedade politicamente organizada,

caso do artigo 34.º n.º2 e 3; noutros a constituição limita-se a admitir restrições não especificadas. No primeiro caso a Constituição limita-se a declarar a restrição prevista na CRP”, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pág., 151

¹⁹³ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Coimbra, 1993, pág. 672.

¹⁹⁴ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Coimbra, 1993, pág. 149.

justifica, essa limitação do direito individual, mas sempre tendo em consideração a natureza do direito restringido e aquele que se visa proteger.

A toda a limitação de direitos devem estar presentes os princípios da necessidade, adequação e da proporcionalidade entre a gravidade do facto humano penalmente ilícito e doloso e a intensidade ou gravidade da intromissão.

O artigo 177.º do CPP prevê que “a busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada, só pode ser ordenada ou autorizada por um juiz e efectuada entre as sete e as vinte horas, sob pena de nulidade”. As buscas e revistas sendo autorizadas por despacho judicial devem sempre que possível ser presididas por quem as determinou. Quando estamos perante criminalidade violenta ou altamente organizada, ou no caso em concreto haja fundados indícios da prática eminente de um crime, que ponha em grande risco a vida ou integridade física de qualquer pessoa, essas mesmas revistas ou buscas são excepcionalmente efectuadas pelos órgãos de polícia criminal sem a necessidade de que seja ordenada pela autoridade judiciária competente, que a validará posteriormente.

Se a busca for realizada em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento oficial de saúde, terá que ser obrigatoriamente presidida por um juiz que terá que ter previamente avisado o presidente do conselho distrital da ordem em questão, ou do presidente do conselho directivo ou de gestão do estabelecimento oficial de saúde, para que na diligência esteja presente um representante daquela.

Está aqui em causa o sigilo profissional inerente a estas profissões, pelo que se não forem cumpridos estes requisitos a busca será nula¹⁹⁵. A natureza dos interesses públicos

¹⁹⁵ Vide, Artigo 177.º - Busca domiciliária 1 - A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz e efectuada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade. Nº 5 - Tratando-se de busca em escritório de advogado ou em consultório médico, ela é, sob pena de nulidade, presidida pessoalmente pelo juiz, o qual avisa previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente. Artigo 70.º do Estatuto da Ordem dos Advogados: Imposição de selos, arrolamentos e buscas em escritórios de advogados, n.º1- A imposição de selos, o arrolamento, as buscas e diligências equivalentes no escritório de advogados ou em qualquer outro local onde faça arquivo, assim como a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações, através de telefone ou endereço electrónico, utilizados pelo advogado no exercício da profissão, constantes do registo da Ordem dos Advogados, só podem ser decretados e presididos pelo juiz competente. N.º2- Com a necessária antecedência, o juiz deve convocar para assistir à imposição de selos, ao arrolamento, às buscas e diligências equivalentes, o advogado a ela sujeito, bem como o presidente do conselho distrital, o presidente da delegação ou delegado da Ordem dos Advogados, conforme os casos, os quais podem delegar em outro membro do conselho distrital ou da delegação. N.º3- Na falta de comparência do advogado representante da Ordem dos Advogados ou havendo urgência incompatível com os trâmites do número anterior, o juiz deve nomear qualquer advogado que possa comparecer imediatamente, de preferência de entre os que hajam feito parte dos órgãos da Ordem dos Advogados ou, quando não seja possível, o que for indicado pelo advogado a quem o escritório ou arquivo pertencer. N.º4- Às diligências referidas no n.º 2 deste artigo são admitidos também, quando se apresentem ou o juiz os convoque, os familiares ou empregados do advogado interessado. N.º5- Até à comparência do advogado que represente a Ordem dos Advogados podem ser tomadas as providências indispensáveis para que se não inutilizem ou

envolvidos também tem protecção constitucional. O segredo profissional contém deveres que respeitam a um bem jurídico fundamental do ordenamento jurídico, a intimidade. A dignidade e a intimidade são irrenunciáveis, como direitos fundamentais e como fundamentos da ordem política ou da convivência social; por isso, o cidadão apenas estará legitimado a dispor e a consentir na revelação de alguns aspectos da sua vida privada.

A lei civil também permite a entrada no domicílio do executado, sem o seu consentimento, para efectuar penhoras desde que munidos de mandado judicial sob pena de inconstitucionalidade. O artigo 757.º do CPC prevê que “quando as portas estão fechadas ou seja oposta alguma resistência, bem como quando haja receio justificado de que tal se verifique, o agente de execução requiere ao juiz que determine a requisição do auxílio da força pública, arrombando-se aquelas, se necessário, e lavrando-se o auto da ocorrência”. Quando está em causa a invasão do domicílio do executado o n.º4 daquela norma legal impõe que haja prévio despacho judicial a legitimar a conduta invasiva.

O artigo 149.º do Código de Processo Administrativo, também prevê que para serem cumpridos os actos administrativos, estes podem ser coercivamente impostos pela administração, sem consentimento do lesado, e sem recurso prévio aos tribunais, mas apenas nos casos expressamente previstos na lei.

O artigo 34.º n.º3 da CRP consagra que “ninguém pode entrar durante a noite no domicílio” salvo a excepções previstas na lei, o artigo 177.º n.º1 do CPP, por sua vez, determina que “a busca em casa habitada (...) só pode ser efectuada entre as sete e as vinte e uma horas”, salvo as excepções previstas na lei. Coloca-se então a questão de saber se deveremos ter em conta as condições meteorológicas e geográficas do nosso país pois a noite propriamente dita varia consoante as estações do ano e o estado do tempo. A grande maioria da doutrina entende que o termo noite utilizado pelo legislador, baseia-se num sentido normativo, não literal, e que a noite deverá ser entendida como o período normal de descanso que no nosso país é, por norma, das vinte e uma às sete horas, não tendo que ser o período da não incidência da luz solar¹⁹⁶.

Daqui retiramos que este princípio, apesar da sua relevância, tem um carácter relativo: por um lado é protegido constitucionalmente, com base na protecção individual das pessoas, mas a constituição também prevê que possa ser restringido, com base em conflito com relevantes princípios de protecção do interesse público. E essas restrições ao

desencaminhem quaisquer papéis ou objectos. N.º6 -O auto de diligência faz expressa menção das pessoas presentes, bem como de quaisquer ocorrências sobrevindas no seu decurso.

¹⁹⁶ Vide, Marques de Ferreira, *Jornadas de Direito Processual Penal*, 226.

princípio da inviolabilidade do domicílio não se bastam no Código de Processo Penal e na Constituição, estando também presentes noutros ramos do direito.

Capítulo IV

Buscas Domiciliárias

1. Considerações gerais

As buscas domiciliárias são um meio de obtenção de prova, e “será considerada a diligência efectuada num local que se enquadre num conceito normativo constitucional de domicílio, com o objectivo de descobrir recolher e apreender objectos – provas reais matérias – que permitam, através do seu exame e interpretação, indicar se existiu ou não crime e, em caso afirmativo, localizar, contactar os seus agentes para posterior apresentação ao tribunal¹⁹⁷”.

O seu regime está previsto no artigo 177.º, conjugado com o artigo 174.º e seguintes do CPP, normas que emanam e são consequência directa do preceituado no artigo 34.º da CRP, que consagra o domicílio como um direito inviolável, como “liberdade e garantia fundamental de qualquer cidadão português estrangeiro ou apátrida, desde que disponha de uma residência, independentemente das relações jurídicas subjacentes, abrangendo todos os membros da família; advém também da lei 43//86 de 26 de Setembro¹⁹⁸ (Autorização Legislativa em Matéria de Processo Penal)¹⁹⁹”.

Este meio de prova como já o dissemos assenta no princípio constitucional do direito à inviolabilidade do domicílio, que por um lado o limita mas por outro possibilita a sua realização, mesmo sem que todas as suas formalidades possam estar preenchidas, se estivermos perante ofensas á vida e à integridade física das pessoas, valores estes também constitucionalmente protegidos, nos artigos 24.º e 25.º da CRP, e também tutelados pelo direito penal nos artigos 131.º seguintes do CP.

O objectivo da busca domiciliária será sempre a recolha de informações, baseada na intromissão no espaço privado de um cidadão, podendo afectar a reserva da intimidade da

¹⁹⁷ Vide, Manuel Monteiro Valente, *Buscas e Revistas*, pág. 104.

¹⁹⁸ Vide, A lei 43/86 de 26 de Setembro, no artigo 2.º n.º2, nos pontos 27 e 29, estipulou que competia ao CPP, A concretização do horário em que são admitidas as buscas domiciliárias, assegurando-se a sua não realização durante a noite e a restrição da competência para a respectiva autorização ao juiz instrutor, salvo autorização do visado; É também da competência do CPP, de um regime especial de dispensa de autorização prévia para as buscas domiciliárias, revistas, apreensões e detenções fora de flagrante delito nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da pática eminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa devendo neste caso a realização da diligência ser imediatamente comunicada ao juiz instrutor e por este validade, sob pena de nulidade. Disponível, no site: http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/pdf4/1-43-1986/downloadFile/file/L_43_1986.pdf?nocache=1182156270.58.

¹⁹⁹ Vide, Manuel Monteiro Valente, *Revistas e Buscas*, pág. 106.

vida privada²⁰⁰. E com a realização desta diligência há sempre uma ingerência, e esta intromissão é uma forma particular de interferência no direito á reserva da intimidade da vida privada.

Nas buscas domiciliárias existe a procura de objectos que estão escondidos, medida esta que facilmente invade a privacidade. Desta forma teremos que definir qual o grau de intervenção da busca.

Teremos que tentar compatibilizar os direitos, uma vez que a busca é uma diligência realizada “num local reservado ou não livremente acessível ao público”²⁰¹. Aqui se encontram os problemas de compatibilização entre o interesse público da perseguição do Estado aos criminosos, com vista a realização da justiça, e o outro direito dos cidadãos à reserva da intimidade da vida privada e do direito que estes têm á inviolabilidade do domicílio, (artigos 34.º n.º1 da CRP, 82.º a 88.º do Código Civil, e 190.º do Código Penal).

O nosso Código Penal, não tem como seu fim último a busca da verdade. Essa busca existe mas não é absoluta, necessita antes de mais de respeitar os direitos das pessoas – há valores que se sobrepõem àquele. Porém, no processo penal vigora o princípio da liberdade da prova, incluindo a ideia que todos os meios de prova são fundamentais para a descoberta da verdade material.

A verdade material também não é absoluta, apenas é legítima e legal aquela que se obtém através dos meios processuais válidos, isto é, que não são proibidos pela ordem jurídica²⁰², que são realizados e obtidos de acordo com a lei e a Constituição, mais propriamente cumprindo o disposto nos artigos 26.º n.1.º e 2.º e o n.º 8. Este preceito constitucional dimensiona o conceito de domicílio como uma projecção que emana da própria pessoa, como aliás refere o TC no Acórdão de 26 de Janeiro de 2009²⁰³: “O bem protegido com a inviolabilidade do domicílio e o étimo de valor que lhe vai associado têm a ver com a subtracção aos olhares e ao acesso de outros da esfera espacial onde se desenrola a vivência doméstica e familiar da pessoa, onde ela, no recato de um espaço vedado a estranhos, pode exprimir livremente o mais autêntico modo de ser e de agir”. Mas este princípio tem que ser restringido para se alcançar a perseguição e punição dos crimes

²⁰⁰ Vide, Paulo Mota Pinto, *A protecção da Vida Privada e a Constituição*, BFDUC, n.º76, ano 2000, pág. 153.

²⁰¹ Vide, artigo 174.º n.º 2 do CPC.

²⁰² Vide, Acórdão n.º578/98, em DR, 2ª série, de 26 de Fevereiro de 1999, “ No processo penal vigora o princípio da liberdade de prova, no sentido em que, em regra todos os meios de prova são igualmente aptos e admissíveis para o apuramento da verdade material (...). Existe um dever ético e jurídico de procurar a verdade material. Mas também existe outro dever ético e jurídico que leva a excluir a possibilidade de empregar certos meios na investigação criminal.”

²⁰³ Vide, Acórdão n.º 593/2008, em DR, 2ª série, N.º 17 de 26 de Janeiro de 2009.

realizados nesse espaço. Logo “a solução legislativa perfilhada equacionou-se na ponderação de valores sociais em posição de confronto: o interesse público na investigação das infracções criminais e na perseguição dos criminosos, face ao respeito pelo domicílio do cidadão, cuja violação só deverá consentir-se desde que rodeada por condições legais que posterguem qualquer abuso²⁰⁴”.

Como meio de obtenção de prova, a busca domiciliária restringe os direitos em busca de recolher provas, para assim desencadear a diligência probatória. Como vimos anteriormente, o conceito de domicílio entende-se como uma casa habitada, no qual se incluem tendas, *roulottes*, etc. Desde que tenha carácter de permanência, e a pessoa nele viva, tenha os seus bens e crie a sua família, é o conceito que releva nos termos do artigo 177.º do CPP. Distinguimos portanto o conceito de casa habitada, de outros espaços como por exemplo, oficinas, escritórios, empresas, entre outros que tenham carácter laboral, e por esse motivo distanciam-se do que a norma constitucional quis proteger, sendo igualmente protegidos constitucionalmente mas no âmbito do segredo profissional.

Ainda que o artigo 177.º, nos n.ºs 5 e n.º6, equipare a busca domiciliária à busca realizada em consultório médico ou estabelecimento oficial de saúde e escritório de advogado, não podemos comparar estes espaços com o direito à privacidade do lar e da família que a norma constitucional visa proteger. Com a violação do segredo profissional não está posta em causa a intimidade privada²⁰⁵ do cidadão, prevista no artigo 26.ºn.º1 da CRP. Constatamos que o legislador ordinário valorou de forma diferente aqueles diferentes bens jurídicos, conferindo a um relevância de consagração constitucional.

O Código de Processo Penal, refere expressamente o termo “dependência fechada”, (mesmo que não tenha fechadura) da casa de habitação. Este espaço tem que ser contíguo a habitação, mantendo-se no espaço de reserva da vida íntima. Saindo deste conceito as garagens colectivas de condomínios²⁰⁶.

O legislador prevê o “domicílio” em sentido amplo, como todo o espaço onde decorre a vida familiar, dessa forma justifica-se que tenha previsto a “dependência

²⁰⁴ Vide, “Pareceres” Procuradoria- Geral da República, Volume X, Junho de 2000.

²⁰⁵ Vide, Perante a difícil tarefa de definir o que será a intimidade da vida privada, vejamos o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 1 21 /80, que poderá ajudar-nos nessa mesma interpretação, quando diz que a vida privada “ compreende aqueles actos que, não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública por naturais razões de resguardo e melindre, como os sentimentos e afectos familiares, os costumes da vida e as vulgares práticas quotidianas, a vergonha da pobreza e as renúncias que ela impõe e, até, por vezes, o amor da simplicidade, a parecer desconforme com a grandeza dos cargos e a elevação das posições sociais; em suma tudo: sentimentos, acções e abstenções, que podem ser altamente meritórios do ponto de vista da pessoa a que se referem mas que, vistos do exterior tendem a apoucar a ideia que delas faz o público em geral.”

²⁰⁶ Vide, Acórdão n.º67/97, DR II serie, de 2 de Dezembro de 1997.

fechada”, aqui não está unicamente em causa o facto de ser contígua a habitação mas sim o facto de lá decorrerem actividades que se prendem com a vida familiar. Não está aqui em causa o conceito de propriedade, domínio ou titularidade do domicílio, mas sim a privacidade e os direitos de personalidade constitucionalmente garantidos à pessoa.

Retiramos do âmbito das buscas domiciliárias, as garagens colectivas, os espaços contíguos às oficinas de reparação de automóveis, e também os anexos de espaços de lazer, assim como *halls* de hotéis, considerados locais públicos, estes locais não têm características habitacionais, não beneficiando do regime das buscas domiciliárias.

2. Carácter excepcional das buscas domiciliárias. Princípios que fundamentam este regime excepcional.

A excepcionalidade das buscas domiciliárias não resulta só da Lei Fundamental e do processo penal, como já vimos a protecção do domicílio enquanto direito fundamental vem consagrado em diplomas internacionais.

No nosso direito vemos, desde logo a protecção dada pelos artigos 26.º n.º1 e pelo artigo 34.º da CRP.

A constituição vai ainda mais longe prevendo a nulidade das provas obtidas através de intromissão abusiva na vida privada, como retiramos do artigo 32.º n.º8 da CRP.

Ainda que o artigo 34.º n.º4 permita a restrição ao princípio da inviolabilidade do domicílio através e nos casos previstos na lei, mas essa lei restritiva ao ser aplicada ao caso em concreto deverá sempre respeitar o preceituado no artigo 18.º n.º2 da CRP. Na realidade, “sempre que no decurso do processo penal se verifique uma intromissão nos direitos fundamentais do arguido, direitos constitucionalmente garantidos, terá que se verificar uma escrita e minuciosa regulamentação legal nessa intromissão, a qual, não poderá importar a eliminação do núcleo essencial dos direitos afectados”²⁰⁷

Os requisitos de admissibilidade das buscas domiciliárias reforçam o seu carácter excepcional, pois têm requisitos mais exigentes que outros meios de prova previstos no nosso Código de Processo Penal, que se justifica pela lesão aos direitos fundamentais do visado, mas também com as garantias de processo criminal, previstas no artigo 32.º da CRP, que impõe a verificação, em processo penal, de todas as garantias de defesa do arguido, nomeadamente o direito ao silêncio e a direito à recusa de depoimento.

²⁰⁷ Vide, Ana Raquel Conceição, *Escutas Telefónicas: Regime Excepcional, Parte geral*, in, Crise na Justiça: reflexões e Contributos do Processo Penal, Actas do Colóquio da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto, pág. 53.

Para o nosso estudo consideramos relevante saber quais são os princípios que fundamentam o carácter excepcional da realização de uma busca domiciliária, os princípios da legalidade, da proporcionalidade *lato sensu*, o princípio da garantia de defesa dos interesses do cidadão ou dos direitos fundamentais, da prossecução do interesse público, da lealdade e da boa fé e da “concordância prática”.

Do princípio da legalidade resulta que para a realização da busca domiciliária para além do previsto nos artigos 177.º e 174.º do CPP, também são imprescindíveis a verificação de determinados requisitos, a busca domiciliária terá que ser indispensável a descoberta da verdade material, ou se for o caso, que a prova é muito difícil ou impossível de obter de outro modo, porque os meios de obtenção de prova menos danosos para os direitos fundamentais se tornem infrutíferos.

Do princípio da proporcionalidade *lato sensu* ou o princípio da proibição do excesso, aparecem os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*. Este princípio que é também denominado como princípio da proibição do excesso esta constitucionalmente consagrado nos artigos 18.º n.º 2 e 266.º n.º 2 da CRP. Tendo em conta este princípio, quando estamos perante a restrição de direitos, liberdades e garantias impõe-se o previsto no artigo 18.º n.º 2 da CRP, ou seja, as restrições têm que ser necessárias, adequadas e proporcionais.

Assim a AJ aquando do recurso á busca domiciliária terá que verificar se á uma adequação, no caso concreto entre o meio e o fim que se persegue, a recolha de provas com interesse para a investigação criminal.

Mas tendo em conta o princípio da necessidade, a que está inerente o princípio da subsidiariedade, não basta que a busca domiciliária seja adequada para atingir o fim prosseguido, todos os meios de obtenção de prova menos danosos para os direitos fundamentais, terão que se revelar insuficientes ou inadequados.

Por sua vez o **princípio da proporcionalidade *stricto sensu*** tem por objectivo “a manutenção ou o alcance do equilíbrio entre o direito fundamental sacrificado e o fim constitucional legítimo”²⁰⁸. E para isso deveremos fazer uma ponderação qualitativa entre as finalidades do processo, a eficácia da busca domiciliária e gravidade do crime em causa.

²⁰⁸ Vide, Ana Raquel Conceição, *Escutas Telefónicas: Regime Excepcional, Parte geral*, in, Crise na Justiça: reflexões e Contributos do Processo Penal, Actas do Colóquio da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto, pág. 56.

O **princípio da garantia dos interesses do cidadão suspeito os dos direitos fundamentais** consagra a protecção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, independentemente de estes serem ou não suspeitos da prática de um crime

O **princípio da persecução do interesse público em sentido lato**, funda-se na persecução das finalidades de processo penal, nomeadamente a realização da justiça e a descoberta da verdade material, que devem ser perseguidas mas sempre respeitando os direitos fundamentais dos cidadãos.

Quando se pratica um crime a sociedade sente-se insegura, será necessário restabelecer a paz jurídica, para que se renove a segurança e a confiança no sistema jurídico penal.

O **princípio da lealdade e da boa fé**, impedem a obtenção de provas “mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações.”

Assim constatamos que os interesses do processo criminal encontram limites na dignidade humana nos princípios fundamentais do Estado Democrático, não podendo valer-se de actos que ofendam direitos fundamentais básicos²⁰⁹. Portugal, enquanto Estado de Direito Democrático e com um Processo Penal de raiz essencialmente acusatória, o arguido é visto como um sujeito processual, não um objecto. A investigação criminal respeita a dignidade da pessoa humana, ou seja “a interdição é absoluta no caso do direito a integridade pessoal²¹⁰,”

Por último, a “**concordância prática**” tem o objectivo de coadunar as finalidades do processo penal, tarefa esta que é muito complexa. Devido “ao carácter irremediavelmente antinómico e antitético, *in casu*, daquelas finalidades”²¹¹ a solução passa por “operar a concordância prática das finalidades em conflito”²¹². Esta finalidade traduz-se em proceder “a uma mútua compreensão das finalidades em conflito, de forma a atribuir a cada uma a máxima eficácia possível: de cada uma há-de salvar-se, em cada situação, o máximo conteúdo possível, optimizando-se os ganhos e minimizando-se as perdas axiológicas e funcionais.”²¹³

²⁰⁹ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pág.206.

²¹⁰ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pág.206.

²¹¹ Vide, Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, pág.25.

²¹² Vide, Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, pág.25.

²¹³ Vide, Teoria de K. Hesse, Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, pág.25.

Figueiredo Dias²¹⁴ defende que como critério geral, devemos proceder a uma “otimização das finalidades em conflito” ou, quando for o caso “eleger uma só das finalidades, por nelas estar em causa a intocável dignidade da pessoa humana”. Se estiver em causa a dignidade da pessoa humana devem prevalecer os fins que melhor garantam.

3. Autoridade judicial competente para decretar a busca domiciliária

Por força do artigo 34.º n.º2, 32.º n.º4 e também o artigo 202.º da Constituição, a autoridade competente para decretar a busca domiciliária, é uma autoridade judiciária, visto que está em causa a restrição a direitos fundamentais.

O artigo n.º1 alínea b) do CPP define a autoridade judiciária como sendo o Juiz, o Juiz de Instrução Criminal e o Magistrado do Ministério Público, cada um para os actos processuais relativos às suas competências.

A Constituição, no seu artigo 202.º n.º2, prevê que competem unicamente aos juízes as funções materialmente judiciais, pelo que só estes poderão imitar mandados judiciais de autorização de busca domiciliária.

E o artigo 177.º n.º 1 do CPP declara que o primeiro pressuposto de uma busca domiciliária é que esta só pode ser ordenada ou autorizada por um juiz, e isto justifica-se “pela necessidade de salvaguardar a reserva da privacidade do domicílio e da sua inviolabilidade, como marcos fulcrais da liberdade individual²¹⁵” inserida numa sociedade democrática e num Estado de Direito.

Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que não se prendam directamente com os direitos fundamentais, artigo 32.º, n.º4 da CRP. E serão nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, intromissão abusiva na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. E no mesmo sentido está o artigo 269º n.º1 alínea a) do CPP, que determina, que no inquérito a competência para ordenar ou autorizar buscas domiciliárias é da exclusiva competência do juiz de instrução criminal, nos termos do artigo 177.º do CPP²¹⁶.

²¹⁴ Vide, Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, pág.26.

²¹⁵ Vide, Simas Santos, Leal-Henriques, Borges Pinho, *Código de Processo Penal Anotado*, Rei dos Livros, 1996, VOL I, pág. 684.

²¹⁶ O “controlo jurisdicional da existência de indícios de ocultação, em casa habitada de quaisquer objectos relacionados com o crime ou que possam servir de prova (...). A intervenção do juiz é exigida pela preocupação de controlar a legalidade e, bem assim, garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, no caso, o direito á inviolabilidade do domicílio, o que por outras palavras, vale dizer ser a intervenção do juiz, de

“A Garantia fundamental de defesa é o princípio da judicialização da instrução, sendo esta da competência de um juiz – o juiz de instrução (...) é permitida a delegação pelo juiz da prática de certos actos de instrução noutras entidades (nº 4, 2ª parte do artigo 34.º da CRP) (...) Ao aludir a direitos fundamentais, o texto constitucional sugere que a obrigatoriedade da instrução pelo juiz se estende a outros direitos não enquadrados no catálogo dos direitos, liberdades e garantias²¹⁷”. E por isso deve abranger-se também todos os actos que, ofendam os direitos fundamentais, como a aplicação de medidas de coacção, reconhecimento e interrogatório do arguido, buscas domiciliárias, interceptação ou gravação de conversas telefónicas, exame de correspondência, acesso a ficheiros informáticos de dados pessoais, exames que contendam com a privacidade, todos os que possam ofender direitos fundamentais.

Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que "os interesses do processo criminal encontram limites na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º) e nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (artigo 2.º), não podendo portanto valer-se de actos que ofendam direitos fundamentais básicos. Daí a nulidade das provas obtidas com ofensa da integridade pessoal, da reserva da intimidade da vida privada, da inviolabilidade do domicílio e da correspondência (nº 6) (...). A interdição é absoluta no caso do direito à integridade pessoal e relativa nos restantes casos, devendo ter-se por abusiva a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (artigo 34.º n.º2 e n.º4), quando desnecessária ou desproporcionada, ou quando aniquiladora dos próprios direitos, como retiramos do artigo 18.º da CRP n.2 e n.º3.”²¹⁸

Daqui se extrai que o legislador determinou expressamente que quem tem competência para emitir um despacho que ordene uma busca domiciliária é o juiz, mas não foi tão claro quando a quem poderá presidi-la. Da interpretação do n.º 3 do artigo 174.º do CPP, que estipula quem deve presidir à diligência é a autoridade judiciária que a ordenou, mas as palavras utilizadas pelo legislador, ao dizer “devendo esta, (autoridade judiciária competente) sempre que possível presidir à diligência”, leva a que não haja obrigatoriedade do juiz presidir às diligências que ordenou, delegando-as nos OPC.

dimensão exclusivamente garantística e não de valoração de provas” Acórdão do TC, n.º114/95 de 23 de Fevereiro de 1995, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas*, pág. 108.

²¹⁷ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3ª Edição, 1993, pág. 213.

²¹⁸ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3ª Edição, 1993, pág. 205.

Concluimos então que deverá ser sempre um juiz a ordenar a busca domiciliária nos termos dos artigos 177.º n.º1, 268.º e 269.º, todos do CPP, mas poderá não ser ele a presidir-la.

Este é o regime previsto no artigo 177.º n.º1 do CPP, mas o n.º 3 da mesma norma legal prevê que as buscas domiciliárias “podem também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuadas por órgão de polícia criminal”, nos casos referidos no n.º 5 do artigo 174.º do CPP, e que são os casos de investigação de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática eminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade física de qualquer pessoa, ou que o visado consinta, e esse consentimento fique documentado, ou ainda nos casos de detenção em flagrante delito por crime a que corresponde pena de prisão. Podem também realizar buscas durante a noite²¹⁹ se tiverem o consentimento do visado, documentado por alguma forma, ou nos casos de flagrante delito pela prática de crime punível com pena superior, no seu máximo, a 3 anos.

Este regime é excepcional, pois “face a um conflito de direitos iminente e imediato, os OPC ou o MP não podem, sob pena de demora de intervenção da autoridade judiciária se transformar em uma situação mais grave e inaceitável pela comunidade, esperar pela autorização do juiz para entrar no domicílio, uma vez que o visado não consente que aqueles possam evitar um risco mais grave. Deve-se optar sempre pelo mal menor pois o legislador constituinte não quis proteger mais o domicílio do que a vida e a integridade física das pessoas. O artigo 177.º do CPP é a expressão plena dessa construção jurídica”²²⁰. Como afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira²²¹, “a actuação dos OPC ou de outrem enquadra-se no instituto do estado de necessidade, causa de exculpação, pois estamos perante, um perigo actual, não removível de outro modo, que ameaça a vida, a integridade física de terceiro, e não lhes é exigível que tenham comportamento diferente, conforme o artigo 34º do CP.”

Mas ao contrário das buscas não domiciliárias, nestas, o MP não reparte competências com o Juiz, estando estes a par dos OPC²²² pois estamos perante restrição de direitos fundamentais, podendo apenas ser ordenadas pelo MP em situações consideradas

²¹⁹ Entre as 21 e as 7 horas.

²²⁰ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Buscas e Revistas*, Pág. 106.

²²¹ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição Almedina, 2004, pág. 213.

²²² Vide, Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, artigo 3.º n.º 1, “São órgãos de polícia criminal de competência genérica: a) A Polícia Judiciária; b) A Guarda Nacional Republicana; c) a Polícia de Segurança Pública.

excepcionais que estão previstas no artigo 177.º n.º3 do CPP. E a realização da diligência deverá ser imediatamente comunicada ao juiz.

O princípio geral de que todas as buscas devem ser ordenadas pelo juiz, deve ser seguido com todo o rigor ”cujo afastamento impõe, necessariamente a ponderação do princípio da “concordância prática” de modo que não fira mais profundamente um bem jurídico pessoal fundamental em defesa de um de natureza severamente inferior. A logicidade do direito penal moderno não aceita que se actue inutilmente e que se realize uma ofensa maior que aquela advinda da omissão, pois a censura social e jurídica serão mais profundas e responsabilizantes²²³”.

4. Pressupostos para a realização da busca domiciliária

Para poder ser realizada uma busca domiciliária tem que haver indícios suficientes da prática de um crime. O tribunal da Relação de Évora²²⁴ considerou “que deverá ser recolhida prova bastante, de que os suspeitos, alvo de uma diligência probatória como a busca domiciliária, estão efectivamente envolvidos nos factos denunciados. Nunca é demais realçar que, pode envolver uma clara restrição de direitos, a busca domiciliária só deverá ser desencadeada quando o processo reúne indícios suficientes da prática de determinado ilícito”.

Existirão indícios suficientes para a realização de uma busca domiciliária se num determinado local se encontrem objectos relacionados com a prática de um crime, ou nele se ocultem pessoas que devam ser detidas para serem presentes á autoridade judiciária competente, como retiramos dos artigos 174.º n.º 2.º e 3.º do CPP.

Uma vez que esta operação é desenvolvida pela autoridade judiciária competente, ou pelos OPC, tem o intuito de obter indícios probatórios, estes indícios deverão corresponder a factos que estejam tipificados como crime, podendo ser susceptíveis de serem utilizados como provas incriminatórias ou absolutórias de um processo que já se encontre a decorrer, como nos diz o artigo 174.º n.º 1 do CPP²²⁵.

Para aferirmos quais são os indícios suficientes para a realização de uma busca domiciliária na fase de inquérito do processo penal, uma vez que estamos a falar do domicílio das pessoas, deverá existir um fundamento, uma razão, para se acreditar que num certo local estão objectos relacionados com o crime, uma segurança mínima e que tenha

²²³ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas. Que Viagem queremos fazer?* I Congresso de Processo Penal, Almedina, 2005, Pág. 303.

²²⁴ Vide, Acórdão da Relação de Évora, Processo n.º1110/04-1.

²²⁵ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Processo Penal*, Tomo I, Almedina 2004, pág. 325 e 326.

fundamento. Para isso recorreremos á jurisprudência que nos aponta qual o grau de indícios que deverá existir para a possibilidade de realização da diligência.

Mencionamos, a título de exemplo, o acórdão da Relação do Porto de 29 de Novembro de 2006²²⁶,o qual refere que uma vez que a busca é um meio de obtenção de prova, a realização das mesmas não depende da existência dessas provas. Consideram que o conceito de “indícios suficientes” previsto no artigo 177.º do CPP, ou a existência de fortes indícios²²⁷, deve ser interpretado “como sendo apenas uma mera probabilidade, ainda que séria, de que os objectos se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público”, artigo 174.º n.º 1 e 2 do CPP. Para este tribunal serão indícios suficientes, “se deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento uma pena ou uma medida de segurança”.²²⁸

Concluimos assim que para a realização de uma busca, terá que haver uma forte suspeita da prática de crime, tem que haver indícios, mas estes não têm que ser fortes, pois é com a busca que se pretendem obter os meios passíveis de condenação do arguido. Não nos podemos esquecer que este é um meio de obtenção de prova e não um meio de prova. Com os meios de obtenção de prova procura-se possibilitar o acesso às provas e dessa forma levá-las para o processo para assim encontrar a verdade material.

5. Formalidades da busca domiciliária

No que diz respeito às formalidades das buscas domiciliárias, somos remetidos para o artigo 176.º do CPP, que regula as formalidades das buscas em geral.

Nas buscas com autorização prévia da entidade competente, antes de se se iniciar a diligência, a cópia do despacho que ordenou a busca é entregue a quem tiver a disponibilidade do local onde a diligência se realiza, devendo conter a menção que este se pode fazer acompanhar por pessoa da sua confiança, como retiramos do artigo 176.º n.º1 do CPP.

²²⁶ Vide, Acórdão da Relação do Porto de 29 Novembro de 2006, disponível no site <http://www.dgsi.pt/>, no endereço, <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/8d54371bec4e4e488025723c00532a2a?OpenDocument>.

²²⁷ Vide, Pressupostos da aplicação das medidas de coacção previstas nos artigos, 200.º, 201.º, 202.º n.1 alínea a) do CPP.

²²⁸ No mesmo sentido esta o acórdão da TRC de 23 de Maio de 2007, disponível no site <http://www.dgsi.pt/>, que conclui que a busca domiciliária” não está subordinada á condição de indícios de ou prova suficiente da prática de um crime”. Mas “estes indícios têm que ser fundados em suspeita de que se encontram pessoas ou objectos naquele determinado local”. Classificam os indícios “num sentido próximo do atribuído pelo senso comum, uma indicação, um sinal ou vestígio de algo relacionado com o crime. E o que se pretende com a busca é precisamente a recolha de elementos de prova que confirmem ou infirmem os factos praticados”.

Este despacho, o mandado judicial de busca é o instrumento que legitima a acção dos OPC, deverá por isso ser preciso nos seus termos.

No caso da pessoa que é o titular do direito à inviolabilidade do domicílio se encontrar ausente, “a cópia é entregue a um parente, a um vizinho, ao porteiro ou a alguém que o substitua”, tal como resulta do artigo 176.º n.º 2 do CPP.

Nas buscas sem autorização prévia da entidade competente, os OPC devem neste caso solicitar o consentimento do visado, que não é uma formalidade mas um pressuposto de validade da diligência.

O despacho da autoridade judicial competente deverá conter as razões que fundamentam a busca, de uma forma geral, de modo a que o arguido possa verificar a diligência e defender-se de actuações abusivas.

No despacho de autorização deverá constar a identificação possível do local, já não sendo exigível o mesmo grau de pormenor em todas as situações, pois basta que se indiquem os elementos de informação indispensáveis à identificação da casa, como a rua e número de porta, ou quaisquer outras características individualizadoras do local ²²⁹.

Se for omissa o nome da pessoa que usufrui da moradia, essa omissão não constitui qualquer vício²³⁰.

É legal uma busca a um quarto ocupado no interior de casa de habitação, ainda que o mandado não identifique o seu ocupante bastando para tanto que, de forma ampla se identifique a residência sem qualquer exclusão de reserva²³¹.

Nos casos em que existe autorização prévia da autoridade competente para a busca domiciliária, a presença do arguido não é obrigatória, devendo apenas ser-lhe comunicado que pode assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por alguma pessoa que seja da sua confiança.²³² Também não é exigível, neste caso a comparência, nem o consentimento da pessoa visada com a busca domiciliária²³³.

Se alguma destas formalidades do despacho da autoridade judicial competente forem omissas, essa falta constitui apenas uma mera irregularidade, uma vez que a lei não

²²⁹ Vide. Acórdão do STJ de 21 de Outubro de 1998 e Acórdão da RP de 19 de Maio de 1999, Manuel Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, pág., 437 e seguintes.

²³⁰ Vide. Acórdão do STJ de 21 de Outubro de 1998, Manuel Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, pág., 437 e seguintes.

²³¹ Beneficiando da existência de indícios (artigo 174.º n.º 2 do CPP), de que no interior da residência se encontrem provas, passíveis de serem recolhidas, fruto de informações recolhidas e prestadas aos autos pelos OPC.

²³² Vide, Acórdão do STJ de 15 de Dezembro de 1998, Manuel Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, pág. 437 e seguintes.

²³³ Vide, Acórdão do TC n.º 16/97, disponível no site <http://www.dgsi.pt/>.

prevê expressamente a nulidade para este caso, como retiramos dos artigos 118.º n.º1 e 2, 174.º do CPP.

Se por esquecimento ou lapso não for entregue a cópia do despacho apenas estaremos perante uma irregularidade que invalida o acto desde que arguida pelos interessados no próprio acto.

No caso de existir irregularidade na busca domiciliária “o prazo para a arguir (...) é de três dias, nos casos de buscas e apreensões realizadas na presença do interessado mas estando o mesmo desacompanhado de advogado que o represente no processo.”²³⁴

Manuel Monteiro Guedes Valente²³⁵ entende que solicitando o visado a presença de uma pessoa da sua confiança, e os OPC nada fizerem ou se opuserem a este pedido, considera tratar-se de um método de obtenção de prova proibido, previsto e punido no artigo 126.º n.º3 do CPP.

Estaremos perante uma nulidade no caso de haver violação ao conteúdo do artigo 32º da CRP, no qual constam as garantias do processo criminal, mais propriamente o n.º3, que nos diz que a instrução do processo-crime é da competência de um juiz, não podendo este delegar actos de instrução que se prendam directamente com direitos fundamentais, e o n.º8, que considera nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral das pessoas, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações, como também retiramos do artigo 126.º do CPP.

Quanto ao prazo de validade do despacho que autoriza as buscas, este é de 30 dias, se for realizada depois deste espaço de tempo é nula nos termos do artigo 174.º n.º4, e 118.º n.º 3 do CPP. Ficam assim aqui abrangidos os casos em que o mandado é omissivo quanto ao prazo para a execução da diligência, ou este se estenda para além do limite legal.

5.1. Consentimento para a realização da busca domiciliária

Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem que o titular do direito à inviolabilidade do domicílio é qualquer pessoa que disponha de uma residência independentemente das relações jurídicas subjacentes (propriedade, arrendamento, posse) e da respectiva nacionalidade (Português, estrangeiro, apátrida) e abrange todos os membros da família.

²³⁴ Vide, Acórdão do STJ 15 de Julho 92 e Acórdão da RL de 18 de Maio 2006 disponíveis no site <http://www.dgsi.pt/>.

²³⁵ Vide, Manuel Monteiro Valente, *Revistas e Buscas*, pág. 120.

Problemático é já saber em que medida a inviolabilidade se estende a residentes ou domiciliados sem qualquer tipo legítimo de domicílio.

Quando falamos em consentimento na busca domiciliária, afastamos de imediato a necessidade de preenchimento de outros requisitos, designadamente a prévia autorização judicial. Com o consentimento não há violação do domicílio²³⁶, e este quando é dado aparece como um meio de legitimação dos meios de prova através dele obtidos²³⁷.

Podemos dizer que o consentimento é relevante quando estamos perante buscas domiciliárias praticadas durante a noite, excepto nos casos de flagrante delito e também fora dos casos em que estamos perante criminalidade violenta e altamente organizada com autorização judicial prévia, e também não é relevante nos casos de buscas que são realizadas no horário compreendido entre as 07h e 21h, nas situações de flagrante delito e de criminalidade violenta e altamente organizada sem prévia autorização judicial. Excepto nestes casos o consentimento é a única via de acesso ao domicílio dos cidadãos.

Quando há consentimento, e esse consentimento é prestado de forma livre e esclarecida, não é necessária a intervenção do juiz, uma vez que o direito consagrado no artigo 34.º n.º2 e 3 da CRP, considera que o “consentimento” e a “vontade” da pessoa são suficientes, ela tem a liberdade de consentir ou não com a diligência.

Quando a pessoa presta esse consentimento livre e esclarecido, nunca poderá ser dado por meio de coacção sob pena de ser ineficaz²³⁸, deverá ser prestado e ficar demonstrado num documento, como dispõe o artigo 174.º n.º5 alínea b) do CPP.

Se aceitarmos que o princípio constitucionalmente consagrado da inviolabilidade do domicílio, tem como função preservar a intimidade da vida privada, pessoal e familiar, então este princípio tanto deve proteger quem é o titular legítimo como também quem nunca teve o título ou este cessou.

Entendemos assim, que “cada pessoa que partilha a habitação é portadora autónoma de um direito fundamental, sob a forma de uma exigência de não intervenção virada contra o Estado. E sobre o direito alheio só pode dispor-se na base de uma legitimação contundente. Na medida em que esta não existia, o consentimento de uma única pessoa não basta para justificar a busca numa habitação com vários habitantes”²³⁹. E da análise do artigo 174.º n.º5 alínea b) do CPP parece que essa foi a vontade do legislador, pois esta

²³⁶ Vide, Ana Luísa Pinto, “Aspectos Problemáticos das Buscas Domiciliárias”, pág. 446.

²³⁷ Vide, Manuel da Costa Andrade, “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, pág., 50 e 51.

²³⁸ Vide, Manuel da Costa Andrade, “Violação de domicílio e de segredo de Correspondência”, pág. 725.

²³⁹ Vide, Manuel Costa Andrade, *Violação do Domicílio e de Segredo de Correspondência e de Telecomunicações*, AB UNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora, 1998, pág. 728.

alínea prevê que a busca só será justificada, com o consentimento do lesado, e que este consentimento tem que ficar documentado.

Sobre esta matéria do consentimento os Tribunais Portugueses têm debatido bastante, e por isso vamos analisar algumas dessas decisões, para melhor podermos compreender quem pode dar o consentimento para a realização de uma busca domiciliária.

A primeira posição que vamos analisar é a que considera que o consentimento deve ser dado por quem for o titular do direito, e esse é, quem pode dispor do local onde a diligência se realiza. Neste sentido temos o Acórdão de 26 de Novembro de 1992²⁴⁰, e também o 11 de Março de 1993²⁴¹ ambos do STJ. O Acórdão do STJ 26 de Novembro de 1992 decidiu que o titular da inviolabilidade do domicílio é o titular do direito de propriedade sobre a habitação onde decorreu a busca. No mesmo sentido foi a decisão de 11 de Março de 1993 dada pelo mesmo Tribunal, este considerou válido o consentimento dado pelo pai do arguido, considerando que este ao permitir expressamente que os Órgãos de Polícia Criminal entrassem na casa que ele era proprietário, e lá efectuassem uma busca, acto este que desencadeou a detenção em flagrante delito, nos termos do artigo 174.º n.º5 alíneas b) e c), não estávamos perante uma intromissão abusiva no domicílio, pois quem deu o consentimento foi o proprietário.

Outro entendimento demonstrou o Tribunal Constitucional no acórdão 507/94 de 14 de Julho²⁴², considerando que “o domicílio deve ser visto como uma projecção espacial da pessoa que reside em certa habitação, como forma daquela afirmar a sua dignidade humana”.

Opinião que também teve o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 8 de Fevereiro de 1995²⁴³, pois decidiu nula a busca domiciliária levada a cabo por agentes policiais sem que se verifique qualquer das situações previstas nas alíneas do artigo 174.º n.º5 do CPP, designadamente o consentimento do visado.

O acórdão do TRL de 13 de Janeiro de 2000²⁴⁴, considerou por sua vez que só é válido o consentimento prestado pelo visado, este consentimento tem que ser dado por

²⁴⁰ Vide, Acórdão do STJ de 26 de Novembro de 1992, disponível, no site www.dgsi.pt/.
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/830c71bf7afbfde0802568fc003b4517?OpenDocument>.

²⁴¹ Vide, Acórdão do STJ de 11 de Março de 1993, disponível, no site www.dgsi.pt/.
<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a6abe1fd7c143923802568fc003ae542?OpenDocument>.

²⁴² Vide, Acórdão do TC n.º 507/94 de 14 de Julho, DR, serie II, de 1994/12/12.

²⁴³ Vide, Acórdão do STJ de 08 de Fevereiro de 1995, disponível, no site www.dgsi.pt/.

²⁴⁴ Vide, Acórdão do TRL de 13 de Janeiro de 2000, disponível, no site www.dgsi.pt/.
<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a48f06b2dc7d2c2f802568aa003b838a?OpenDocument>.

quem seja visado pela diligência e seja titular do direito à inviolabilidade do domicílio, não bastando para este tribunal a mera disponibilidade do lugar da habitação, pode ser dado oralmente antes da busca e posteriormente documentado.

Vemos assim que esta questão não é pacífica e há divergência sobre quem recai a titularidade do direito a inviolabilidade do domicílio. Na nossa opinião “cada um dos que habitam a mesma casa é portador de um direito fundamental na forma de exigência de omissão dirigida ao Estado e só pode dispor-se de um direito alheio na base de autorização bastante. Na medida em que falta a autorização no mínimo concludente, o consentimento de uma pessoa só não basta para legitimar as buscas na casa habitada por várias (...) quando um dos membros da casa autoriza que outro dos habitantes permita a entrada de pessoa particular, ou do homem do gás, daí não pode concluir-se que o autorize também a franquear a porta a quem vem preparar a sua condenação isto é a inflicção de mal”.²⁴⁵

O direito de privacidade é um direito pessoal e intransmissível, cabe apenas ao próprio exercê-lo, não o podemos equiparar com o direito de propriedade ou a titularidade do domicílio.

Dai entendemos que quando a busca domiciliar é realizada nos termos do artigo 174.º n.º5 alínea b) do CPP, com o consentimento do lesado, estão incluídas todas as pessoas que habitam o domicílio e que serão com aquela busca lesados, logo será necessário o seu consentimento, sob pena de violação do artigo 34.º n.º2 da Constituição.

Ainda que por questões de lógica e não consideramos necessário consentimento de todos os co-domiciliados, sendo unicamente necessário o consentimento dos visados. Pois “é a própria constituição que considera a vontade ou o acordo da pessoa como condição da entrada no domicílio dos cidadãos, fora dos casos previstos na lei ou sem o competente mandado judicial, numa manifestação de que o próprio estado pretende ultrapassar, por via de consenso, as situações de conflito²⁴⁶”.

No acórdão do TRP de 29 de Janeiro de 2003²⁴⁷ é abordada a questão do consentimento dos co-habitantes da residência, no caso concreto, se numa busca ao quarto do filho, a mãe ali residente também deveria prestar o seu consentimento, sendo o filho o único visado com a busca. Na nossa opinião não consideramos necessário o consentimento cumulativo, apenas o do visado, e não consideramos como tal quem não faz parte do

²⁴⁵ Vide. Manuel Costa Andrade a citar Amelung, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 2006, pág. 51 e 52.

²⁴⁶ Vide, João Conde Correia, *Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações* (artigo 32.º n.º8, 2ª parte da CRP) pág. 52 e 53.

²⁴⁷ Vide, Acórdão TRP de 29 de Janeiro de 2003 2001 no site www.dgsi.pt/.

processo. Não é o direito fundamental do co-habitante que está a ser posto em causa, direito este que nunca estará na disponibilidade desse terceiro, ainda que seja a mãe e viva na mesma residência. Só o titular do direito o pode acautelar, e consentir.

O artigo 176.º n.º1 do CPP determina que antes de ser realizada a busca deve ser entregue a quem tiver a disponibilidade do local, cópia do despacho que a determinou, salvo nos casos do artigo 174.º n.º5 alínea b), neste caso não haverá qualquer despacho sendo necessário o consentimento de quem pela busca for visado. Se assim não for a interpretação da norma penal esta fica desvirtuada acabando por o consentimento que é dado não ser o consentimento de quem é realmente visado pela busca domiciliária. Na opinião do STJ apenas é necessária a intervenção de um co-domiciliados, desde que essa pessoa disponha da habitação em causa. Este tribunal entende que alguém por ter um título que lhe permite dispor juridicamente daquela habitação, essa pessoa (titular do direito) também pode dispor do direito fundamental constitucionalmente consagrado fundado num direito de personalidade do Homem. Nós entendemos, que no momento da busca domiciliária, que careça do consentimento do lesado, só não violará o princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio, se for autorizada pelo titular do direito à inviolabilidade do domicílio, que poderá ser ou não o titular do direito do bem onde a busca está a ser realizada, mas será com certeza a pessoa que será lesada com a busca.²⁴⁸

O consentimento só pode ser prestado por quem esteja em condições legais de o fazer, isto é seja maior de idade, não seja cego, surdo ou mudo, analfabeto e compreenda a língua portuguesa. Esse consentimento é prestado de forma expressa, o visado, terá de assinar uma declaração a autorizar a entrada no seu domicílio, uma vez que a lei prevê que seja documentado. Quanto ao momento em que se presta o consentimento, para alguma jurisprudência poderá ser prestado antes ou depois da diligência²⁴⁹, ficando esse facto documentado, outros entendem que deverá ser prestado antes da diligência se iniciar.

5.2. Horário para a realização da busca

As buscas deveram ser realizadas entre as 07 e as 21h. Este é o regime geral das buscas previsto no n.º1 do artigo 177º do CPP, que parte do pressuposto previsto na primeira parte do n.º3 do artigo 34.º da CRP, o qual consagra que “ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento”.

²⁴⁸ Vide, Acórdão do STJ de 18 de Outubro de 2001 disponível no site www.dgsi.pt/.

²⁴⁹ Vide, Acórdão do TRL de 13 de Janeiro de 2000 disponível no site www.dgsi.pt/.

Se tivéssemos uma perspectiva estritamente literal do termo noite utilizado pelo legislador, poderíamos considerar que este ofenderia o princípio constitucional plasmado no artigo 34.º n.º3 da CRP, pois considera noite das 21h as 7 horas. Coloca-se então a questão de saber se deveremos ter em conta as condições meteorológicas e geográficas do nosso país pois a noite propriamente dita, varia consoante as estações do ano e o estado do tempo, começando grande parte do ano por volta das 18h e não às 21h, que o legislador impôs.

A grande maioria da doutrina entende que o termo noite utilizado pelo legislador, baseia-se num sentido normativo, não literal, e que a noite deverá ser entendida como o período normal de descanso que no nosso país é, por norma, das vinte e uma às sete horas, não tendo que ser o período da não incidência da luz solar, mas sim o espaço de tempo em que as pessoas se recolhem no seu lar para descansar²⁵⁰

5.3. Auto da busca domiciliária

Uma busca tem de ser documentada num auto.

Os autos são documentos autênticos com força probatória plena nos termos do artigo 169.º, e destinam-se a documentar actos processuais de muito relevo, daí a lei ter especiais precauções quanto a eles²⁵¹.

Este auto deve ser realizado pelo funcionário de justiça ou pelo funcionário de polícia criminal durante o inquérito, sob a direcção da entidade que preside ao acto, artigo 99.º n.º1 do CPP.

Tendo em conta o disposto no artigo 99.º do CPP, o auto da diligência em questão - o auto de busca, deve conter:

- Identidade da autoridade que realiza a busca e a das pessoas presentes;
- Identidade do visado e menção explícita se consentiu na busca ou não;
- Dia e hora em que começou e terminou a busca;
- Local em que decorrer a busca;
- Menção da comunicação ao visado dos seus direitos²⁵², entre eles o de assistir à busca, de se fazer acompanhar ou substituir na busca por pessoa da sua confiança e a fazer-

²⁵⁰ Vide, Marques Ferreira, *Jornadas de Direito Processual Penal*, pág. 226.

²⁵¹ Vide, Manuel Lopes Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, pág. 284, ponto 2.

²⁵² Vejamos que o artigo 176.º n.º1 do CPP diz que antes de se proceder à busca é entregue cópia do despacho que a determinou, na qual se faz menção destes direitos; no caso do n.º 5 do artigo 174.º do CPP é dispensada a entrega da cópia, mas os direitos não podem deixar de continuar a existir, ao menos nos casos em que a busca não visar evitar a consumação do delito ou a detenção do agente.

se acompanhar, ainda, pelo seu advogado, como se extrai dos artigos 60.º n.º1 alínea a) e f) e 176.º n.º1, ambos do CPP²⁵³.

- Narração do modo pelo qual foi feita a busca, com indicação das partes do lugar buscado, o que decorre da al. c) do n.º. 3 do artigo 99.º do CPP, descrição especificada das operações praticadas.

- Descrição dos objectos encontrados durante a busca, o que decorre da al. c) do n.º. 3 do artigo 99.º, descrição especificada dos resultados alcançados, de modo a garantir a genuína expressão da ocorrência.

- Descrição de quaisquer declarações prestadas pelo visado, por pessoa da sua confiança, e pela pessoa que tiver a responsabilidade do lugar;

- Registo de quaisquer incidentes, o que retiramos da d) do n.º. 3 do referido artigo 99º, e esta traduz-se em qualquer ocorrência relevante para apreciação da prova ou da regularidade do acto.

- Data da elaboração do auto e assinatura.

No caso, de não ser realizado, esta falta equivale à ausência do próprio auto de busca²⁵⁴, como retiramos dos artigos 99.º e 169.º ambos do CPP, a falta do auto corresponde à falta da diligência a que ele diz respeito.

Na falta de qualquer um destes requisitos estamos perante a irregularidade do auto²⁵⁵, como retiramos do artigo 123.º do CPP, que se não for arguida não contende com a produção de efeitos próprios do mesmo, excepto na medida em que não se verifiquem os pressupostos da legalidade da busca efectuada ou na medida em que depois não possam fazer prova dos factos que nela constam.

6. Regime jurídico das buscas domiciliárias

O regime jurídico das buscas domiciliárias está previsto no artigo 177.º do CPP, que nos remete para o artigo 174.º do mesmo diploma legal.

O artigo 177.º do CPP prevê: **Busca domiciliária**

1 - A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz e efectuada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade.

²⁵³ Vide, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário ao Código de Processo Penal*, UCP, pág. 476.

²⁵⁴ Vide, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário ao Código de Processo Penal*, UCP, pág. 274, nota 2.

²⁵⁵ Vide, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário ao Código de Processo Penal*, UCP pág. 477, nota 7.

2 – Entre as 21 e as 7 horas, a busca domiciliária só pode ser realizada nos casos de:

- a) Terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada;**
- b) Consentimento do visado, documentado por alguma forma;**
- c) Flagrante delito pela prática de crime punível com pena superior, no seu máximo, a 3 anos.**

3 - As busca domiciliarias podem também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuadas por órgão e polícia criminal:

- a) Nos casos referidos no n.º 5 do artigo 174.º, entre as 7 e as 21h;** (que são eles: terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática eminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa, que o visado consinta, e esse consentimento fique documentado, ou nos casos de detenção em flagrante delito por crime a que corresponde pena de prisão no seu máximo, a 3 anos).
- b) Nos casos referidos nas alíneas b) c) do numero anterior, entre, as 21 e as 07 horas.** (que são eles: consentimento do visado, documentado por alguma forma; Flagrante delito pela prática de crime punível com pena superior, no seu máximo, a 3 anos).

4- É correspondente aplicável ao disposto no n.º 6 do artigo 174.º nos casos em que a busca domiciliária for efectuada por órgão de polícia criminal sem consentimento do visado e fora de flagrante delito. (terá que ser comunicada ao juiz imediatamente, para este determinar a sua validade, sob pena de nulidade).

5 - Tratando-se de busca em escritório de advogado ou em consultório médico, ela é, sob pena de nulidade, presidida pessoalmente pelo juiz, o qual avisa previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente.

6 - Tratando-se de busca em estabelecimento oficial de saúde, o aviso que se refere o número anterior é feito ao presidente do conselho directivo ou de gestão do estabelecimento, ou a quem legalmente o substituir.

Posto isto, podemos dizer que existem dois regimes distintos quanto à entidade que poderá ordenar a diligência probatória.

Concluimos então que as buscas podem ser:

Autorizadas por um juiz – Regime regra,

- 1) Entre as 07h e as 21h, relativamente a qualquer crime
- 2) Entre as 21h e as 07h, relativamente aos crimes previstos no artigo 177.º n.º2, ou seja,
 - Terrorismo, criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada;
 - Consentimento do visado, documentado de qualquer forma;
 - Flagrante delito pela prática de crime punível com pena superior a 3 anos.

Autorizadas pelo Ministério Público, ou efectuadas por Órgãos de Policia Criminal-
Regime excepcional previsto no artigo 177.º n.º 3 do CPP

- 1)Entre as 07h e as 21h, nos casos previstos nas alíneas a), b) e c) do n.º 5 do artigo 174.º CPP,
 - Terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada;
 - Consentimento do visado, documentado de qualquer forma;
 - Flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior a 3 anos;
 - Pela prática eminente de crime que ponha em causa a vida ou integridade física de qualquer pessoa;
- 2) Entre as 21h e as 07h, artigo 177.º n.º2 alíneas b) e c)
 - Consentimento do visado, e que este fique documentado;
 - Flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior a 3 anos.

6.1. Regime regra do artigo 177.º n.º1 do CPP

Este regime prevê que as buscas domiciliárias são autorizadas ou ordenadas por despacho judicial, como retiramos dos artigos 177.º n.º1 e 269.º n.º 1 al. c) do CPP, e a diligência deve ser presidida pelo juiz, artigo 174.º n.º3 do CPP. A diligência é efectuada

em regra, entre as 7h e as 21h (artigo 177.º n.º1 do CPP.), e será assim, sob pena de nulidade, em nome do respeito pelo descanso e da vida privada dos cidadãos.

Podem ser realizadas também entre as 21h e as 7 horas, mas só nos casos previstos no n.º 2, do artigo 177.º, situações que pela sua gravidade e até pelo tipo de crime ali previsto, permite nestes casos que se realize a busca nocturna, única forma de garantir eficácia á diligência.

O artigo 177.º n.º 2 alínea c), pressupõe uma busca domiciliária nocturna em caso de flagrante delito por crime punível com pena superior, no seu máximo, a 3 anos, criou uma abertura que poderá abrigar situações abusivas por parte dos OPC e lesivas dos princípios fundamentais. Terá que estar em causa a prática de um crime de extrema gravidade. Atente-se que nestas circunstâncias a diligência deve ser imediatamente comunicada ao juiz para assim a apreciar e se for caso disso a validar, sob pena de nulidade.

A gravidade do facto presenciado, a segurança pública e a celeridade que devem ter os meios preventivos, assim como a importância que têm os meios de obtenção de prova, justificam a excepção ao regime que protege o domicílio como valor fundamental.

6.2. Regime excepcional previsto no 177.º n.º 3 do CPP

A regra da autorização ou da ordem judicial liga-se, quer no plano constitucional quer no plano processual, a “excepções que procuram tutelar bens jurídicos individuais ou supra individuais, superiores aos sacrificados, como a vida e a integridade física de outrem, que se sobrepõem à reserva da intimidade da vida privada, ou à inviolabilidade do domicílio do visado com a busca domiciliária²⁵⁶.

Este é um regime excepcional que contempla as busca ordenadas pelo MP ou efectuadas por OPC nos casos de: terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática eminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa, que o visado consinta, e esse consentimento fique documentado, ou nos casos de detenção em flagrante delito por crime a que corresponde pena de prisão, artigos 174.º n.º 5 e 177.º n.º2 e 3 do CPP, estas buscas têm presidência obrigatória do MP.

²⁵⁶ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas. Que Viagem queremos fazer?* I Congresso de Processo Penal, Almedina, 2005, Pág. 301.

Esta diligência probatória é feita em regra, entre as 7h e as 21h, como extraímos do artigo 177.º n.º1, mas pode ser realizada entre as 21 e as 7 horas, nos casos previstos no artigo 177.º n.º2 e n.º 3 do CPP.

Com este regime excepcional, o legislador procurou por um lado compatibilizar os bens jurídicos em confronto, a inviolabilidade do domicílio e a realização da justiça criminal, ou até o direito à vida ou à integridade física, por outro.

A jurisprudência tem entendido que “o direito à inviolabilidade do domicílio deve compatibilizar-se com o direito à vida e à integridade física”.²⁵⁷ Foi considerado inconstitucional o artigo 177.º n.º 2 na parte em que remetia para a alínea c) do n.º 2 do artigo 174º, “porque nestes casos da detenção em flagrante delito por crime a que corresponda pena de prisão, não está em jogo qualquer valor que deva prevalecer sobre a garantia constitucional de reserva do juiz”. O direito fundamental que se visava proteger não era superior ao sacrificado com a busca domiciliária realizada nesses termos.

As buscas domiciliárias podem então ser autorizadas ou ordenadas por despacho da autoridade judiciária competente, excepto nos casos previstos 174.º n.º5 e 251º n.º 1, em que os actos podem ser realizados pelos OPC, sem despacho prévio, mas sujeitos a posterior validação, e devem ser sempre que possível presididas pela autoridade judiciária, nos termos do 174.º n.º 3 do CPP.

O artigo 177.º n.º3 alínea b), prevê a realização de uma busca nocturna, ordenada pelo MP ou pelos OPC, nos casos de flagrante delito, de crime com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos. Esta norma como resulta da letra da lei não se refere aos casos de flagrante delito de crimes violentos ou altamente organizados, mas sim unicamente a flagrante delito de crime com pena superior a 3 anos. As buscas domiciliárias, realizadas entre as 21h e as 7h só podem ser efectuadas por órgão de polícia criminal: no caso do consentimento do visado, documentado por qualquer forma, ou em flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos como retiramos daquela norma (artigo 177.º n.º 3 alínea b) e n.º2 alínea b) e c), do CPP).

Repare-se que é diferente o pressuposto do artigo 177.º n.º2 alínea b) do CPP, em “flagrante delito” e o do artigo 174.º n.º5 alínea c) do CPP, “aquando de detenção em flagrante”. Num caso refere-se a um crime que se está praticar ou acabou de cometer, No outro, já se referirá a situação subsequente a uma detenção em flagrante. São situações

²⁵⁷Vide, a título de exemplo, esta nesse sentido: Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, disponível no site, <http://www.dgsi.pt/>.

diferentes. E é só aquele que está em causa no caso da aplicação do artigo 177.º n.º3 alínea b).²⁵⁸

Por contraposição com o disposto no n.º 2 do artigo 177.º do CPP, constata-se que no caso do n.º 3 do artigo 177.º do CPP (busca nocturna) não se permite a busca policial no caso de terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada (excepto havendo flagrante delito).

Pelo que não é por se estar perante um crime de extrema gravidade que se permite a busca domiciliária nocturna pela polícia, mas apenas em situação de flagrante delito de um crime (ou se for prestado o consentimento, documentado de alguma forma).

Um crime em flagrante é todo o crime que se está a cometer ou acabou de cometer; considera-se também flagrante delito o caso em que o agente for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objectos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar, como extraímos do artigo 256.º n.º1 do CPP.

Como sabemos uma busca tem, por regra, uma pluralidade de fins possíveis: a procura de objectos relacionados com um crime ou que possam servir para a prova de um crime, a detenção de pessoa que deva ser detida, por estar a cometer um crime ou por ter contra ela um mandado de detenção ou captura, como retiramos dos artigos 174.º n.º1 e 2 do CPP.

Se no caso em concreto não estiver em causa evitar a prática de um delito (já estando este terminado), nem necessidade urgente da actuação policial em causa para deter o seu autor (que já estava detido), a finalidade que poderia estar em causa era apenas a procura de objectos relacionados com o crime ou que pudessem servir para a sua prova.

Nos casos de extrema gravidade como é o de terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, a lei não permite a busca domiciliária nocturna policial, pelo que não será qualquer tipo de investigação de situações de flagrante delito que pode estar em causa.

Por outro lado, o artigo 177º n.º 3 alínea a) do CPP só permite (para além dos casos de detenção em flagrante), nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, à autoridade policial, por sua iniciativa, a busca domiciliária nocturna (entre as 21h e as 7h) quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em

²⁵⁸ Vide, Acórdão do TRL de 22 de Dezembro de 2009, disponível no site: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8140112f69f0912d802576b60056824c?OpenDocument>.

grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa. Ou seja, mesmo em casos de extrema gravidade (terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada) só é permitida a busca policial domiciliária diurna para evitar a prática de um crime, que está iminente.

A busca domiciliária nocturna policial põe em causa, de um modo particularmente grave, os direitos fundamentais da inviolabilidade do domicílio (artigo 34.º da CRP) e da reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º n.º1 da CRP), a interpretação da norma que a possibilita terá sempre que partir do seu carácter excepcional e “a realização de uma busca tem assim [por ter de respeitar as exigências constantes do artigo 18.º n.º2 da CRP], como regra fundamental, o cumprimento dos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade”²⁵⁹

Manuel Monteiro Guedes Valente entende que “esta visualização interpretativa e dialógica da tutela adjectiva constitucional e adjectiva, cuja operacionalização dependerá da situação espaço-temporal, é uma manifestação plena do aprofundamento dos direitos fundamentais em prol do Direito penal bélico, um Direito penal do inimigo, (...) em que as garantias praticamente desapareceram para converter-se exclusivamente em um instrumento que busca a toda a custa da segurança cognitiva, por cima de qualquer outro valor de direito fundamental, regressando-se ao direito mais obscuro do Direito penal totalitário.”²⁶⁰

O artigo 177.º n.º 4 do CPP, estabelece uma correspondência com o artigo 174º n.º6, que restringe para os casos previstos no artigo 174.º n.º 5 alínea a), aos casos em que a busca foi realizada pelos OPC sem consentimento do visado e fora dos casos de flagrante delito, seja esta uma busca domiciliária diurna ou nocturna, terá que ser sempre imediatamente comunicada ao JIC para este a apreciar e validar se for caso disso.

Esta comunicação será sempre dispensada se tivermos o consentimento do visado. O juiz como garante dos direitos fundamentais vai analisar sempre os pressupostos e a validade da busca domiciliária e das provas que através dela foram carreadas para os autos, como retiramos dos artigos 32.º n.º1 e 34.º n.º 2 e 3 da CRP. Mas neste caso essa fiscalização será realizada posteriormente.

²⁵⁹ Vide, Ana Luísa Pinto, *Aspectos Problemáticos do Regime das Buscas Domiciliárias*, na RPCC, 2005, pág. 420.

²⁶⁰ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas. Que Viagem queremos fazer?* I Congresso de Processo Penal, Almedina, 2005, pág. 304 e 305.

6.3. Entrada no domicílio durante a noite.

Como vimos anteriormente a entrada no domicílio dos cidadãos durante a noite era absolutamente proibida pela Constituição durante os anos de 1976 a 2001, o horário para a realização das buscas no domicílio era entre as 07h e as 21h.

Com a lei constitucional de 12 de Dezembro de 2001, lei n.1/2001, há uma maior restrição ao princípio da inviolabilidade do domicílio, consagrado no artigo 34.º da CRP, que decreta que a inviolabilidade do domicílio é relativa durante o dia, e quase absoluta no período nocturno²⁶¹. Diz-se “quase absoluta” pois era permitida a entrada no domicílio dos cidadãos com o consentimento do visado e também nos casos inseridos no instituto do estado de necessidade.

Manuel Guedes Valente²⁶² considera que esta restrição é apenas uma diminuição aparente à proibição absoluta da entrada durante a noite no domicílio, pois para ser realizada tem que cumprir apertados requisitos constitucionais, sendo estes, flagrante delito, ou autorização judiciária, e temos que estar perante criminalidade violenta ou altamente organizada.

Esta revisão constitucional de 2001 passou a admitir a entrada no domicílio, sem o consentimento, durante a noite, nas situações de flagrante delito ou mediante autorização judicial, nos casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, no qual se incluem o terrorismo, tráfico de pessoas, de armas e estupefacientes, nos termos previstos na lei.

Como se chegou á conclusão que as novas formas de criminalidade mais complexas e organizadas, tornavam o trabalho de obtenção de provas mais difícil, as autoridades tinham que ter ser mais céleres, então considerou-se que para fazer face a esta realidade, não poderiam esperar pelo período diurno para proceder a essas diligências de obtenção de prova²⁶³.

Ana Luísa Pinto²⁶⁴ afirma que esta reforma apenas consagrou expressamente a possibilidade de restringir a garantia do princípio da inviolabilidade do domicílio, de forma a proteger outros direitos fundamentais. Mas podemos sempre admitir que face a situações de gravidade excepcional, mesmo que a lei não o diga expressamente, quando estamos perante a ofensa a direitos fundamentais constitucionalmente protegidos como a vida e a

²⁶¹ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas*, pág. 110.

²⁶² Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas*, pág. 110.

²⁶³ Vide, Maria Fernanda Palma, “*Crimes de Terrorismo e Culpa Penal*”, *Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, pág. 235 e seguintes.

²⁶⁴ Vide, Ana Luísa Pinto, *Aspectos problemáticos do regime das buscas domiciliárias*, pág. 415.

integridade física, pode ser legítimo entrar no domicílio durante a noite, e assim estar justificada a busca domiciliária durante a noite.

Podemos então dizer que já antes da revisão constitucional de 2001, a proibição de buscas durante o período nocturno era relativa e não absoluta, pois essa restrição é admitida pelo artigo 18.º da Constituição, quando nos diz que é permitido restringir ou limitar direitos fundamentais, na medida do estritamente necessário sem nunca diminuir o alcance ou o conteúdo essencial dos direitos consagrados, sempre respeitando o cumprimento dos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade²⁶⁵.

Jorge de Miranda²⁶⁶ levantou a questão da conjugação do n.º 3 do artigo 34.º introduzido pela reforma de 2001, com o n.º 2 do mesmo artigo, pois agora é admitida expressamente a entrada no domicílio durante a noite nos casos de flagrante delito, e não está prevista expressamente essa possibilidade durante o dia. Como, segundo este autor, estamos perante casos de flagrante delito da prática de crimes considerados especialmente violentos ou altamente organizados, considera que também durante o dia e no caso de não se poder em tempo útil obter a autorização judicial necessária para a prática da diligência, deverá ser admissível a entrada das forças policiais nos domicílios, nos casos de flagrante delito da prática de crimes especialmente violentos e altamente organizados durante o dia²⁶⁷. Este autor diz ainda que este regime ainda que excepcional põe em perigo a segurança dos cidadãos como em regra acontece em todos os regimes de excepção.

Para que possa haver entrada no domicílio dos cidadãos durante a noite têm que se verificar os seguintes requisitos: *situação de flagrante delito* ou *autorização judiciária*, ou se estivermos perante crimes de *terrorismo*, *tráfico de pessoas* e *tráfico de estupefacientes*, crimes considerados violentos e altamente organizados, condutas que estão previstas nos artigos 299.º, 300.º e 301.º do CPP; ou *crimes que dolosamente atentarem contra a vida a integridade física ou a liberdade das pessoas e tenham uma pena abstractamente aplicável superior a 3 anos*, como dispões o artigo 2.º n.º1 do CPP.

Também se consideram crimes equiparados aos casos de terrorismo, criminalidade violenta e altamente organizada os previstos no artigo 51.º do Decreto-Lei n.º15/93, de 22 de Janeiro, a Lei de combate a droga, que tipifica os crimes tráfico de estupefacientes e de associação criminosa com esse objectivo²⁶⁸

²⁶⁵ Vide, Ana Luísa Pinto, *Aspectos problemáticos do regime das buscas domiciliárias*, pág. 418.

²⁶⁶ Vide, Jorge Miranda e Rui Medeiros, “*Constituição Portuguesa Anotada*”, pág. 372.

²⁶⁷ Vide, Jorge Miranda e Rui Medeiros, “*Constituição Portuguesa Anotada*”, pág. 372.

²⁶⁸ Vide, Fernando Gonçalves e Manuel Monteiro Guedes Valente, *Lei do Crime*, pág. 220 e seguintes.

E foi devido a prática desses crimes, nomeadamente crimes de ligados ao tráfico de estupefacientes, que eram praticados na sua maioria das vezes durante a noite, que esta reforma constitucional de 2001 veio a limitar expressamente o princípio da inviolabilidade do domicílio durante a noite.

As normas constitucionais estabeleceram este regime próprio para as buscas domiciliárias, que foi definido pela existência de normas constitucionais, pois entendeu-se que em casos particulares e muito ponderosos, o atraso na realização da busca poderia traduzir-se em grave risco para bens jurídicos de imenso valor e constitucionalmente protegidos²⁶⁹.

A reforma do processo penal de 2007 consagrou em termos análogos aos constitucionais, as buscas domiciliárias nocturnas, dispensando o juiz de elaborar o despacho prévio, nos casos de flagrante delito punível com pena de prisão superior a três anos ou com o consentimento do visado. Passando assim a lei a admitir excepcionalmente buscas domiciliárias durante a noite, isto é durante as 21h e as 07h, nas situações de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, flagrante delito com pena superior a três anos, ou com o consentimento do visado.

Esta reforma teve como base a Lei de Autorização Legislativa n.º 43/87 de 26 de Setembro, mais propriamente a alínea 29, do n.º2, do artigo 2.º que dispõe que é também da competência do CPP, a “definição de um regime especial de dispensa de autorização prévia para as buscas domiciliárias, revistas, apreensões e detenções fora de flagrante delito nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da pática eminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa devendo neste caso a realização da diligência ser imediatamente comunicada ao juiz instrutor e por este validade, sob pena de nulidade²⁷⁰”.

O legislador no artigo 177.º n.º3, que remete para o artigo 174.º n.º5 alínea b), ambos do CPP, consagrou essa excepção (que permite a realização de uma busca domiciliária sem a autorização de um juiz), podendo esta busca ser ordenada pelo MP ou realizada pelos OPC, “criando assim um regime especial de dispensa de autorização judicial prévia para as buscas domiciliárias, (...) nos casos de terrorismo, criminalidade

²⁶⁹ Vide, Manuel Lopes Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, pág. 440.

²⁷⁰ Vide. Lei de Autorização Legislativa 43/87 de 26 de Setembro, disponível, no site: http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/pdf4/1-43-1986/downloadFile/file/L_43_1986.pdf?nocache=1182156270.58.

violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática eminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa²⁷¹”

O artigo 177.º n.º3 estipula também que o MP e os OPC também poderão realizar buscas domiciliárias *per si* quando o visado dá o seu consentimento para a realização da diligência na sua habitação, devendo este consentimento ter que ser livre e esclarecido e ficar documentado, artigo 174.º n.º5, para fazer face às exigências impostas pelo artigo 34.º n.º 3 da CRP, tendo a entidade judiciária que presidiu à diligência que comunicá-la com a maior brevidade possível ao JIC para apreciá-la e validá-la.

Encontramos assim uma diferença entre o que está no artigo 34.º n.º 3 da CRP, e o que a lei processual penal prevê. Sendo a norma processual penal mais restritiva que a norma constitucional, pois só permite a entrada das forças policiais nos domicílios em caso de flagrante delito, se os crimes tiverem uma pena abstractamente aplicável superior a 3 anos.

Existem na doutrina algumas dúvidas quanto a interpretação do artigo 177.º n.º 3 alínea a). Alguma doutrina entende que o termo “flagrante delito” só pode ser entendido nas situações de criminalidade violenta ou altamente organizada. Mas esta posição não parece ser o que advém da letra da lei, que constitucionalmente prevê busca domiciliária nocturna nos casos de flagrante delito, ainda que não o preveja para as buscas realizadas durante o dia. Parece-nos constitucionalmente aceitável que o MP ou os órgão de polícia criminal, possam efectuar uma busca domiciliária no horário compreendido entre as 7 e as 21 horas desde que estejam verificados os requisitos previstos no artigo 174.º n.º 5, isto é, que o crime praticado pelo visado seja punido com pena de prisão.

Maia Guedes Valente, considera “inaceitável que num estado de direito democrático se valoriza-se mais a inviolabilidade ao domicílio do que a vida ou a integridade física de qualquer cidadão²⁷²”, mas diz-nos também que “a materialização feita pelo legislador ordinário da possibilidade de se fazer uma busca nocturna com o fundamento no flagrante delito desde que o crime seja punido com pena superior a 3 anos pode ultrapassar a restrição imposta no artigo 34.º n.º3 da CRP, criando assim um catálogo de crimes, pois ao exigir que o crime seja punido com pena superior a 3 anos, está a enumerá-los. Este autor refere também que estas tipologias podem servir de catapulta para

²⁷¹ Vide, Acórdão do STJ de 17 de Junho de 1998, Guedes Monteiro Valente, *Revistas e Buscas*, pág. 114.

²⁷² Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas*, pág. 113.

a aquisição da notícia de crimes ou mesmo indícios e até recolha de provas que de outra forma seria difícil obter²⁷³.

Como já vimos a lei 43/86 determinou no artigo 2.º n.º2, alíneas 27) e 29) para o CPP, a definição de um regime especial de isenção de autorização prévia da autoridade judicial, para a realização das buscas domiciliárias, nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, mas quando hajam fundados indícios da prática de um crime que ponha em causa a vida e a integridade física das pessoas, o juiz de instrução deve ordenar a busca domiciliária sob pena de nulidade²⁷⁴.

Sobre este tema Maia Gonçalves entende que “as normas constitucionais podem mesmo entrar em conflito: o respeito pela inviolabilidade do domicílio durante a noite (objecto de protecção constitucional) pode provocar o sacrifício de muitas vidas (também objecto de protecção constitucional) ou de outros bens jurídicos de grande valor, igualmente objecto de protecção constitucional. Haverá então que optar pelo mal menor, por ser esse o pensamento legislativo que a Constituição insere. Assim se for necessário entrar na casa de alguém durante a noite e sem o seu consentimento” para evitar uma tragédia “essa prática será constitucional e legal, porque assim se sacrifica um bem (inviolabilidade do domicílio) que tem menor valoração que outro (a vida humana)²⁷⁵”.

Fernanda Palma entende que “há dois valores a preservar na solução constitucional e legal: por um lado, as autoridades públicas devem poder intervir para evitar o cometimento de crimes, sobretudo os mais graves, incluindo a detenção ilegal de armas e a violência doméstica; por outro lado, é necessário salvaguardar, fora dessas situações, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Assim, o domicílio próprio ou alheio não pode servir de ‘santuário’ para alguém cometer crimes ou escapar à punição. Porém, a protecção do domicílio, não o esqueçamos, constitui uma chave-mestra das democracias modernas, mesmo que a pessoa visada habite uma tenda ou uma caravana (...).Ao contrário do que por vezes se faz crer, a protecção intensa de direitos não implica, na nossa Ordem Jurídica, a tolerância com os ilícitos criminais. Como em tudo, a virtude está no equilíbrio entre todos os interesses e valores em jogo. Por exemplo, a mera recolha de provas para ulterior realização de Justiça pelos tribunais obedece a critérios de proporcionalidade mais exigentes do que a defesa contra um crime que está a ser

²⁷³ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Conhecimentos Fortuitos, A Busca de um novo equilíbrio Apuleiano*, Almedina 2006, pág. 77.

²⁷⁴ Vide, Manuel Lopes Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, 17ª edição, 2009, Almedina pág. 440.

²⁷⁵ Vide, Manuel Lopes Maia Gonçalves *Código de Processo Penal Anotado*, 17ª edição, 2009, Almedina pág. 440.

executado. A possibilidade de devassar um domicílio privado a partir de qualquer suspeita da prática de crime e sem controlo judicial possibilitaria abusos. Mas as alternativas a um tal sistema exigem que haja estreita cooperação institucional entre as autoridades judiciais e as polícias, a todas as horas do dia ou da noite – para que se realize, em simultâneo, todos os direitos dos cidadãos e a segurança colectiva”²⁷⁶

Será compreensível que o MP e os OPC ordenem uma busca domiciliária nos casos de “terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática eminente de um crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa²⁷⁷”, pois tal como retiramos dos artigos 24.º e 25.º da CRP, a inviolabilidade do domicílio não se pode sobrepor ao direito à vida e à integridade física de qualquer pessoa.

E como é evidente por vezes poderá não haver tempo para obter uma autorização judicial, nos casos em que se “considera estar perante um perigo actual, não removível de outro modo, que ameaça a vida, a integridade física de terceiros e não lhes é exigível que tenham um comportamento diferente conforme o artigo 35.º do CP²⁷⁸”.

O que está em causa em matéria de criminalidade violenta e altamente organizada e de terrorismo, não é a autoridade do Estado como bem jurídico violado, mas sim o direito que a comunidade humana tem de poder gozar tranquilamente a liberdade e a segurança que lhes são facultadas pela Constituição, mais propriamente no artigo 27.ºn.º 1.

Todos consideramos que o domicílio próprio ou alheio não pode servir de local para alguém cometer crimes ou escapar a punição deles, e que o Estado, com recurso ao Direito Penal, deverá garantir a segurança dos cidadãos, sempre tendo em consideração “os bens jurídicos essenciais a convivência pacífica da comunidade, em suma, a protecção penal da dignidade humana da comunidade globalmente considerada”²⁷⁹.

José Miguel Sardinha entende haver “conformidade entre as restrições aos direitos em processo penal, com os princípios e normas constitucionais, o que confere uma maior aceitação por todos.” Este autor considera porém que a nossa legislação é “das mais

²⁷⁶ Vide, Fernanda Palma em declarações ao Jornal Correio da Manhã, disponível no site:

<http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/opiniao/fernanda-palma/buscas-e-flagrante-delito>.

²⁷⁷ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Processo Penal, Modelos de Processo Penal*, VOL. 1, Almedina, 2004, pág., 356.

²⁷⁸ Vide, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3ª Edição, 1993, pág. 213.

²⁷⁹ Vide, António Manuel de Almeida Costa, *Boletim da faculdade de Direito de Coimbra, Estudos de Homenagem ao Professor Eduardo Correia*, 1984, pág. 90.

brandas neste campo, e isto é assim possivelmente porque o terrorismo violento não nos tem atingido”²⁸⁰.

6.4. Busca realizada em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento oficial de saúde.

Se estivermos perante uma busca realizada em escritório de advogado ou consultório médico, estas têm que ser autorizadas ou ordenadas por despacho judicial, e o próprio juiz terá que presidir a diligência, e terá obrigatoriamente que haver um aviso prévio ao Conselho local da respectiva Ordem, artigos 177.º e 268.º n.º 1 al. c) do CPP, sob pena de nulidade nos termos do artigo 126.º n.º 3, e artigo 118.º n.º 3 ambos do CPP.

Estas buscas poderão ser realizadas a qualquer hora do dia e da noite.

A busca a estabelecimento oficial de saúde, terão também que ser autorizadas ou ordenadas por despacho judicial, presididas obrigatoriamente por juiz e terá que existir um aviso prévio à gestão do estabelecimento, como retiramos dos artigos, 177.º n.º6, terão que ser cumpridos estes requisitos sob pena de nulidade nos termos do artigo 126.º n.º 3, e artigo 118.º n.º 3, ambos do CPP.

Estas buscas pelas suas especificidades são sujeitas a um regime especial, previsto no artigo 177.º, n.º5 e 6º do CPP. O que esta inerente a esta individualização por parte do legislador é o sigilo profissional inerente a estas actividades.

No caso das buscas previstas no artigo 177.º n.º 6, realizadas em estabelecimento oficial de saúde, é necessário por força da lei aviso prévio ao gestor do estabelecimento, mas neste aviso não necessita de constar a identidade do visado pela busca, nem o local onde esta se vai realizar, o aviso terá unicamente a função de permitir a presença do representante do organismo, e não dar a conhecer as razões, o local específico e quem é o visado com a diligência, pois se assim fosse poderia perder-se o seu efeito útil, que é o de recolha de provas para um processo-crime. O local de encontro será em princípio o Tribunal, na hora indicada no aviso e de lá as partes irão para o local onde a busca será realizada.

Estas buscas são da competência exclusiva do juiz, terão sempre que ser autorizadas por ele, e ele próprio tem que presidir à sua realização. Podem ser realizadas

²⁸⁰ Vide, José Miguel Sardinha, *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1989, pág. 35.

durante o dia ou durante a noite, não estando subordinadas ao regime previsto no nº1 do artigo 177.º do CPP²⁸¹.

7. Regime jurídico das provas obtidas de modo ilícito

As buscas domiciliárias ofendem a consagração constitucional do princípio da inviolabilidade do domicílio. Encontramos nos artigos 177.º e 174.º do CPP os pressupostos para a realização das buscas domiciliárias, preceitos estes que derivam do artigo 34.º da CRP. A restrição do domicílio só é permitida quando e porque, estão em causa valores constitucionais superiores a este, como a vida e a integridade física das pessoas²⁸². Devendo proteger primeiro os bens jurídicos, ou princípios fundamentais mais importantes quando estes estão em risco, como prevê os artigos 177.º e 174.º do CPP, o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal têm que intervir, ainda que não tenham autorização do órgão judicial competente.

Como refere Manuel Costa Andrade²⁸³ “existe um campo constitucionalmente demarcado e apesar de tudo significativamente amplo, no interior do qual assiste ao legislador ordinário a competência para pôr de pé um regime processual penal assente em soluções de sobreposição dos valores ou fins servidos pelo processo penal aos bens jurídicos correspondentes aos direitos fundamentais relativos à privacidade, imagem, palavra, correspondência e telecomunicações. Campo que tem, outrossim, o significado de ditar, sem mais, a proibição constitucional de provas que o transcendam no sentido de afronta aos direitos fundamentais. E, nessa medida, de inquinar em termos de irremediável inconstitucionalidade as pertinentes leis ordinárias”

O Direito Penal é a última *ratio* dos direitos fundamentais como inerentes ao Homem e a vida deste em sociedade. Teremos que ver se as provas obtidas mediante a violação do domicílio, (crimes previstos nos artigos 190.º e 378.º do CP), podem ser valoradas. O nosso legislador, face a necessidade de proteger valores como a vida e a integridade física, em detrimento do princípio da inviolabilidade do domicílio optou por uma admissibilidade relativa das provas obtidas de forma ilícita.

O Código de Processo Penal no artigo 125.º circunscreve a admissibilidade da prova, dizendo “que são admitidas as provas que não forem proibidas por lei”. E sendo consideradas nulas “invalidam o acto em que se verificarem, bem como os que daqueles

²⁸¹ Vide, M. Simas Santos e M. Leal-Henriques, *Código de Processo Penal Anotado*, 2ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 1999, Vol. I, pág. 895.

²⁸² Vide, Artigo 24.º e 25.º da CRP.

²⁸³ Vide Manuel Costa Andrade, “*Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*”, pág. 209 e seguintes.

dependem e aqueles poderem afectar”, e nessa declaração de nulidade são determinados quais os actos que passam a ser inválidos, e é ordenada sempre que possível a sua repetição (...), e “ao declarar a nulidade o juiz aproveita todos os actos que ainda puderem ser salvos” da nulidade, como dispõem o artigo 122.º n.º1, 2 e 3 do CPP.

Como refere o Professor Germano Marques da Silva²⁸⁴ “(...) o procedimento criminal é uma sequência de actos, na dependência uns dos outros, dependência que nem sempre é apenas de natureza temporal. Noutros termos, o acto processual não vive isolado, mas em relação causal com os outros, todos dirigidos a um fim comum. É nesta óptica que emerge a problemática da declaração de nulidade e da sua extensibilidade. Em abstracto são duas as soluções possíveis. Uma que considere a indivisibilidade do procedimento e segundo a qual seria nulo todo o procedimento por consequência da nulidade de um acto irregular, e a outra que considera a fragmentalidade do procedimento e que entende que a invalidade afectaria apenas o próprio acto, mas na realidade nenhum sistema adopta qualquer destas posições extremistas. As soluções reais procuram em regra uma terceira via, anulando o acto viciado e aqueles que dele dependem.”, como prevê o 122.º n.º1 do nosso CPP.

O legislador designou à partida que são nulas todas as provas ou meios de obtenção de provas “obtidas mediante tortura, coacção, ou em geral ofensa a integridade física ou moral das pessoas²⁸⁵”, considerando que estas ofensas à integridade moral e física são nulas mesmo que consentidas pelo visado, elencando-as no artigo 126.º n.º2 alíneas a) b) c) e d). Esta nulidade é absoluta, apenas poderá relevar para efeitos de procedimento contra quem de forma censurável e ilegal foi o seu autor, como retiramos do artigo 126.º n.º4 do mesmo diploma legal. Estas nulidades previstas no artigo 126.º n.º2 do CPP são insanáveis e de conhecimento oficioso.

Maia Gonçalves²⁸⁶ considera que “as provas obtidas por métodos absolutamente proibidos não podem nunca ser utilizadas no processo, mesmo com o consentimento do visado”. Se nestes casos até ao titular dos direitos ofendidos é vedado o acesso a dispor deles não valorizando o seu consentimento, no n.º3 do mesmo artigo já se permite que haja o consentimento quanto as “provas obtidas mediante a intromissão na vida privada e no domicílio (...)”. No caso das buscas domiciliárias o consentimento inviabiliza a nulidade, pois este trata-se de um bem jurídico disponível. A nulidade de uma busca domiciliária é

²⁸⁴ Vide, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, Verbo, 1993, II Vol., pág. 73.

²⁸⁵ Vide, Artigo 126.º n.º1 do Código Penal.

²⁸⁶ Vide, M. Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, pág. 384.

um método proibido mas pode ser sanável, pois depende da arguição do interessado nos termos dos artigos 120.º e 121.º do CPP.

A declaração de nulidade nos termos do artigo 122.º do CPP determina a invalidade do acto em que a nulidade se verificou “bem como os que dele dependem ou possam afectar”. Da declaração de nulidade devem-se individualizar os actos nulos, devendo serem repetidos por ordem judicial sempre que for possível, e aproveitados os que poderem ser salvos dos efeitos de nulidade.

Se uma busca domiciliária realizada entre as 07h e as 21h, não tiver a competente autorização da Autoridade que no caso em concreto seja competente para a fazer, isto é pelo JIC ou pelo Ministério Público, ou que não estejamos perante o consentimento do visado, nos termos previstos no n.º 5 do artigo 174.º, estaremos perante uma busca nula, pois é uma intromissão abusiva no domicílio²⁸⁷, incorremos no capítulo da proibição de prova, serão consideradas nulas todas as provas que se obtiveram através do meio de prova considerado nulo, com o retiramos do artigo 126º n.º3 do CPP.

“As provas obtidas apenas por métodos relativamente proibidos, por susceptíveis de consentimento relevante do respectivo titular são da mesma forma nulas, mas essa nulidade pode ser sanável, depende da arguição do interessado. (...) por isso não pode ser arguida em recurso a nulidade das provas obtidas no inquérito durante a busca domiciliária sem autorização da autoridade judiciária ou do visado²⁸⁸”

Quanto às provas obtidas segundo os métodos prescritos no n.º1 e 2 do 126.º do CPP, a doutrina e a jurisprudência unanimemente defendem que estão feridas de nulidade absoluta insanável e de conhecimento oficioso, como se extrai do artigo 126.º n.1 do CPP.

Quanto ao n.º 3 do artigo 126.º do CPP existe grande controvérsia tanto na doutrina como na jurisprudência. Este tema é controverso, para uns, como é o caso do Professor Maia Gonçalves, que considera esta falta de autorização prévia da entidade competente para autorizar a busca domiciliária, como uma nulidade relativa ou sanável se não for arguida pelos interessados, nos termos do artigo 120.º e 121.º do CPP, o que também é defendido pela jurisprudência no acórdão do STJ de 23 Abril de 1992²⁸⁹, que uma vez que não vem elencada no artigo 119.º do CPP, considera ser uma nulidade sanável, assim como

²⁸⁷ Vide, Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, pág. 384, “é nula a busca domiciliária levada a cabo por agentes policiais sem autorização da competente autoridade judiciária e sem que se verifique qualquer das situações previstas nas alínea 5) do artigo 174.º do CPP, designadamente o consentimento do visado.

²⁸⁸ Vide, M. Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, pág. 384.

²⁸⁹ Vide, Acórdão do STJ de 23 Abril de 1992, BMJ, pág. 416 a 553.

também o acórdão do STJ de 08 de Fevereiro de 1995²⁹⁰, que também considerou que esta nulidade depende da arguição do interessado.

A grande maioria da jurisprudência entende que se a busca for efectuada sem autorização judiciária ou se não se enquadrar no artigo 177.º n.º5 alínea b) do CPP, e se não houver qualquer consentimento, ou havendo este pressuposto mas que não tenha sido dado pelo visado a busca é nula sendo as provas também nulas. Mas estes entendem que se não for arguida pelo interessado, no caso das buscas domiciliárias que ocorrem em regra na fase de inquérito, cinco dias após a notificação do despacho de encerramento do inquérito, tendo sido aberta a instrução até ao encerramento do debate instrutório, esta nulidade é sanada, artigo 120.º do CPP.

Outros consideram que embora esteja ausente do preceituado no artigo 119.º, n.º 3, o artigo 118.º, diz que “as disposições do presente capítulo não prejudicam as normas relativas às proibições de prova”. Defendem ainda que o artigo 126.º n.º3 determina a impossibilidade de utilização de provas com um carácter absolutamente proibido, defendem esta posição Maria Teresa Beleza, Germano Marques da Silva, consideram “que se alguém, independentemente de ser o MP ou os OPC, obtiverem qualquer prova através de métodos proibidos, essa prova será completamente inútil porque em absoluto não utilizável. Ou melhor, ela poderá ser utilizada com o fim exclusivo de basear uma condenação da pessoa que ilegalmente a obteve: o magistrado, ou o polícia, é o que dispõe o artigo 126 n.º4 do CPP²⁹¹.

Manuel Monteiro Guedes Valente²⁹², diz que nos casos em que a autorização não exista, conquanto que necessária, a prova será proibida, por ingerência abusiva e ilegítima na vida privada do visado, ofendendo a sua integridade moral” apresentando como base legal a conjugação dos artigos 32.º n.º8 da CRP, e o artigo 126.º n.º 1 e 2 do CPP.

Este é também o nosso entendimento, “as provas obtidas por meio de métodos proibidos, não podem ser enquadráveis no regime das nulidades previsto nos artigos 118.º e seguintes do CPP. Não faria qualquer sentido a epígrafe do artigo 126.º do CPP falar de proibições e interpretarmos essas como nulidades. O termo “nulas”, prescrito no n.º1 e 2 do preceito deve ser interpretado no sentido de proibidas pois seria ilógico interpretar um dos elementos do corpo do artigo de forma diferente do sentido real e teleológico a ele subjacente. (...) As proibições de prova previstas no 126.º n.º3, referem-se ao que de mais

²⁹⁰ Vide, Acórdão do STJ de 08 de Fevereiro de 1995 disponível no site <http://www.dgsi.pt>.

²⁹¹ Vide, Tereza Beleza, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Vol. II, AAFDL, 1992, pág. 151 e 152.

²⁹² Vide, Manuel Guedes Monteiro Valente, *Revistas e Buscas*, pág. 140 e seguintes, no mesmo entendimento também está o acórdão do STJ de 5 de Julho de 1991- CJ, ano 17, Tomo 3, pág. 34.

íntimo se deve preservar – a reserva da vida privada –, sendo que a aceitação da sua violação, funcionaria como uma legitimação para as polícias ou o MP poderem desenvolver actos com a finalidade de obtenção de provas, mesmo que essa obtenção ferisse o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana. (...) a verdade não é um valor absoluto, por isso não se admite que a verdade possa ser procurada usando quaisquer meios, mas tão só através de meios justos, ou seja de meios legalmente admissíveis, a verdade não dever ser investigada a qualquer preço, mormente quando esse “preço” são os direitos fundamentais das pessoas²⁹³,”

Ou como descreveu Germano Marques da Silva, “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 legalmente, pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício e pela mentira que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa”²⁹⁴

Vendo o sistema de nulidades do Código de Processo Penal, devemos ver se haverá ou não outra categoria de nulidades²⁹⁵, que regula a matéria das proibições e prova, face ao disposto no artigo 118.º n.º 3 do CPP, nós entendemos que sim.

João Conde Correia juntamente com Tereza Beleza defendem uma autonomia técnica das proibições de prova. Este autor diz que “o legislador prescreveu, no artigo 118.º n.º 3 do CPP, uma autonomia técnica das proibições de prova, estabelecendo, de forma expressa, que “as disposições deste capítulo não prejudicam as normas deste código relativamente a proibições de prova”, ou seja que as regras gerais sobre as nulidades processuais não se aplicam às proibições de prova.²⁹⁶,”

São as nulidades que a doutrina denomina de nulidades extra-sistemáticas²⁹⁷, nulidades de prova, ou nulidades em sentido forte²⁹⁸.

Costa Andrade²⁹⁹ entende que “a ligação estreita das proibições de prova à doutrina e ao regime das nulidades, não deve todavia ser entendida como a homogeneização das

²⁹³ Vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas*, pág. 144 e 155.

²⁹⁴ Vide, Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Anotada*, Tomo I, pág. 361.

²⁹⁵ Vide, Acórdão do STJ de 18 de Maio de 2006, Processo n.º06P/394, segundo o qual “não deve confundir-se a nulidade dos actos processuais, prevista nos artigos 118.º a 123.º do CPP, com a nulidade dos meios de prova, pois o próprio artigo 118.º, n.º 3, estabelece que as disposições do presente título não prejudicam as normas desse código relativas a proibições de prova”.

²⁹⁶ Vide, João Conde Ferreira, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais*, Coimbra Editora, 1999, pág. 156.

²⁹⁷ Vide, Paulo de Sousa Mendes, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, 2004, pág.146.

²⁹⁸ Vide, Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, pág. 362.

²⁹⁹ Vide, Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova*, pág. 147.

duas figuras, reconduzindo-se as proibições de provas a meras manifestações de nulidade. Tal entendimento colidiria, com o artigo 118.º n.º 3 que deverá ser interpretado como expressão positivada da intencionalidade do legislador de consagrar as proibições de prova, adscrevendo-lhes uma disciplina que transcende o regime das nulidades processuais (...).”

Paulo Sousa Mendes³⁰⁰ diz-nos que perante o artigo 118.º, temos que distinguir três situações: a lei consagra um regime especial para as nulidades que resultam da violação de normas de prova; a lei determina expressamente quais as nulidades insanáveis; e que se a lei não comina expressamente a nulidade insanável estamos perante uma nulidade sanável, face ao que dispõe o artigo 119.º e 120.º do CPP.

Verificamos assim que o legislador consagrou expressamente esse regime especial, constituído com as nulidades previstas no artigo 126.º do CPP, tendo estas uma autonomia técnica das nulidades relativas às proibições de prova, face ao sistema geral das nulidades previsto no artigos 118.º a 123.º do CPP, por força do artigo 118.º n.º3 do mesmo diploma legal.

Se assim não fosse, poderíamos inclusivamente considerar que a nulidade prevista no artigo 126.º n.º1 do CPP era uma nulidade sanável, uma vez que em bom rigor, apenas constituem nulidades insanáveis as constantes do artigo 119.º do CPP, e também aquelas que estejam expressamente cominadas com essa sanção. O artigo 126.º n.º 1 do CPP não cominou essa sanção para os casos em que são utilizados meios de prova que atentem contra esses direitos fundamentais e indisponíveis das pessoas, se seguíssemos o regime das nulidades em vigor, estaríamos perante uma nulidade sanável nos termos do artigo 120.º n.º2 do CPP. O que seria incompreensível e inaceitável que uma prova obtida com a violação de direitos fundamentais indisponíveis pudesse ser levada em consideração pelo tribunal, para isso bastando que a nulidade não fosse arguida, ou fosse nos termos da lei sanada, podendo também ser utilizado, em parte, o mesmo raciocínio para os casos em que se considere que estamos perante uma nulidade insanável, isto porque a mesma também poderá ser sanada, com ao trânsito em julgado da decisão onde aquela prova inquinada foi valorada.

³⁰⁰ Vide, Paulo de Sousa Mendes, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, 2004, pág.194.

Também, “por outro lado, não é líquido que o desvalor ético-jurídico da prova obtida em contravenção do artigo 126.º n.º1 do CPP, seja mais intenso que o desvalor que incide sobre a prova violadora no preceituado do artigo 126.º n.º 3 do CPP³⁰¹.”

Vemos que é a própria Constituição no artigo 32.º n.º8 que inclui os direitos à reserva da intimidade da vida privada no seu âmbito de protecção, mas como aferimos tando da leitura do artigo 34.º n.º4 da CRP como do artigo 126.º n.º 3 do CPP, é admitida a restrição a esses direitos, desde que observado o respeito pelo princípio da proporcionalidade, e que o conteúdo essencial do direito seja salvaguardado, como retiramos do artigo 18.º n.ºs 2 e 3 da CRP. Ficando estes casos de fora dos casos de proibição de prova, pois as regras processuais penais permitem os meios de obtenção de prova que restringem esses direitos, não existe aqui qualquer ilegalidade.

Mas da análise do que dispõe o artigo 123.º n.º 3 do CPP sugere que a nulidade nele prevista é exactamente igual a nulidade do n.º 1 do mesmo artigo, ou seja, uma nulidade absoluta, que se caracteriza por ser conhecida oficiosamente em qualquer estado do processo, se assim não fosse ficaria na dependência dos interesses individuais, e não podendo ser sanada com o transito em julgado da sentença condenatória, se assim não fosse era permitido que pudesse ser recuperado o valor da prova proibida. Qualquer decisão final que se baseie numa prova proibida, nos termos do artigo 449.º n.º 1 alínea e) do CPP, terá fundamento para que seja interposto recurso extraordinário de revisão.

Entendemos que nas proibições de prova existe uma” impossibilidade de utilização, e não pode ser exigido em nenhuma circunstância, qualquer declaração de nulidade, uma vez que a obtenção de uma prova proibida, apesar de faticamente poder constar do processo, nunca pode subsistir no processo, não podendo ser em qualquer caso valorada³⁰². Podendo esta ser arguida a todo tempo, até a decisão final, inclusivamente podendo ser, como já referimos, objecto de recurso extraordinário de revisão, como retiramos do artigo 449.º n.º1 alíneas d) e e) do CPP.

O STJ no acórdão de 16 de Julho de 2004 admite este regime autónomo, dizendo ”o regime das provas nulas, que se traduz na desconsideração ou impossibilidade de valoração das provas afectadas por vício que produz nulidade, constitui, no rigor, um regime de

³⁰¹ Vide, Cláudio Lima Rodrigues, Das Proibições de Prova no âmbito do Direito Processual Penal – O caso específico das proibições de prova no âmbito das escutas telefónicas e da valoração da prova proibida *pró reo*, Verbo Jurídico, disponível em:

http://www.verbojuridico.com/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_proibicaoaprovaescutas.pdf.

³⁰² Vide, Nuno Miguel Melo, *Dos limites do efeito à distância nas proibições de prova*, Mestrado Forense, pág. 11, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8957/1/Tese%20Nuno%20Melo.pdf>.

exclusão; o concreto meio de prova afectado é excluído do processo e, por isso, não pode ser considerado nem valorado pelo Tribunal³⁰³.”

A apreciação da busca domiciliária terá que ser sempre feita pelo JIC, como retiramos dos artigos 174.º n.º5, 177.º, 268.º e 269.º do CPP, e também o artigo 32.º, n.º4 da CRP.

As buscas domiciliárias que não forem previamente autorizadas pelo JIC (as realizadas pelo MP ou pelos OPC) devem ser a ele comunicadas, a fim de serem apreciadas e consideradas validas ou não. As provas proibidas jamais serão validas, mas é o JIC que tem que apreciar essa validade. Quando ao consentimento da busca, como já vimos, não é uma questão consensual, para parte da jurisprudência basta a disponibilidade do local³⁰⁴, ou o facto de ser dono da casa, ou até mesmo o pai do visado que como dono da casa pode dela dispor para autorizar a realização de uma busca domiciliária. Quanto ao consentimento prestado para a realização de uma busca domiciliária, o que é importante determinar é quem de facto é o titular do direito à inviolabilidade do domicílio, quem a norma constitucional prevista no artigo 34.º n.º1 e 2 da CRP quis proteger. Se a busca for autorizada por quem não é o titular do direito, estamos perante um método de prova proibido.

O consentimento do visado é um pressuposto da validade da busca domiciliária. Relativamente à sua forma, este tem que ser expresso e documentado. Poderá ser dado apenas oralmente antes da diligência e só após a realização da mesma, ser posta a forma escrita, podendo inclusivamente ser feito de forma sonora³⁰⁵, ratificando assim a diligência através da documentação do consentimento. Se o consentimento não for válido, ou se não for prestado pelo visado pela busca, isto é, pelo titular do direito à inviolabilidade do domicílio, a busca é nos termos do artigo 126.º n.º3 do CPP um meio proibido de prova.

Toda a busca nocturna, realizada entre as 21h e as 7h, só não constitui uma intromissão abusiva do domicílio, se estivermos perante os pressupostos previstos no n.º 2 do artigo 177.º, mesmo que seja ordenada pelo juiz, toda a prova colhida é proibida, podendo ser considerada nula. Podendo unicamente ser validada pelo consentimento do visado.

Se nos depararmos com a mesma situação, em que a busca domiciliária nocturna foi ordenada pelo MP ou realizada OPC, como se de dia se tratasse, isto é fora dos casos

³⁰³ Vide, Acórdão STJ de 16 de Julho de 2004, disponível no site: <http://www.dgsi.pt/>.

³⁰⁴ Vide, Acórdão do STJ de 26 de Outubro de 1992, processo n.º 42916, disponível no site <http://www.dgsi.pt>.

³⁰⁵ Vide, Acórdão da Relação do Porto de 29 de Janeiro de 2003, disponível no site <http://www.dgsi.pt>.

previstos no n.º 5 do artigo 174.º do CPP, sem o consentimento do visado, e fora dos casos de flagrante delito, esta busca é considerada nula, nos termos do artigo 126 n.º3.

Regra geral as buscas domiciliárias devem ser ordenadas por um mandado judicial ou realizadas com o consentimento do lesado, mas excepcionalmente podem ainda ser realizadas pelo Ministério Público ou órgãos de polícia criminal, sem o respectivo mandado judicial, mas unicamente nos casos previstos no artigo 177.º n.º3 do CPP, sob pena de estarmos perante o disposto no artigo 126.º n.º 3 do CPP.

Se a busca for realizada sem a presença de um defensor, constitui uma nulidade sanável, sujeita ao regime do artigo 120.º n.º3 do CPP, que depende portando da arguição.

Se a busca for realizada no quarto de um menor de 21 anos, pelos OPC, sem a prévia autorização da autoridade competente, ainda que com o seu consentimento, se não tiver a assistência de um defensor é nula, nos termos do artigo 64.º do CPP.

Mesmo nos casos em que o consentimento do visado foi prestado de forma válida, ou que a detenção da pessoa tenha ocorrido em flagrante delito de crime punível com pena de prisão, o OPC que realizou a diligência deverá comunicá-la no prazo de 48 horas à autoridade Judiciária, sob pena de irregularidade, nos termos do artigo 123.º do CPP.

As buscas domiciliárias que não respeitem estritamente estes requisitos são meios proibidos de prova, pois violam o princípio da inviolabilidade do domicílio. E essa nulidade do meio de prova determina a nulidade consequente das provas obtidas através da busca, como retiramos do preceituado no artigo 126.º n.º 3 do CPP, podendo apenas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo, como retiramos do artigo 126.º n.º4 do CPP.

8. Crimes contra a reserva da vida privada: violação do domicílio

A tutela jurídica dos direitos fundamentais é feita através de todos os ramos do direito, seja na lei substantiva como na lei processual. Mas no campo da reserva da vida privada a área jurídica com mais relevo é o direito penal. No capítulo VII, que prevê no artigo 190.º do CP, que “quem sem consentimento se introduzir em habitação de outra pessoa ou nela permanecer depois de intimado a retirar-se é punido com pena de prisão até um ano ou multa de 240 dias. Se o crime (...) for cometido de noite ou em lugar ermo, por meio de violência ou ameaça de violência, com uso de arma ou por meio de arrombamento, escalamento ou chave falsa, ou por três ou mais pessoas, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”.

Se os factos supradescritos forem praticados com o objectivo de obter recompensa ou enriquecimento, para o agente ou para terceiro, para causar prejuízo para qualquer pessoa ou para o Estado, os limites mínimos da pena são elevados um terço. Se os factos forem praticados por um funcionário,³⁰⁶ abusando assim do poder inerente às suas funções se se introduzir sem consentimento em habitação de outra pessoa e depois de intimado a sair nela permanecer, será punido com a pena de prisão até três anos ou pena de multa, artigos 190.º e 398.º do CP.

No crime de violação de domicílio o bem jurídico que se procura proteger é a intimidade. O Estado é uma entidade que tem que salvaguardar os direitos fundamentais, daí que quando um funcionário viola o princípio da inviolabilidade do domicílio está a ofender o direito fundamental do lesado, mas também está a ofender o Estado enquanto Estado de Direito e protector dos direitos fundamentais³⁰⁷.

O Código Penal defende os direitos fundamentais através da defesa dos bens jurídicos que são protegidos em cada Lei Penal, por isso a restrição do direito à inviolabilidade do domicílio, tem que ser limitada, necessária e proporcional tendo sempre em contrapeso o direito fundamental e a investigação do crime em causa.

A Lei Penal “intervém quando a violação da privacidade atinge os círculos interiores da vida secreta e da vida íntima mas o direito civil ainda vai mais longe. Por isso importa ter presente que as duas consequências civis da violação de direitos de personalidade são, sempre, a responsabilidade civil e as medidas adequadas para fazer cessar a intromissão”³⁰⁸, como retiramos dos artigos 70.º n.º 2 e 483.º n.º1 do CC.

9. Responsabilidade civil pelos danos decorrentes da violação do domicílio

A realização de buscas domiciliárias, como um meio de obtenção de prova, leva a restrição de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, mas também infringe uma norma prevista e punida no Código Penal, como crime de violação de domicílio, estatuído no artigo 190.º do CP, no qual se elevam as penas previstas em função e posição

³⁰⁶ Funcionário, abrange o funcionário civil; o agente administrativo; e quem ainda que temporariamente, mediante remuneração ou a termo gratuito, voluntaria ou obrigatoriamente, desempenhar ou participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, ou desempenhar funções em órgãos de utilidade pública equipados aos funcionários, os gestores, titulares de órgãos de fiscalização e trabalhadores de empresas publicas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e também de empresas concessionárias de serviços públicos, é o que retiramos do artigo 386 do CP.

³⁰⁷ Vide, Manuel Costa Andrade, *Violação do Domicílio e de Segredo de Correspondência ou Telecomunicações*, AB UNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora, pág. 709.

³⁰⁸ Vide, Meneses Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, pág. 214.

das pessoas e das circunstâncias em que este crime é praticado, como retiramos dos artigos 197.º, 378.º e 386.º, todos do CP.

A responsabilidade civil traduz-se numa indemnização compensatória do dano realizado tendo esta indemnização carácter preventivo e punitivo³⁰⁹, com vista a atenuar um mal feito.

Quem infringir o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, terá que responder civilmente pelos danos através do pagamento de uma indemnização. Quando há “abuso de poder”, nos termos do artigo 382.º do CP, por parte dos OPC, emerge responsabilidade civil, nos termos do artigo 129.º do mesmo diploma legal, que é regulada nos termos da lei civil.

A actuação dos OPC deve pautar-se pelas boas práticas, isto é, pela ética e respeito pelos direitos humanos, ainda que estejam a exercer funções do Estado limitando o exercício de direitos individuais em benefício de interesse público, esta função deverá ser sempre realizada com respeito pela lei e pela dignidade humana, sob pena da sua conduta constituir um crime e da mesma resultar responsabilidade civil pelos danos causados.

³⁰⁹ Vide, Meneses Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, pág. 110 “A responsabilidade civil tem um carácter punitivo: visa ressarcir o mal feito e desincentivar quer junto do agente, quer junto de outro elemento da comunidade, a repetição de práticas prevaricadoras”.

Capítulo V

Conclusões

Esta dissertação teve como objectivo o estudo das buscas domiciliárias. Para melhor compreensão do tema proposto, começamos por definir o que é um meio de prova, considerando que estes são por si só fonte de convencimento de um facto, enquanto que os meios de obtenção de prova possibilitam a obtenção daqueles meios, as provas valem por si mesmas, os meios de obtenção de prova são o mecanismo utilizado para a obtenção dos meios de prova.

Examinamos também os princípios da prova em Processo Penal, tentando demonstrar o seu conteúdo e a sua importância para o Processo Penal.

Abordamos de uma forma breve os meios de obtenção de prova afins às buscas. Também fizemos uma breve observação sobre buscas *online*, nos termos da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, Lei do Cibercrime, transpõe para a nossa ordem jurídica interna a Decisão-Quadro 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação e regras e princípios da Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa (Convenção de Budapeste), lei esta que “estabelece as disposições penais materiais e processuais, bem como as disposições relativas à cooperação internacional em matéria penal, relativas ao domínio do cibercrime e da recolha de prova em suporte electrónico (...)”, como retiramos do artigo 1.º dessa lei. Esta lei veio regular, pela primeira vez, as diligências de obtenção de prova relacionadas com a criminalidade informática, ou nos casos em que seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico.

Quando falamos num tema de direito processual penal, teremos sempre que considerar o direito constitucional, pois só com este último poderemos legitimar a acção investigatória do Estado enquanto administrador, na prática das diligências necessárias para a realização da justiça com vista não só a realização do caso concreto, mas também na busca da paz social.

O regime das buscas domiciliárias é regulado pela consagração constitucional da inviolabilidade do domicílio, daí ser necessária uma reflexão sobre este princípio. Determinar quem são os seus titulares, quais os seus limites, quais as suas restrições e, de uma forma geral, entender porque é que este princípio tem a relevância que lhe foi dada pela CRP, ao consagrá-lo como um direito fundamental.

Dessa forma propusemo-nos fazer uma interpretação do princípio da inviolabilidade do domicílio, averiguando quais os seus titulares, as suas restrições, assim como também fazer uma breve evolução histórica do princípio da inviolabilidade do domicílio no nosso país, e também uma breve análise no direito comparado.

Procuramos neste trabalho, para além de analisar o regime jurídico das buscas domiciliárias, observar também alguns problemas que surgem no âmbito destas buscas.

O estudo deste meio de obtenção de prova impunha-nos a análise do conceito de domicílio, para aferirmos se estava ou não abrangido pela norma. Nessa tentativa conjugámos o artigo 34º do CRP com o artigo 177º do CPP, tentando aferir o conceito de domicílio, uma vez que este não vem definido na lei.

Este poderá ser obtido através da avaliação da vocação habitacional que o espaço em questão tem. O que nos conduz para uma concepção ampla de domicílio.

Consideramos então que o domicílio é todo aquele espaço onde decorre a vida familiar, locais com características habitacionais, onde o cidadão vive a sua vida de forma privada, podendo estes locais ser quartos de hotéis, *roulottes*, habitáculos de autocaravanas, tendas ou carroças, pois o que o artigo 34.º da CRP quis proteger foi a tranquilidade do cidadão no seio da sua família, a intimidade da vida privada, logo todas as buscas realizadas em espaços que disturbem essa tranquilidade familiar do cidadão devem ser realizadas nos termos do artigo 177.º do CPP.

Dentro desta concepção de domicílio não incluímos, porém, as sedes das pessoas colectivas, pois entendemos que estaríamos a alargar em demasia o âmbito da norma constitucional.

O princípio da inviolabilidade do domicílio tutela o direito à intimidade da vida privada através da protecção do domicílio, enquanto a sede das pessoas colectivas poderá tutelar o segredo dos negócios.

A lei constitucional de 12 de Dezembro de 2001, lei nº1/2001, trouxe a possibilidade de serem realizadas buscas domiciliárias nocturnas.

Com alteração de 2007 ao CPP, foi tipificada a abrangência e os limites dessa busca nocturna, nomeadamente nos casos de terrorismo, criminalidade violenta e altamente organizada, consentimento do visado e nos casos de flagrante delito por pática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos.

O CPP consagra este elenco restritivo de tipologias criminais que a CRP não nos tinha dado.

Analísámos a questão do consentimento do visado para sabermos com rigor quem é o titular do direito à inviolabilidade do domicílio e julgámos, através da análise doutrinal e jurisprudencial, que o consentimento tem que ser prestado por quem é efectivamente o visado com a busca, não chegando ter a disponibilidade do local.

Só será válido o consentimento que é dado pelo titular do direito que se restringe com a diligência processual, isto é, só poderá consentir a busca domiciliária, aquele que com ela é o visado, esse é o portador do direito fundamental que a norma prevista no artigo 34.º da CRP visa proteger, não quem tem um direito de propriedade sobre o bem com vocação habitacional onde decorre a busca.

Na nossa ordem jurídica existe uma enorme protecção dos direitos fundamentais, mas no âmbito das buscas domiciliárias, esses direitos são restringidos com o objectivo de se alcançar a verdade material. Mas a verdade material não se poderá obter a qualquer custo sendo sempre necessário que se respeitem os limites impostos pelos direitos fundamentais.

A realização da justiça e a descoberta da verdade material são a finalidade do processo penal, mas tem que existir uma harmonia entre as finalidades do processo e os direitos fundamentais dos cidadãos.

Desta forma é que é permitida a restrição do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, a Constituição protege e consagra este princípio, mas também prevê a sua violação. Os meios de prova obtidos através da violação deste direito fundamental afectam sempre de forma mais ou menos ostensiva a esfera a privacidade do individuo, daí que o legislador trate este meio de obtenção de prova de forma diferente do que as buscas não domiciliárias. Mas o domicílio de alguém nunca poderá servir de refúgio a acção punitiva do Estado, devendo este intervir para salvaguardar outros direitos fundamentais. Esta recolha de provas, levadas a cabo através da busca domiciliária, tem sempre que respeitar os critérios legalmente impostos, tendo em vista a garantia da segurança dos cidadãos, ponderando sempre os bens jurídicos essenciais das pessoas e a convivência destes em sociedade. A verdade material não é absoluta, apenas é legítima e legal aquela que se obtém através dos meios processuais válidos, os que não sejam proibidos pela nossa ordem jurídica. O nosso Processo Penal não tem como o seu fim último a busca da verdade, a busca existe mas não é absoluta, necessita antes de mais de respeitar os direitos individuais dos cidadãos. Ainda que este equilíbrio na prática seja difícil de obter devemos tentar sempre alcançá-lo. E desta forma as buscas domiciliárias surgem como consequência da necessidade de ponderação entre o bem jurídico a salvaguardar e os meios utilizados,

delimitados pelo princípio da adequação, necessidade e proporcionalidade, isto é, a acção praticada tem que ser idónea e eficaz para que ela própria possa salvaguardar o interesse violado, a busca domiciliária é um meio de obtenção de prova excepcional, que deve ser utilizado unicamente quando é necessário, quando outros meios de obtenção de prova menos restritivos dos direitos fundamentais não forem suficientes, e a busca domiciliária enquanto meio de obtenção de prova, nunca poderá ser um meio de carácter manifestamente superior ao ilícito que foi cometido.

As buscas domiciliárias têm que respeitar os requisitos previstos nos artigos 177.º, 174.º do CPP, sempre respeitando o que dispõe o artigo 34.º e o artigo 18.º n.º 2 e 3 da CRP. Se estivermos perante uma busca domiciliária que não respeite estritamente estes requisitos, estamos perante um meio proibido de prova, pois viola o princípio da inviolabilidade do domicílio. E essa nulidade do meio de prova determina a nulidade consequente das provas obtidas através da busca, como retiramos do preceituado no artigo 126.º n.º 3 do CPP, podendo apenas estas provas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo, como retiramos do artigo 126.º n.º4 do CPP.

Bibliografia

Abreu, Luís Vasconcelos, “Limitações do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada Mediante o Acordo do seu Titular. O Caso do Big Brother”, in RMP, ano 26, n.º101, Janeiro- Marco, 2005.

Albuquerque, Paulo Pinto de, “Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª Edição Actualizada Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.

Andrade, José Carlos Vieira de, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 2ª Edição Livraria Almedina, Coimbra, 2002.

Andrade, Manuel da Costa, “Bruscamente no Verão Passado”, A reforma do Código de Processo Penal, Coimbra Editora, Junho de 2009.

-“Sobre as Proibições de Prova”, Reimpressão Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

-“Comentário Conimbricense ao Código Penal”, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

- “Violação do Domicílio e o Segredo da Correspondência por Funcionário, (artigos 378.º e 385.º do CP Português) Problemas de Tipicidade e de Ilicitude”, Ab Uno Ad Omnes, 75 anos da Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

Ascensão, Oliveira, “A Reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar” in RFDUL, Vol. XLIII.

Beleza, Tereza, “Direito Processual Penal - Apontamentos”, Vol. II, AAFDL, 1992.

Bravo, Rogério, “Da Não Equiparação do Correio Electrónico ao Conceito Tradicional de Correspondência por Carta”, Revista Policia e Justiça, Janeiro /Junho 2006, III Série, N.º 7, Coimbra Editora, 2006.

Brennan, Tad, The Stoic Life, Emotions, Duties, and Fate, Published in the United States by Oxford University Press Inc., New York, 2005.

Cicero, De Officiis, Translated with an Introduction and Notes, by Andrew P. Peabody. Boston: Little, Brown, and Company, 1887.

Campinho, “A Compreensão Das Raízes Históricas e Filosóficas da categoria dos Direito da Personalidade a Partir da Formação da Subjectividade”, 2009.

Campos, Diogo Leite, “Lições de Direito da Personalidade”, 2ª Edição, Almedina, 2004.

Canotilho, J.J. Gomes, “Direito Constitucional”, Livraria Almedina, Coimbra, 1993.

-“Direito Constitucional e Teoria da Constituição” 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2003.

Canotilho, J.J. Gomes; **Moreira**, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3ª Edição Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

Conceição, Ana Raquel, “Escutas Telefónicas- Regime Processual Penal”, Quid Juris, Lisboa, 2009.

-“Escutas Telefónicas: Regime Excepcional, Parte geral”, in, Crise na Justiça: reflexões e Contributos do Processo Penal, Actas do Colóquio da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto, Lisboa, 2007.

Cordeiro, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Volume III, 2004.

- “Princípios Gerais de Direito” Polis, Enciclopédia da Sociedade e do Estado Vol. IV, Verbo, 1980.

Correia, João Conde, “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (artigo 32.º n.º8, 2ª parte da CRP)” in Revista do Ministério Público, ano 20, n.º79, Julho/ Setembro, 1999.

Costa, António Manuel de Almeida, Estudos de Homenagem ao Professor Eduardo Correia, Boletim da faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1984.

Costa, José Francisco de Faria, “Direito Penal da Comunicação (Alguns Escritos)“, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

Dias, Jorge de Figueiredo, “Comentário Conimbricense do Código Penal”, I Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999.

-“Direito Penal”, Parte Geral - Tomo I, (Questões Fundamentais de Direito) Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

-“Direito Processual Penal” (Lições corrigidas por Maria João Antunes), Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-1989.

-“Direito Processual Penal”, Clássicos Jurídicos, reimpressão, Coimbra Editora, 2004.

Dias, José Eduardo de Figueiredo, “Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes”, in BFD, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

Eiras, Henrique, “Processo Penal Elementar”, Quid Juris, 7ª Edição aumentada e actualizada, Lisboa, 2008.

Fernandes, L. Carvalho, “Direitos de Personalidade” e “Conceito de Domicílio” Polis, Enciclopédia da Sociedade e do Estado Vol. II, Verbo 1984.

Ferreira, João Conde, “Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais”, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

Fonseca, J. Martin, “O conceito de domicílio face ao art. 34. da Constituição da República”, Revista do Ministério Público, Ano 12, n.º45, 1991.

Gaspar, António Henriques, “Novos Desafios do Processo Penal no séc. XX, e os Direitos Fundamentais (Um Difícil Equilíbrio)”, in RPCC, ano 15, n.º2, Abril- Junho, 2005.

Gonçalves, Fernando; **Alves**, Manuel João; **Valente**, Manuel Monteiro Guedes, “Lei e Crime, O Agente Infiltrado versus o Agente Provocador e os Princípios de Processo Penal”, Livraria Almedina, Coimbra, 2001.

Gonçalves, Manuel Lopes Maia, “Código de Processo Penal Anotado”, 17ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2009.

Isasca, Frederico, “A Alteração Substancial dos Factos e a sua relevância no Processo Penal Português”, Livraria Almedina, 1999.

Justo, A. Santos, “Introdução ao Estudo do Direito”, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

Kant, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes/ Crítica da Razão Prática”. Coleção Grandes Filósofos, Madrid, 2008.

M., Simas Santos, Leal-Henriques; Pinho, Borges, “Código de Processo Penal Anotado”, Vol. I, 2ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 1999.

Machado, José Pedro, “Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa”, Vol. II, 6ª edição, Livros Horizonte, 1990.

Melo, Nuno Miguel, “Dos limites do efeito à distância nas proibições de prova”, Mestrado Forense, disponível em:

<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8957/1/Tese%20Nuno%20Melo.pdf>.

Mendes, João Castro, “Teoria Geral do Direito Civil”, I Volume, AA.F.D.L, 1998.

Mendes, Paulo de Sousa, “Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais”, Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma, Almedina, 2004.

Miranda, Jorge,” Manual do Direito Constitucional”, Tomo IV,3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

- “Inviolabilidade do Domicílio” in Revista de Direito e Estudos Sociais, Vol. IXX.

Neto, Dignidade Humana (Menschenwürde): Evolução Histórico-Filosófica do Conceito e de sua Interpretação à Luz da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Neves, A. Castanheira, “A Unidade do Sistema Jurídico e o seu Sentido”, Estudos de Homenagem ao Professor Teixeira Ribeiro, volume II, Coimbra, 1979.

Otero, Paulo, “Direito da Vida, Relatório Sobre o Programa Conteúdos e Métodos de Ensino”, Almedina, Coimbra, 2004.

Palma, Maria Fernanda, “Crimes de Terrorismo e Culpa Penal”, Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003.

Pinto, Ana Luísa Pinto, “Aspectos Problemáticos das Buscas Domiciliárias”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 15, nº3, Julho/Setembro de 2005, Coimbra Editora, 2005.

Pinto, Paulo Cardoso Correia da Mota, “A protecção da Vida Privada e a Constituição”, BFDUC, n.º76, 2000.

-“As restrições aos Direitos Fundamentais, não expressamente autorizados pela Constituição”, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

Pinto, Paulo Mota, “Qual o significado de abusiva intromissão, Jurisprudência Constitucional”, A Protecção da Vida Privada na Jurisprudência do Tribunal Constitucional, n.º 10 Abril- Junho de 2006.

Prata, Ana; **Veiga**, Catarina; **Vilalonga**, José Manuel; “Dicionário Jurídico, Direito Penal e Direito Processual Penal”, Vol. II, Livraria Almedina, 2ª Edição, 2009.

Rodrigues, Cláudio Lima, “Das Proibições de Prova no âmbito do Direito Processual Penal – O caso específico das proibições de prova no âmbito das escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pró reo,” Verbo Jurídico, disponível em: http://www.verbojuridico.com/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_proibicaoopr_ovaescutas.pdf .

Rodrigues, Benjamim Silva, “Das Escutas Telefónicas à Obtenção da Prova (em Ambiente) Digital”, Tomo II, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

Santos, Gil Moreira dos, “O Direito Processual Penal”, Edições Asa, 2003.

Sardinha, José Miguel, “O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em Processo Penal”, Coimbra Editora, Coimbra, 1989.

Sarlet, Ingo Wolfgang, “As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana”, Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC nº9 – Janeiro/Junho, 2007.

Silva, Carlos Alberto Silva, “Direito Constitucional”, 10ª Edição, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

Silva, Germano Marques da, “Curso de Processo Penal” Vol. I e II, Editorial Verbo, 1993.

Valente, Manuel Monteiro Guedes, “Revistas e Buscas”, 2ª Edição revista aumentada, Livraria Almedina, 2005.

- “I Congresso de Processo Penal, Revistas e Buscas, Que viagem queremos fazer?”, Congresso de Processo Penal, Almedina, 2005.

- “Processo Penal, Modelos de Processo Penal”, Vol. I, Livraria Almedina, Ano 2004.

- “Conhecimentos Fortuitos, A Busca de um novo equilíbrio Apuleiano”, Livraria Almedina, 2006.

Verdelho, Pedro, “A Obtenção de Prova no Ambiente Digital”, Revista do Ministério Público, Ano 25, n.º 99, Julho/Setembro, 2004.

-“Apreensão de Correio Electrónico em Processo Penal”, Revista do Ministério Público, ano 25, n.º 100, Outubro/Dezembro, 2004.

Vinício, A. P. Ribeiro, “Código do Processo Penal, Notas e Comentários”, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

Legislação:

- Constituição da República Portuguesa e Lei do Tribunal Constitucional, 6ª Edição, Coimbra Editora, 2003.

- Constituição da República Portuguesa anotada por Gomes Canotilho e Vital Moreira, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

- Constituição da República Portuguesa anotada por Jorge Miranda e Rui Medeiros, Coimbra Editora.

- Constituição Penal anotada por Catarina Veiga e Cristina Máximo dos Santos, Coimbra Editora.

- Códigos Penal e Processo Penal e Legislação Avulsa, Porto editora, 2008.

- Código de Processo Penal Anotado por Manuel Lopes Maia Gonçalves, 17ª Edição, 2008.

- Código de Processo Penal Anotado por Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques, 3ª Edição, Editora Rei dos Livros, 2008.

- Código Civil anotado por Abílio Neto, 17ª edição revista e actualizada, Ediforum, Abril de 2010.

- Código de Processo Civil, Miguel Mesquita, Almedina, 2013

- Código do Procedimento Administrativo.

- Carta dos Direitos dos Estados Unidos.

- Constituição Brasileira.

- A Constituição e o Supremo, 4ª Edição, Brasília 2011.

- Constituição Alemã.
- Constituição Espanhola.
- Constituição da República Italiana de 1948.
- Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948.
- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.
- Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal, Lei n.º 144/99 de 31 de Agosto, alterada pelas Leis n.ºs 104/2001, de 25 de Agosto; 48/2003, de 22 de Agosto; 48/2007 de 29 de Agosto; e 115/2009 de 12 de Outubro.
- Lei de Autorização Legislativa 43/87 de 26 de Setembro
- Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto.
- Lei 43/86 de 26 de Setembro.
- Lei 16/2008, de 1 de Abril.
- Lei n.º 109/2009 de 15 de Setembro que prova 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.

Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º452/89.
- Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 128/92.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 507/94.
- Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º114/95.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 16/97.

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 216/2012.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 Abril de 1992.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Julho 1992.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Outubro de 1992.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1992.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Março de 1993.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08 de Fevereiro de 1995.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Junho de 1998.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Outubro de 1998.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 1998.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 2001.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Julho de 2004.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 2011.
- Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Janeiro de 2000.
- Acórdão da Relação de Lisboa de 29 de Janeiro de 2003.
- Acórdão da Relação de Lisboa de 18 de Maio 2006.
- Acórdão da Relação de Lisboa de 22 de Dezembro de 2009.
- Acórdão da Relação do Porto de 19 de Maio de 1999.
- Acórdão da Relação do Porto de 29 de Janeiro de 2003.
- Acórdão da Relação do Porto de 29 Novembro de 2006.
- Acórdão da Relação do Porto de 11 de Janeiro de 2007.
- Acórdão da Relação do Porto de 14 de Fevereiro de 2007.
- Acórdão da Relação do Porto de 12 de Maio de 2010.

- Acórdão da Relação do Porto de 9 de Maio de 2012.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de Maio de 2007.
- Acórdão da Relação de Évora de Janeiro 2004, Processo n,º1110/04-1.

Sites Consultados

<http://pt.wikipedia.org/wiki/>

<http://repositorio.ucp.pt/>

<http://www.verbojuridico.com/www.cej.mj.pt>

www.cidadaniaitaliana.me

www.djsi.pt

www.pgr.pt

www.tribunalconstitucional.pt

www.kas.de

Outras fontes

Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea, Academia de Ciências de Lisboa, Verbo, Vol. I e II, 2001.

Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa, José Pedro Machado, Vol. II, Livros Horizonte 6ª edição, 1990.

Breve Glossário de Latim para Juristas- Fernando Oliveira, 4ª Edição, Edições Cosmos, Lisboa 1996.

Dicionário Jurídico, Direito Penal e Direito Processual Penal, Vol. II Ana Prata, Catarina Veiga e José Manuel Vialonga. 2ª Edição, Almedina, 2009.

Polis, Enciclopédia da Sociedade e do Estado, Vol. II. Verbo, 1980.

Polis, Enciclopédia da Sociedade e do Estado, Vol. IV. Verbo, 1984.

Dicionário Priberam.

Enciclopédia Larousse.

História do Direito Português, Volume I, Verbo, Lisboa.