



Pedro Elói Pereira Franco

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM REDOR DO CONSENTIMENTO DO VISADO NO ÂMBITO DAS
BUSCAS DOMICILIÁRIAS: REFLEXÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais

Julho de 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C • FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PEDRO ELÓI PEREIRA FRANCO

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM REDOR DO CONSENTIMENTO DO VISADO
NO ÂMBITO DAS BUSCAS DOMICILIÁRIAS: REFLEXÃO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO

SOME CONSIDERATIONS AROUND THE DEFENDANT'S CONSENTE IN THE
CONTEXT OF THE DOMICILIARY SEARCHES: REFLECTION ACCORDING TO
THE CONSTITUCION

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau
de Mestre), na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Criminais.*

Orientadora: Professora Doutora Maria João Antunes

Coimbra, 2017

“A dúvida é o principio da sabedoria”

ARISTÓTELES

AGRADECIMENTOS

Nada se faz sozinho, nem mesmo uma dissertação de mestrado! Por isso, não poderia deixar de tecer alguns agradecimentos a quem contribuiu, de certa forma, para a realização deste trabalho.

Esta dissertação deve-se a quem sempre me apoiou incondicionalmente e sempre esteve do meu lado, nos bons e mais momentos. Agradeço-vos por tudo, pai e mãe! Ao meu irmão e à Cintia, que apesar de longe, estiveram sempre presentes, pelo constante apoio e preocupação e, à Carine, igualmente, pelo apoio constante e compreensão pela minha ausência em momentos importantes.

Aos meus amigos que, direta e indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho. Assim, um agradecimento especial ao Mestre Bernardo de Castro, ao Dr. Alexandre Rodrigues e ao Dr. Vítor Guimarães, por todas as conversas que tivemos que, de certa forma, foram importantes para o desenvolvimento deste trabalho.

À Professora Doutora Maria João Antunes, pela orientação, disponibilidade e aconselhamento.

E, por fim, mas não menos importante, aos docentes do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, que contribuíram decisivamente para a minha formação académica e pessoal.

A todos, um muito obrigado!

Salud, Mi Familia

RESUMO

Com a presente dissertação de mestrado, pretendemos analisar o consentimento prestado pelo visado no âmbito das buscas domiciliárias previsto no artigo 177º, nº 2, al. b) e nº 3, als. a) e b) do CPP e, tentar responder, de forma coerente e clara, a algumas questões levantadas pela doutrina e jurisprudência.

Como veremos, as buscas domiciliárias são um meio de obtenção da prova que, por contenderem com direitos fundamentais constitucionalmente tutelados, nomeadamente, a reserva da intimidade da vida privada (artigo 26º, nºs. 1 e 2) e a inviolabilidade do domicílio (artigo 34º), estão sujeitas a determinados requisitos e formalidades de admissibilidade, sendo o consentimento prestado pelo visado, uma das formas legalmente admissíveis que legitima a entrada dos OPC no domicílio de um cidadão.

Ora, a pertinência deste tema resulta precisamente da divergência que subsiste atualmente na doutrina e na jurisprudência portuguesa.

Na verdade, estas incongruências estimulam incertezas acerca do seu regime, conduzindo os órgãos de perseguição penal, em particular, os OPC à realização de diligências que, à luz do artigo 126º, nº 3 do CPP, são consideradas métodos proibidos de prova, colocando em causa todas as provas obtidas e que, eventualmente, poderiam ser fundamentais para a conclusão da investigação. É o caso, p. ex., da efetivação de uma busca domiciliária com base no consentimento prestado por pessoa sem legitimidade para o fazer.

Neste sentido, é pertinente identificarmos, de forma clara, quem possui legitimidade para consentir a entrada dos OPC numa habitação, para aí realizarem uma busca domiciliária, isto é, uma diligência conducente à recolha de objetos relacionados com um crime ou, que possam servir de prova ou, ainda, para a detenção de um indivíduo que aí se encontre licitamente ou ilicitamente nos termos dos artigos 190º e 378º do CP.

Contudo, na elaboração deste trabalho, não menosprezamos, igualmente, a importância da determinação do conceito de domicílio reconhecido pela Lei Constitucional no seu artigo 34º, bem como o entendimento que se deve retirar do nº 1 do artigo 177º do CPP no que se refere à “dependência fechada” que, também, têm sido alvo de várias divergências nos tribunais portugueses.

Palavras-chave: Direito Processual Penal – Direitos Fundamentais – Meios de Prova – Meios de Obtenção da Prova – Buscas Domiciliárias – Domicílio – Consentimento – Proibições.

ABSTRACT

With this Master's thesis we are planning to analyze the consent given by the person targeted in the context of domiciliary searches as per article 177, no 2, line b) and no 3, lines a) and b) of the criminal procedure code. We will also try to respond in a coherent and clear manner to certain issues raised by doctrine and case law.

As we shall see, home searches are a means of obtaining evidence that, as they contend with fundamental constitutional rights, namely, the preservation of private life (Article 26, no 1 and no 2) and inviolability of domicile (Article 34), they are subject to certain requirements and formalities of admissibility. The consent given by the targeted person is one of the procedures legally admissible which can legitimize the criminal police to enter the domicile of a citizen.

However, the pertinence of this subject is due precisely to the divergence that currently exists in Portuguese doctrine and jurisprudence.

The truth is that these inconsistencies stimulate uncertainties about their regime, leading the criminal prosecution bodies, in particular, the criminal Police to take steps which, in the light of article 126, no 3 of the criminal procedure code, are considered to be prohibited methods to collect evidence, which thus will jeopardize all the evidence obtained, and which could possibly be key to the completion of the investigation. This is for example the case for the launch of a home search based on the consent given by a person who has no legitimacy to do so.

In this sense, it is pertinent to clearly identify who has the legitimacy to give consent to authorize the entry of the criminal police into a house to carry out a domiciliary search, that is, a procedure leading to the collection of objects related to a crime or, which may serve as evidence or which may lead to the arrest of an individual who is lawfully or unlawfully held in custody in accordance with article 190 of the Criminal Code.

Nevertheless, in the preparation of this work, we will not neglect the importance of defining, in particular, the concept of domicile as recognized by the Constitutional Law in its article 34, as well as the conclusion to be drawn from article 177, no 1, of the criminal procedure code that refers to "closed dependence", which has also been the subject of several divergences in the Portuguese courts.

Keywodes: Criminal Procedure Law – Fundamental Rights – Means of Evidence – Means of Obtaining Evidence – Domiciliary Searches – Domicile – Consent – Prohibitions.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Apud – (em)

APC – Autoridade de Polícia Criminal

al. – alínea

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cf. – Confrontar

CJ – Coletânea de Jurisprudência

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CPP/Es – Código de Processo Penal Espanhol

CPP/29 – Código de Processo Penal de 1929

CPP/87 – Código de Processo Penal de 1987

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

Ed. – Edição

et. al. – *et alii* (e outros)

EUA – Estados Unidos da América

in – no

in fine – no fim

ISCPSI – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança interna

JIC – Juiz de Instrução Criminal

LC – Lei Constitucional

MP – Ministério Público

nº – número

n.ºs – números

OPC – Órgãos de Polícia Criminal

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

p. – página

p. ex. – por exemplo

op. cit. – *opus citatum* (obra citada)

segs. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TER – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vide – (ver)

v.g. – *verbi gratia* (por exemplo)

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	III
RESUMO.....	IV
ABSTRACT.....	VI
SIGLAS E ABREVIATURAS	VIII
INTRODUÇÃO.....	12
1. Colocação do problema	12
2. Delimitação do objeto de estudo.....	14
CAPÍTULO I – PERSPETIVA HISTÓRICO-NORMATIVA DAS BUSCAS DOMICILIÁRIAS.....	16
1. Buscas domiciliárias – Contextualização	16
1.1. Breve referência à evolução normativa do regime das buscas domiciliárias.	17
1.2. Análise do artigo 177º do CPP à luz do Acórdão do TC nº 7/87, de 9 de janeiro de 1987	22
1.3. As alterações ao regime das buscas domiciliárias com a revisão constitucional de 2001 e a revisão do CPP de 2007	23
CAPÍTULO II – ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL DAS BUSCAS DOMICILIÁRIAS.....	25
1. A dignidade humana e os direitos fundamentais	25
2. Os direitos fundamentais afetados pela busca domiciliária	26
2.1. O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.....	27
2.2. O direito à inviolabilidade do domicílio	30
3. A admissibilidade da restrição dos direitos em análise	32
CAPÍTULO III – O REGIME JURÍDICO DAS BUSCAS DOMICILIÁRIAS.....	36
1. A busca domiciliária como meio de obtenção da prova	36
1.1. Brevíssima distinção entre meios de prova e meios de obtenção da prova.....	37
1.2. A determinação do conceito de busca.....	38
1.3. O regime especial das buscas.....	39
2. Pressupostos de admissibilidade das buscas domiciliárias	40
3. Formalidades.....	44
4. As buscas domiciliárias realizadas em período noturno	46

5. Conceito de domicílio à luz do artigo 34º da Constituição.....	49
5.1. O sentido amplo e restrito do conceito de domicílio	50
5.2. Noção de «dependência fechada» para efeitos de uma busca domiciliária	53
5.3. A extensão do conceito ao domicílio ocasional.....	54
5.4. Conceito de domicílio adotado	56
6. A problemática do consentimento do visado	57
6.1. Divergências em torno do conceito de visado previsto no artigo 177º do CPP.....	59
6.2. A (in)suficiência do consentimento do visado em situações de domicílio partilhado	62
6.3. Quanto à forma e validade do consentimento.....	64
7. O consentimento do visado numa perspetiva internacional.....	66
7.1. Ordenamento jurídico espanhol	67
7.2. Ordenamento jurídico francês.....	68
7.3. Ordenamento jurídico brasileiro	69
7.4. Ordenamento jurídico dos EUA	70
8. Breves considerações	72
CAPÍTULO IV – PROIBIÇÕES DE PROVA	76
1. Algumas considerações prévias	76
1.2. O regime das proibições de prova e os métodos de prova proibidos.....	78
1.3. A autonomia das proibições de prova face ao regime das nulidades.....	81
2. Do valor das provas obtidas com o recurso aos métodos constantes no artigo 126º do CPP	84
2.1. Uma visão do problema a nível doutrinário e jurisprudencial.....	86
2.2. O valor das provas obtidas no âmbito de uma busca domiciliária ilícita	88
3. O efeito-à-distância da prova proibida ou « <i>fruit of the poisonous tree doctrine</i> ».....	91
CONCLUSÃO	98
BIBLIOGRAFIA	101
JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA.....	111
LEGISLAÇÃO E SITES CONSULTADOS.....	114

INTRODUÇÃO

1. Colocação do problema

A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático que encontra limite e fundamento na dignidade da pessoa humana¹ e, certamente, onde a regra é a proteção dos direitos, liberdades e garantias face às ofensas provenientes dos cidadãos e, também, do próprio Estado².

Assim, a dignidade da pessoa humana e os princípios resultantes do Estado de Direito Democrático operam como limites no processo criminal, na persecução dos seus fins, denegando ações que ofendam direitos fundamentais básicos³.

É certo que o direito processual penal vive numa constante tensão entre a busca da verdade material e o pleno respeito pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Estamos a falar de um processo penal de estrutura essencialmente acusatória que, num quadro de um Estado de Direito Democrático, apresenta como principais finalidades a descoberta da verdade material e a realização da justiça, a proteção dos direitos fundamentais das pessoas e a reposição da paz jurídica⁴.

Falar na descoberta da verdade material sem a exigência de limites constitucionais é passado. Atualmente, vale a regra de que “toda a atividade probatória, que implique uma intervenção mais ou menos relevante nos direitos individuais, postula invariavelmente a necessária legitimação legal”⁵.

A plena concretização dos fins do processo penal requer uma exigência de equilíbrio entre o direito processual penal (em particular, o direito probatório) e os direitos e liberdades dos cidadãos. O Processo Penal não pode dar respostas com uma justificação violadora de

¹ Cf. CORREIA, João Conde – Qual o Significado da Abusiva Intromissão na Vida Privada, na Correspondência e nas Telecomunicações. In Revista do Ministério Público. Ano 20, jul/set, nº 79, 1999, p. 47.

² Cf. MEIREIS, Manuel Augusto – Homens de Confiança. Será o Caminho? In VALENTE, Manuel Guedes, coord. – **II Congresso de Processo Penal**. Almedina, 2006, p. 83.

³ Cf. CANOTILHO, J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. 4ª Ed., Coimbra Editora, 2014, p. 524.

⁴ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Processual Penal**. Lições Coligadas por Maria João Antunes. Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988, p. 20 e segs; também, LOPES, José Mouraz – **Garantia Judiciária no Processo Penal: do Juiz e da Instrução**. Coimbra Editora, 2000, p. 12; ainda, CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...) – *op. cit.*, p. 45.

⁵ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições da Prova em Processo Penal**. Coimbra Editora, 1992, p. 22.

direitos fundamentais nem a Constituição pode exercer uma proteção excessiva sobre esses direitos, sob pena de inviabilizar a descoberta da verdade material e, conseqüentemente, a realização da justiça penal⁶.

Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA afirmam que o direito processual penal é direito constitucional aplicado por andar estritamente associado á Constituição⁷.

Perante esta dicotomia, nomeadamente, a necessidade de alcançar a verdade material e a excessiva proteção dos direitos fundamentais, como corolário da eminente dignidade da pessoa humana, a Constituição estabelece no seu artigo 32º as garantias de processo criminal prescrevendo no seu nº 8 que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Como veremos, a Constituição protege de forma individual direitos pessoais e fundamentais⁸ (v.g. o direito à inviolabilidade do domicílio), mas também permite que, em certos casos, haja restrições de determinados direitos⁹, p. ex., admite a busca domiciliária como meio de obtenção da prova, desde que a intromissão no domicílio não seja “abusiva”¹⁰.

De facto, existem várias formas que legitimam uma busca domiciliária, desde logo, a ordem ou autorização da autoridade judiciária competente e, também, as demais formas previstas na lei (artigo 177º do CPP). Todavia, aquela que pretendemos enfatizar com o presente estudo e, a que melhor parece satisfazer o mandado de otimização desta garantia constitucional¹¹ (inviolabilidade do domicílio) é a legitimação através do consentimento do visado.

Relativamente a este meio alternativo, o Tribunal Constitucional tem decidido que a busca domiciliária pode ser realizada se o visado por tal diligência consentir, não bastando,

⁶ Cf. CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, p. 46.

⁷ Vide CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 515; No mesmo sentido, H. HENKEL, *Apud* DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Processual Penal**. 1ª Ed. Coimbra Editora, 2004, p. 74; Também, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Tomo I. 2ª Ed. Coimbra Editora, 2010, p. 709; e MENDES, Paulo de Sousa – **Lições de Direito Processual Penal**. Editora Almedina, 2015, p. 179.

⁸ Cf. CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, p. 47.

⁹ Em particular, abordaremos neste estudo o direito à inviolabilidade do domicílio e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

¹⁰ Entenda-se por intromissão abusiva a diligência levada a cabo sem autorização da autoridade judiciária competente e fora dos casos expressamente previstos na lei. Cf. CANOTILHO, J. Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 524.

¹¹ Cf. Ac. do TC nº 126/13, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

para tal, o consentimento do titular do lugar de habitação quando este não for o visado pela diligência¹².

No entanto, entendimento diverso tem surgido em alguma jurisprudência dos tribunais superiores¹³. Segundo a jurisprudência destes tribunais, uma busca domiciliária pode ter lugar com o mero consentimento de quem tiver a disponibilidade do lugar de habitação, mesmo que essa pessoa não seja a visada pela diligência.

Este é o principal problema que pretendemos analisar com o presente trabalho e, como podemos constatar, a sua importância resulta da divergência que existe na jurisprudência e na doutrina, traduzindo-se, de certa forma, num problema para os órgãos de perseguição penal, em particular, para os OPC.

Estas entidades, dotadas de poderes atribuídos pela lei processual penal para a realização de determinadas diligências, como, p. ex., buscas domiciliárias, necessitam de saber, com toda a transparência, quem, efetivamente, pode consentir a sua entrada numa habitação sem que, para tal, ponham em risco todas as provas obtidas através dessa busca.

Porém, tal não acontece com a divergência que vigora hoje em dia nos tribunais e na doutrina portuguesa e, por isso, pretendemos aqui clarificar esta questão.

2. Delimitação do objeto de estudo

Constitui objeto do presente estudo, como resulta do ponto anterior, a análise do consentimento do visado no âmbito das buscas domiciliárias.

Pretendemos limitar este trabalho à análise do consentimento do visado para tentarmos responder a determinados problemas levantados pela doutrina e jurisprudência.

Para esse efeito, colocam-se as seguintes questões com objetivo a dirimir esses problemas: (1) para uma legítima entrada dos OPC na habitação, o consentimento deverá ser prestado pelo visado (pessoa concretamente afetada pelas suas implicações processuais)?; (2) Valerá o consentimento de um co-domiciliado para legitimar uma busca domiciliária?; (3) bastará o consentimento do visado ou de um co-domiciliado ou será necessário o

¹² Cf. Ac. do TC n.º 507/94; no mesmo sentido, Ac. do TC n.º 126/13, ambos disponíveis em: www.tribunalconstitucional.pt.

¹³ Cf. Ac. do STJ de 05/06/1991. In BMJ. N.º 408, julho, 1991; Com o mesmo entendimento, Ac. do STJ de 26/11/1992 *apud* Acórdão do TC n.º 507/94 e Ac. do TRC de 24/10/2012 *apud* Ac. do TC n.º 126/13, ambos disponíveis em: www.tribunalconstitucional.pt.

consentimento de todos os titulares do lugar de habitação em que a busca seja efetuada?; (4) quais serão as consequências de uma intromissão no domicílio através do consentimento prestado por pessoa sem legitimidade para tal?

De uma forma geral, são estas as questões que pretendemos responder com este estudo. Note-se que, através de respostas coerentes a estas questões, seria possível, por um lado, alcançar uma maior união e consolidação das decisões nos tribunais portugueses e, conseqüentemente, atenuar ou eliminar as divergências que existem atualmente. Por outro, proporcionaríamos aos órgãos de perseguição penal uma realização da atividade probatória excludente de eventuais ilícitos, garantindo com maior eficácia a realização da justiça.

Todavia, com o objetivo de apresentarmos uma sequência lógica deste estudo, estruturamo-lo da seguinte maneira:

No capítulo I faremos uma breve referência à evolução histórico-normativa do regime jurídico das buscas domiciliárias através da identificação de algumas Leis e Decretos-Lei que motivaram determinadas alterações a este regime.

Quanto ao capítulo II, trataremos de identificar quais os direitos fundamentais afetados com a realização deste meio de obtenção da prova.

Segue-se para o capítulo III onde analisaremos pormenorizadamente o regime jurídico das buscas domiciliárias, abordando conceitos essenciais para o desenvolvimento desde estudo, tais como, os pressupostos para a sua admissibilidade (entre as 7 e as 21h, mas também entre as 21 e as 7h) e as respetivas formalidades e o sentido domicílio adotado pela Lei Fundamental no seu artigo 34º. Terminaremos este capítulo com uma abordagem aprofundada à figura do consentimento do visado, referenciando, também, outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente o espanhol, o francês, o brasileiro e o norte-americano.

Por fim, concluiremos este estudo com um capítulo IV que versará sobre o valor das provas obtidas através de uma busca domiciliária realizada sem o consentimento do visado e fora dos casos previstos na lei, bem como o valor das provas obtidas indiretamente, através de um meio de prova proibido.

CAPÍTULO I – PERSPETIVA HISTÓRICO-NORMATIVA DAS BUSCAS DOMICILIÁRIAS

1. Buscas domiciliárias – Contextualização

Primeiramente, antes de passarmos à caracterização do regime jurídico das buscas domiciliárias e discutirmos as questões levantadas na parte introdutória deste trabalho, é importante fazermos uma breve contextualização deste regime e percebermos quais as alterações que foi sofrendo ao longo dos tempos até à atualidade.

Os meios de obtenção da prova encontram-se tipificados no Título III do Livro III do CPP e as buscas domiciliárias, em particular, no Capítulo II do mesmo diploma.

Note-se que, os meios de obtenção da prova em processo penal não estão previstos apenas no CPP, mas, também, em legislação avulsa, como, p. ex., na Lei nº 101/2001 de 25 de Agosto que tipifica o regime jurídico das ações encobertas e na da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro que estabelece as medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira e prevê o regime de registo de voz e de imagem no seu artigo 6º.

Relativamente à busca domiciliária, enquanto meio de obtenção da prova, insere-se no círculo da atividade probatória e encontra-se tipificada no artigo 177º do Código de Processo Penal.

A sua utilização – bem como a dos demais meios de obtenção da prova previstos no CPP, nomeadamente os exames, as revistas e buscas, as apreensões e as escutas telefónicas – cinge-se à recolha de elementos probatórios (meios de prova), especialmente, à recolha de prova material ou real¹⁴ para, posteriormente, serem utilizados na formação da convicção da entidade decisora sobre a existência ou não de um crime¹⁵.

Assim, o artigo 177º do CPP estabelece o regime de admissibilidade das buscas domiciliárias e, também, o regime das buscas em escritórios de advogados, em consultórios médicos e em estabelecimentos oficiais de saúde.

¹⁴ Sobre este assunto, BRAZ, José – **Investigação Criminal: A Organização, o Método, e a Prova, Os Desafios da Nova Criminalidade**. 2ª Ed. Almedina, 2010, p. 132.

¹⁵ Cf. CONCEIÇÃO, Ana Raquel – **Escutas Telefónicas. Regime Processual Penal**. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 46.

Quanto aos meios de obtenção da prova em geral, serão superficialmente enunciados no Capítulo III onde abordaremos, cuidadosamente, o regime geral e especial das buscas.

Veremos ainda que, não obstante as buscas domiciliárias serem legalmente admissíveis pela CRP e pelo CPP, não significa que a sua utilização seja sempre lícita, pois, ambos os diplomas estabelecem determinados requisitos e pressupostos que condicionam a sua legalidade.

Face a esta breve contextualização do regime em análise, é momento de fazermos uma abordagem à evolução histórico-normativa das mesmas para compreendermos como é que este meio de obtenção da prova tem vindo a desenvolver-se ao longo dos anos.

1.1. Breve referência à evolução histórico-normativa do regime das buscas domiciliárias

A relevância desta breve análise prende-se com o facto de a busca domiciliária ser um importante meio de obtenção da prova, frequentemente utilizada pelos OPC à ordem do MP ou do JIC para a descoberta e recolha de meios de prova.

Prende-se, igualmente, com o interesse em compreendermos o porquê e, quais as transformações que este regime foi sofrendo ao longo das últimas décadas para, posteriormente, compararmos ao regime vigente. Porém, não descurando a importância de toda a evolução do CPP, não pretendemos aqui analisa-la.

No que às buscas dizem respeito, podemos começar por referir que o seu regime se encontrava previsto na Secção III (*Das Buscas e Apreensões*), nos artigos 202º a 213º do CPP de 1929. Nas palavras de MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, a sua finalidade “é, pois, ou a prisão do arguido, ou a apreensão de provas”¹⁶ e encontrava-se caracterizada no artigo 203º do CPP/29.

Segundo este preceito, parece-nos que, em comparação com o atual artigo 174º, nº 2 do CPP, poucas alterações sofreu. Estabelecia que, a busca era ordenada quando houvesse “indícios de que alguma pessoa tem em seu poder ou que se encontre em algum lugar, cujo acesso não seja livre, papeis ou outros objetos cuja apreensão for necessária para a instrução

¹⁶ Vide FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – **Curso de Processo Penal**. Vol. I. Editora Danúbio, Lisboa, 1986, p. 233.

do processo, ou quando o arguido ou outra pessoa que deva ser presa se tenha refugiado em lugares daquela natureza (...)”¹⁷.

Determinava igualmente que, “(...) o juiz, em despacho fundamentado, officiosamente, a requerimento do Ministério Público, da parte acusadora ou do arguido admitido a intervir no processo, indicará as razões da suspeita e mandará proceder à busca e apreensão ou prisão”. Por força desta redação, conclui-se que o CPP/29 apenas atribuía competências ao juiz para ordenar buscas¹⁸.

Atualmente, o artigo 174º, nº 3 do CPP concede essa competência não apenas ao juiz, mas, também, ao MP, pois, segundo este preceito, “as revistas e as buscas são autorizadas ou ordenadas por despacho pela autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência”. Neste sentido, entenda-se por «autoridade judiciária» o juiz, o JIC e o MP¹⁹.

No que concerne às buscas domiciliárias, acresciam às exigências do artigo 203º, as previstas no artigo 204º²⁰. Assim, estabelece o artigo 204º do CPP/29 que “o juiz não poderá proceder à busca e apreensão em casa habitada, ou suas dependências fechadas, antes de nascer nem depois do pôr do sol, salvo se a pessoa em poder de quem se encontra o edifício o consentir”. Porém, concluía no § 1. do mesmo artigo que “começada a diligência, poderá continuar mesmo de noite”.

Do artigo em questão, retira-se que o CPP/29 proibia a realização de buscas domiciliárias durante o período noturno, isto é, aquando da ausência de luz solar, à exceção dos casos em que o «proprietário» prestasse o seu consentimento²¹. No entanto, se a diligência tivesse início antes do pôr do sol, poderia continuar mesmo durante o período noturno.

Contrariamente, o artigo 177º, nº 2 do atual CPP prevê a possibilidade de se realizarem buscas domiciliárias durante o período noturno, ou seja, entre as 21 e as 7 horas

¹⁷ Cf. Código de Processo Penal de 1929. [Consult. 20 Maio 2017]. Disponível em: <https://dre.pt/application/-dir/pdf1sdip/1929/02/03700/0-4630517.pdf>. Quanto ao artigo 174º do atual CPP, estabelece que a realização de uma busca é legítima quando haja “indícios de que os objetos referidos no número anterior, ou o arguido ou outra pessoa que deva ser detida, se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público”.

¹⁸ Refira-se que, toda a instrução era da competência do juiz. O MP apenas promovia as diligências concretas da instrução. Cf. artigo 159º do CPP/29.

¹⁹ Cf. al. b) do artigo 1º do CPP.

²⁰ Cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *op. cit.*, p. 235.

²¹ O mesmo se reitera do artigo 265º do CPP/29 onde se estabelecia que “de noite, a entrada em casa habitada ou suas dependências fechadas, para prisão de qualquer arguido, só será permitida, consentindo os moradores (...)”.

nos casos expressamente identificados. Todavia, devido à pertinência deste assunto, criámos um ponto específico onde o abordamos de forma pormenorizada, nomeadamente, o ponto 4 do Capítulo III.

No entendimento de MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA existem buscas para apreensão e buscas para prisão²². Na verdade, o CPP/29 previa um artigo que legitimava a realização de buscas para captura de um indivíduo. Esta diligência encontrava-se prevista no artigo 213º do CPP/29 e, concretizava-se de acordo com os artigos 264º a 266º do mesmo diploma.

Para o autor “a ordem judicial de busca para captura é sempre exequível em dia, em casa do arguido; mas não o é em casa alheia sem autorização dos moradores da casa ou dos seus donos, a não ser que expressamente o mandado de busca judicial o ordenar, individualmente, concretamente, a casa e seus donos ou moradores. De noite, nunca é permitida a entrada em casa alheia, a qual só pode ter lugar mediante consentimento dos moradores”²³.

Com a Revolução de 25 de abril de 1974, a aprovação da Constituição de 1976 e a revisão constitucional de 1982, foram grandes as alterações ao CPP português, tendo em vista a sua dignificação em todas as fases processuais²⁴.

Após o 25 de Abril, surge o Programa do Movimento das Forças Armadas (Decreto-Lei nº 605/75, de 3 de novembro) estabelecendo no seu artigo 2º, nº 3 que “as buscas domiciliárias, autópsias e exames que possam ofender o pudor das pessoas examinadas dependem de prévia autorização do Ministério Público”²⁵. Todavia, no artigo 5º, nº 2 impunha-se que o MP presidisse todas as buscas que ordenasse.

A 2 de Abril de 1976, terminados os trabalhos, a Assembleia Constituinte aprova a Constituição da República Portuguesa. Com a sua entrada em vigor a 25 de Abril de 1976, o CPP foi alvo de várias alterações por contender diretamente com determinadas normas constitucionais. Assim, através do Decreto-Lei nº 377/77, de 6 de setembro, procedeu-se à

²² Vide FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *op. cit.*, p. 233.

²³ *Ibidem*, p. 235 e 236.

²⁴ Cf. JACINTO, F. Teodósio – O Modelo de Processo Penal Entre o Inquisitório e o Acusatório: Repensar a Intervenção Judicial na Comprovação da Decisão de Arquivamento do Inquérito. In Colóquio de Direito Penal e Processo Penal realizado pelo Supremo Tribunal de Justiça [Em linha]. (2009), p. 6. [Consult. 22 Maio 2017]. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/dtopenalprocesso_teodosiojacinto.pdf.

²⁵ (Sublinhado nosso). [Consult. 23 Maio 2017]. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/12136/decreto-lei-605-75-de-3-de-novembro>.

alteração imediata das normas do processo penal contrárias à Constituição introduzidas pelo Decreto-Lei nº 605/75, de 3 de novembro.

No que concerne às buscas domiciliárias, o Decreto-Lei nº 377/77, de 6 de setembro estabelecia no artigo 2º, nº 1, al. a) que “as buscas, autópsias, vistorias, apreensões domiciliárias e exames que possam ofender o pudor das pessoas examinadas (...), devem ser autorizadas pelo juiz de instrução, que a elas presidirá, salvo se as diligências se fizerem com o consentimento expresso, reduzido a escrito e assinado, da pessoa cujo pudor possa ser ofendido, de quem de direito relativamente ao autopsiado, daqueles em cujo domicílio se fizerem ou, em geral, da pessoa contra quem forem dirigidas”²⁶.

A 26 de setembro de 1986, a Assembleia da República concede ao Governo autorização para aprovar um novo CPP. Neste sentido, através lei de autorização legislativa em matéria de processo penal (Lei nº 43/86, de 26 de setembro), o Governo decretou a aprovação do atual CPP de 1987 e revogou o CPP aprovado pelo Decreto-Lei nº 16489, de 15 de fevereiro de 1929²⁷.

Com CPP/87 proporcionou-se grandes alterações ao sistema processual penal e instituiu-se “um modelo de processo reconhecidamente situado na vanguarda do movimento de reforma do processo penal europeu”²⁸.

Esta alteração concedeu ainda unidade e coerência ao processo, clarificou os papéis das AJ e dos OPC e intensificou a eficácia do sistema e a tutela dos direitos fundamentais²⁹.

Como refere JORGE FIGUEIREDO DIAS, a necessidade de regular expressamente o âmbito das competências do juiz, do MP e dos OPC relativamente a cada meio de prova e de obtenção da prova, era fundamental para a existência de harmonia entre a descoberta da verdade material e a garantia dos direitos das pessoas³⁰.

²⁶ (Sublinhado nosso). [Consult. 23 Maio 2017]. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/12788/decreto-lei-377-77-de-6-de-setembro#summary>.

²⁷ Cf. Lei nº 43/86, de 26 de setembro. [Consult. 24 Maio 2017]. Disponível em: 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

²⁸ Cf. MOTA, José Luís Lopes da – A revisão do Código de Processo Penal. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 8, Fasc. 2º, abril/junho, 1998, p. 164. Também JACINTO, F. Teodósio – *op. cit.*, p. 8.

²⁹ *Ibidem*, p. 165

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo – Para uma Reforma Global do Processo Penal Português. In **Para uma Nova Justiça Penal**. Editora Almedina, 1983, p. 15.

Assim, constava da lei de autorização legislativa que, o CPP/87 teria que ser elaborado segundo os princípios constitucionais e as normas constantes em instrumentos internacionais relativos aos direitos da pessoa humana e ao processo penal³¹.

Quanto às buscas domiciliárias, a referida lei salientava os seguintes parâmetros gerais³²: no ponto 26), nº 2 do artigo 2º impunha a “admissão, quanto às buscas, de exceção à necessária autorização judicial, havendo consentimento dos visados, devidamente documentado, ou tratando-se de detenção em flagrante por crime punível com prisão, caso em que a busca constitui acto cautelar da prova subsequente à privação da liberdade”.

No ponto nº 27) previa 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 respetiva autorização ao juiz instrutor, salvo consentimento do visado”.

Por ultimo, o ponto nº 29) determinava a elaboração “de um regime especial de dispensa de autorização judicial 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 prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa, devendo nesse caso a realização da diligência ser imediatamente comunicada ao juiz instrutor e por este validada, sob pena de nulidade”.

Segundo este sentido e extensão da lei de autorização legislativa, a primeira redação do CPP/87 permitia, no seu nº 2 do artigo 177º, que as buscas domiciliárias fossem ordenadas pelo MP ou efetuadas por OPC (mesmo sem autorização do MP) nas seguintes situações: (1) quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada; (2) em que os visados consinta, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; e (3) aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão³³.

³¹ Cf. Artigo 2º, nº 1 da Lei nº 43/86, de 26 de setembro.

³² Cf. Lei nº 43/86, de 26 de setembro.

³³ Cf. Ac. do TC nº 7/87, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

1.2. Análise do artigo 177º do CPP à luz do Acórdão do TC nº 7/87, de 9 de janeiro de 1987

Terminamos o ponto anterior, com uma descrição da primeira redação do nº 2 do artigo 177º do CPP/87 para agora demonstrarmos quais as críticas que foram dirigidas a este preceito.

Após a conclusão do CPP/87, o Presidente da República requereu ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de vários preceitos do texto final do CPP/87 ao abrigo do disposto nos nºs 1 e 3 do artigo 278º da CRP e nos artigos 51º, nº 1 e 57º, nº 1, da Lei nº 28/82, de 15 de novembro³⁴.

Uma das questões colocadas pelo Presidente da República foi, precisamente, sobre a constitucionalidade do artigo 177º, nº 2, expondo que o CPP ao permitir a realização de buscas domiciliárias sem previa autorização judicial, parece violar o disposto no citado nº 2 do artigo 34º da CRP.

Neste sentido, entendeu o TC que, quanto à remissão para a alínea a) do nº 4 do artigo 174º do CPP, “ela não pode haver-se como inconstitucional, por o direito à inviolabilidade do domicílio, enunciado nos nºs 1, 2 e 3 do artigo 34º da Constituição, dever compatibilizar-se com o direito à vida e com o direito à integridade pessoal, consignados respetivamente nos artigos 24º e 25º da Lei Fundamental e que aquela alínea a) procura defender, direitos que não-de entender-se como limites imanescentes do direito em causa”³⁵.

Relativamente à remissão para a alínea b) do mesmo número e artigo, entendeu o TC que “ela não é inconstitucional, porque, consentindo os visados ou, por outras palavras, não se verificando a entrada no domicílio «contra a sua vontade» não se viola o domicílio”³⁶.

Por último, quanto à remissão para a alínea c) igualmente do mesmo número e artigo, entendeu o TC que “a «autoridade judicial» para os efeitos do artigo 34º, nº 2 da CRP, é apenas o juiz, pronunciando-se pela inconstitucionalidade do artigo 177º, nº 2 do CPP, com referência ao artigo 174º, nº 4, al. c), por violação do artigo 34º, nº 2 da Constituição, por não se identificar qualquer valor que deva prevalecer sobre a garantia constitucional de reserva do juiz”³⁷.

³⁴ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo – Para Uma Reforma (...), *op. cit.*, p. 20.

³⁵ Vide Ac. do TC nº 7/87.

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

Esta declaração de inconstitucionalidade foi censurada por MANUEL MAIA GONÇALVES por entender que, “não se afiguram portanto cabidas as críticas de que tais disposições foram alvo (...)”. O regime das buscas domiciliárias foi estabelecido com esta configuração, por se entender que existem certos casos pontuais, tais como, os estipulados no artigo 174º, nº 4, em que a demora na realização da diligência pode resultar na violação de bens jurídicos tutelados pela Constituição, como a vida e a integridade pessoal previstos nos artigos 24º e 25º da CRP³⁸.

Nestes termos, “equacionando a proteção constitucional da inviolabilidade do domicílio com a proteção, também constitucional, de outros bens jurídicos, se intuirá que o artigo não sofre de inconstitucionalidade (...)”³⁹.

1.3. As alterações ao regime das buscas domiciliárias com a revisão constitucional de 2001 e a revisão do CPP de 2007

Até à revisão constitucional de 2001 (LC nº 1/2001, de 12 de dezembro), durante a noite o domicílio era um local sagrado, um santuário noturno impenetrável. Não era possível devassar o domicílio de alguém sem o seu consentimento ou, de quem usufruísse o espaço domiciliar ou, ainda, em situações de estado de necessidade⁴⁰.

A evolução de certos segmentos de criminalidade, tais como, o terrorismo, a criminalidade especialmente violenta e altamente organizada, conduziu, também, a um incremento das dificuldades na atividade investigatória levada a cabo pelo MP e OPC.

Face a estas novas ameaças provenientes da evolução destes fenómenos criminógenos, a ideia de “sossego noturno” sofreu grandes restrições com a revisão constitucional de 2001⁴¹.

A LC nº 1/2001 previa, no seu artigo 6º, o seguinte aditamento ao artigo 34º, nº 3 da CRP: «salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de

³⁸ Cf. GONÇALVES, Manuel Maia – Meios de Prova. In **Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 215 e 216.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Cf. Artigo 34º, nº 3 anterior à revisão constitucional de 2001.

⁴¹ Cf. VALENTE, Manuel Guedes – A Investigação do Crime Organizado. In **Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa: Interferências e Ingerências Mútuas**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 166.

criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei»⁴².

Esta adição levou a que a atual redação do n.º 2 do artigo 34.º da CRP passasse a ser a seguinte: “Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei”⁴³.

A revisão constitucional trouxe, também, grandes alterações ao nível da lei processual penal através da 15.ª alteração ao CPP (Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto). Veio permitir que o legislador estabelecesse novas situações legitimadoras da entrada dos OPC no domicílio de alguém durante a noite, provocando uma diminuição do direito à inviolabilidade do domicílio e do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

A redação do antigo artigo 177.º não previa qualquer possibilidade da realização de busca domiciliária durante o período noturno, mas com a revisão constitucional e, posteriormente, com a revisão do CPP em 2007, a redação do n.º 2 do artigo 177.º passou a prever que “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 qualquer forma; c) Flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos”.

Todavia, de forma a não esgotarmos o tema das buscas domiciliárias noturnas antes de examinarmos qual o seu regime jurídico, deixaremos a sua análise para o ponto 4 do Capítulo III onde veremos, pormenorizadamente, quando é que buscas domiciliárias podem ser realizadas entre as 21 e as 7 horas.

⁴² Cf. LC n.º 1/2001. [Consult. 25 Maio 2017]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=12&tabela=1-eis.

⁴³ *Idem*.

CAPÍTULO II – ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL DAS BUSCAS DOMICILIÁRIAS

1. A dignidade humana e os direitos fundamentais

Nem sempre existiu uma ligação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais. Esta ligação jurídico-positiva é particularmente recente, tendo origem nos grandes textos internacionais e constitucionais posteriores a 1945, nomeadamente na Carta das Nações Unidas, na Constituição francesa de 1946, na Declaração Universal e na Constituição alemã de 1949⁴⁴.

Em Portugal, foi com a Constituição de 1976 que a dignidade humana passou a representar um dos pilares da República Portuguesa. Atualmente está diretamente ligada à garantia constitucional dos direitos fundamentais e corresponde ao valor primordial da ordem jurídica portuguesa⁴⁵.

A dignidade humana é do homem e da mulher, isto é, enquanto pessoa individual e concreta e não de um ser ideal e abstrato. São estas pessoas que a ordem jurídica considera irredutíveis, insubstituíveis e irrepetíveis e cujos direitos fundamentais são enunciados e protegidos pela Constituição⁴⁶.

Como já vimos, a República Portuguesa, como Estado de Direito Democrático, encontra limite e fundamento na dignidade humana⁴⁷ e, seguramente, onde a regra é a proteção dos direitos, liberdades e garantias face às ofensas provenientes dos cidadãos e do próprio Estado⁴⁸.

Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA referem que a dignidade da pessoa humana e os princípios resultantes do Estado de Direito Democrático operam como limites no processo criminal, na persecução dos seus fins, denegando ações que ofendam direitos fundamentais básicos⁴⁹.

⁴⁴ Cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 83.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 77. No mesmo sentido, CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, p. 47.

⁴⁶ Cf. MIRANDA, Jorge – **Escritos Vários Sobre Direitos Fundamentais**. 1ª Ed. Princípia, 2006, p. 472.

⁴⁷ Cf. CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 198.

⁴⁸ Cf. CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, p. 47. Também, QUEIROZ, Cristina – **Direitos Fundamentais**. Teoria Geral, 2ª Ed. Coimbra Editora, 2010, p. 60.

⁴⁹ *Vide* CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 524.

No que respeita aos direitos fundamentais, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE classifica-os como “direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um *núcleo restrito* que se impõe a qualquer ordem jurídica”⁵⁰.

Estes direitos encontram a sua “sede natural” na própria Constituição, pois, cabe à Lei Fundamental enunciar e definir tais direitos⁵¹. O seu conteúdo essencial, os seus limites e a definição das suas condições de exercício e de defesa contra possíveis ofensas, resultam do seu próprio regime previsto na Constituição⁵².

Todavia, o “âmbito material dos direitos fundamentais não se reconduz pura e simplesmente” aos previstos na Constituição. Segundo JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE este parece ser o sentido do artigo 16º, nº 1 da CRP, ao prescrever que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”, ou seja, existem outros direitos fundamentais que resultam de leis ordinárias ou de normas internacionais⁵³.

Essencialmente, estes direitos visam proteger poderes e esferas de liberdade das pessoas e, também, as pessoas na sua relação com o Estado, nomeadamente, no que respeita às ingerências. Porém, a proteção dos direitos fundamentais não se esgotam nesta “dimensão negativa”. Há igualmente direitos fundamentais que pressupõem uma “ação positiva” do Estado⁵⁴.

Após esta breve exposição, centraremos de seguida a nossa análise na identificação e descrição dos direitos suscetíveis de serem afetados com a realização de uma busca domiciliária.

2. Os direitos fundamentais afetados pela busca domiciliária

Como veremos, a lei estabelece limites à descoberta e à obtenção de meios de prova de forma a evitar potenciais lesões nos direitos fundamentais tutelados pela Constituição.

⁵⁰ Vide ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4ª Ed. Almedina, 2009, p. 21.

⁵¹ Cf. MIRANDA, Jorge – **Escritos Vários** (...), *op. cit.*, p. 85.

⁵² *Ibidem*, p. 87.

⁵³ Vide ANDRADE, José Carlos Vieira de – *op. cit.*, p. 73.

⁵⁴ Sobre este assunto, Cf. ALEXANDRINO, José Melo – **Direitos Fundamentais: Introdução Geral**. 2ª Ed. Princípia, 2011, p. 23.

No entanto, a Lei Fundamental prevê expressamente que, em determinadas circunstâncias, esses direitos possam ser restringidos, devendo essa restrição limitar-se ao necessário (de acordo com os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação) para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos⁵⁵.

Ora, é evidente que, devido à função investigatória das buscas domiciliárias, determinados direitos são afetados, nomeadamente, o direito à inviolabilidade do domicílio enunciado no artigo 34º da CRP.

Todavia, entende a jurisprudência constitucional que o direito à inviolabilidade do domicílio previsto no artigo 34º da CRP “exprime, numa área muito particular, a garantia do direito a reserva da intimidade da vida privada e familiar, genericamente afirmada no artigo 26º, nº 1, da CRP”⁵⁶. Refere ainda o TC, que o artigo 34º da CRP “tem por objeto a habitação humana, aquele espaço fechado e vedado a estranhos, onde, recatadamente e livremente, se desenvolve toda uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar”⁵⁷.

Neste sentido, entende-se que a realização de uma busca domiciliária não lesa apenas o direito à inviolabilidade do domicílio, mas, também, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Após a identificação dos direitos lesados por este meio de obtenção da prova, passaremos à descrição de cada um deles.

2.1. O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar encontra-se previsto e protegido no nosso direito interno no artigo 26º, nº 1, *in fine* e nº 2 e artigo 32º, nº 8, ambos da CRP. Este direito é igualmente protegido a nível infraconstitucional, nomeadamente, no Capítulo VII do Título I do CP, cuja epígrafe é, justamente, «Dos crimes contra a reserva da vida privada» e no artigo 80º do CC.

A nível internacional a sua tutela é concretizada pelo artigo 12º da DUDH, artigo 17º do PIDCP e artigo 8º da CEDH.

⁵⁵ Cf. Artigo 18º, nº 2 da CRP.

⁵⁶ Neste sentido, Ac. do TC nº 452/89, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt. O mesmo entendeu teve o STJ no Ac. de 20/09/2006, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

⁵⁷ *Idem*.

Para JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar abrange, também, o direito a se opor à divulgação de informações que alguém tenha sobre a vida privada e familiar de outra pessoa⁵⁸.

No entendimento do TC, este direito em análise corresponde a “um direito de cada um ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias”⁵⁹.

Atualmente, admite-se uma outra extensão deste direito, de cariz positivo, que se traduz na faculdade dos cidadãos controlarem as informações que lhes dizem respeito. Por outras palavras, a tutela constitucional deste direito confere aos seus titulares a faculdade de controlarem o acesso ou o conhecimento destas informações pessoais que façam parte da sua vida privada e familiar e, também, a faculdade de impedirem ou controlarem a divulgação dessas informações pessoais, ainda que obtidos de forma lícita, ou seja, o “direito de impedir o acesso, emprego e revelação desses dados, em moldes que não tenham sido por si previamente autorizados”⁶⁰.

Como vemos, não é fácil definir os limites deste direito, isto é, saber qual a linha que divide o campo da vida privada e familiar e o espaço aberto à publicidade.

Uma das teses que tentou deferir estes limites foi a “teoria das três esferas” de origem alemã que distingue a esfera íntima, privada e social. Segundo esta teoria, quanto mais nos afastamos da esfera íntima, isto é, do “núcleo duro do direito à intimidade da vida privada”, menor é a tutela jurídica⁶¹.

No que respeita à esfera íntima, esta é absolutamente protegida contra a ingerência das entidades públicas e privadas, não se admitindo qualquer ponderação entre os direitos e os valores ou interesses da sociedade.

O mesmo não acontece com a esfera privada que, embora protegida constitucionalmente, essa proteção é apenas relativa e não absoluta. Aqui já se admite o sacrifício dos direitos aí abrangidos, quando necessário, proporcional e adequado à proteção

⁵⁸ Vide MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 619 e 620; Com o mesmo entendimento, CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 467.

⁵⁹ Vide Ac. do TC nº 128/92, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

⁶⁰ Neste sentido, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 620; Também CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, p. 48 e 49; e ainda PINTO, Paulo Mota – A Proteção da Vida Privada e a Constituição. In Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 76, 2000, p. 164.

⁶¹ Neste sentido. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 620; Sobre esta teoria ver também, ANDRADE, Manuel da Costa – **Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspetiva Jurídico-Criminal**. Coimbra Editora, 1996, p. 95 e segs.; e, ainda, CALADO, António Ferreira – A Inviolabilidade do Domicílio e a Criminalidade Organizada. In Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 83, 2007, p. 846.

de interesses ou valores de intensidade normativa igual ou superior, ou pelo consentimento do seu titular.

Quanto à esfera social, já sai fora dos limites do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar⁶².

Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a conceptualização dos limites deste direito deve resultar dos conceitos de “privacidade” e “dignidade humana”, pois, só assim seria possível definir um conceito de esfera privada adequado às sociedades atuais⁶³.

Por outro lado, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS entendem que o direito deverá ter um âmbito mais alargado e não se limitar apenas à esfera íntima. Como expõem os autores, existem determinados incidentes que ocorrem em locais públicos ou nos locais de trabalho que também pertencem à reserva da privada e familiar de um cidadão⁶⁴.

Num sentido convergente, PAULO MOTA PINTO refere que lugar não pode ser o único critério de delimitação deste direito, na medida em que, a vida pode ser privada e decorrer em locais públicos e, porque o conteúdo do conceito de vida privada pode, em certa medida, variar de pessoa para pessoa⁶⁵.

Também JOÃO CONDE CORREIA se pronunciou acerca deste direito, referindo que “a vida privada compreende aqueles 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, por forma a impedir ou restringir a sua divulgação”⁶⁶.

A Constituição estabelece no seu artigo 26º, nº 2 uma garantia concreta do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, isto é, obriga o legislador a assegurar garantias “contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”.

Neste sentido, e no cumprimento deste preceito constitucional, o legislador estabeleceu nos artigos 190º e segs. do CP as sanções penais e, no artigo 80º do CC as sanções de caráter civil.

⁶² Assim, CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 468; também, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 620; ainda, CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, p. 48.

⁶³ Vide CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 468.

⁶⁴ Vide MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 622.

⁶⁵ Vide PINTO, Paulo Mota – O Direito à Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada. In Boletim da Faculdade de Direito. Nº 69, 1993, p. 508.

⁶⁶ Vide CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, p. 49.

Quanto às primeiras, tipificou e penalizou determinadas condutas, nomeadamente, a intromissão, a gravação e a divulgação de informações inerentes à intimidade da vida privada e familiar dos cidadãos. No que respeitas às sanções de caráter civil, destinam-se essencialmente a reparar os danos morais e matérias dos cidadãos resultantes de comportamentos violadores da intimidade da vida privada e familiar.

É evidente que, com a realização de uma busca domiciliária este direito fundamental é profundamente lesado. Naturalmente, as pessoas que se encontram em suas casas a desenvolver condutas inerentes à sua intimidade não estão à espera que outra pessoa entre no seu domicílio, perturbando-a da sua vida privada, liberdade, paz e tranquilidade.

Assim, com as sanções penais e civis pretende-se dissuadir comportamentos “abusivos” e incompatíveis com a dignidade humana que colidam com este direito⁶⁷.

2.2. O direito à inviolabilidade do domicílio

O direito à inviolabilidade do domicílio encontra-se previsto e protegido no nosso direito interno no artigo 34º da CRP e a nível infraconstitucional, essencialmente, pelo artigo 190º do CP, sob a epígrafe «violação de domicílio ou perturbação da vida privada».

A nível internacional este direito encontra-se tutelado no artigo 12º da DUDH, artigo 17º do PIDCP e artigo 8º da CEDH.

Como referimos no ponto anterior, este direito corresponde a um regime especial de tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar⁶⁸. Esta ideia foi intensificada pela jurisprudência constitucional, por entenderem que “de um ponto de vista constitucional, o direito à inviolabilidade do domicílio (...) tutela o direito à intimidade pessoal, prevista no artigo 26º da Constituição”⁶⁹.

Segundo JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, a inviolabilidade do domicílio consubstancia um “direito de defesa” face aos poderes públicos. Caracteriza-se ainda por “constituir uma posição jurídica constitucionalmente garantida, por impor uma proibição aos

⁶⁷ Cf. CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p 472.

⁶⁸ Neste sentido, Ac. do TC nº 452/89, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt; Ac. do STJ de 20/09/2006 e Ac. TRP de 29/01/2003, ambos disponíveis em: <http://www.dgsi.pt>; Com o mesmo entendimento, CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 467 e 468.

⁶⁹ Vide Ac. do TC, nº 507/94, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

poderes públicos e por conceder ao seu titular uma pretensão de omissão de violação do mesmo”⁷⁰.

No entendimento de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, este direito em análise “é ainda um direito à liberdade da pessoa pois está relacionado, tal como o direito à inviolabilidade da correspondência, como um direito à inviolabilidade pessoal (...), considerando-se o domicílio como projecção espacial da pessoa e a correspondência como exteriorização da própria pessoa”⁷¹.

Recorrendo a uma análise do artigo 34º da CRP, resulta do seu nº 1 uma obrigação da não intromissão no domicílio de um cidadão, seja por entidades públicas, seja por entidades privadas, pois, como se retira do artigo 18º, nº 1 da CRP, “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

A este propósito, entendeu o TC que não há dúvidas de que o direito à inviolabilidade do domicílio constitui “uma condição de integridade da pessoa e a sua proteção deve ser considerada atualmente como um especto da proteção da «dignidade humana»”. Todavia, explica que é igualmente necessário aceitar que este direito não pode “configurar-se, em *absoluto*, como um direito de conteúdo ou âmbito material *ilimitado* em face de outros direitos ou interesses tutelados” pela Constituição⁷².

Neste sentido, é importante referirmos que existem restrições à proibição de intromissão do domicílio de alguém, nomeadamente as que se encontram previstas nos nºs. 2 e 3 do artigo 34º da CRP. Desta forma, descarta-se a ideia de uma inviolabilidade do domicílio total ou absoluta⁷³.

Como já constatamos, este artigo em análise proíbe a intromissão de um terceiro em casa de um cidadão, admitindo-se, porém, determinadas exceções, nomeadamente, em situações de interesse público⁷⁴, v.g. descoberta da verdade e a realização da justiça penal.

No entanto, para uma maior eficácia na concretização destes interesses, pode ser necessário a realização de diligências como propósito de se descobrir e recolher elementos

⁷⁰ Vide MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 757.

⁷¹ Vide CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 541.

⁷² Vide Ac. do TC nº 274/07, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

⁷³ Cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 757.

⁷⁴ Cf. MIRANDA, Jorge – Inviolabilidade do Domicílio: Anotação à Sentença do Tribunal Criminal da Comarca de Lisboa, de 23 de Julho de 1973. In Revista de Direito e de Estudos Sociais. Ano 19, nº 1/4, 1972, p. 404.

probatórios indispensáveis para a formação da convicção do órgão decisor da existência ou não de responsabilidade criminal.

É precisamente nestas situações que as buscas domiciliárias ganham relevo, pois a sua realização pressupõe a ingerência no domicílio de um cidadão e, por isso, é um meio de obtenção da prova que ofende amplamente este direito.

Quanto à extensão do direito à inviolabilidade do domicílio, isto é, qual o conceito de domicílio que este direito visa proteger, será pormenorizadamente analisado no ponto 5 do Capítulo seguinte.

3. A admissibilidade da restrição dos direitos em análise

Identificados e examinados os direitos afetados pela realização de uma busca domiciliária, importa agora analisarmos a admissibilidade das suas restrições quando em causa estão interesses públicos.

Na verdade, estes interesses podem, efetivamente, ofender determinados direitos fundamentais dos cidadãos, tais como, os analisados anteriormente. No entanto, por não serem direitos absolutos, a Lei Constitucional prevê explicitamente a faculdade da sua restrição⁷⁵, estabelecendo no artigo 18º da CRP “o princípio da tipicidade das restrições legais aos direitos, liberdades e garantias, com a correlativa proibição de se acrescentar outras restrições”⁷⁶.

Todavia, a Constituição estabelece no artigo 18º, nº 2 uma autorização expressa à sua restrição, colocando nas mãos do legislador ordinário a possibilidade de, em determinadas situações, restringir estes direitos, proporcionando, desta forma, uma “segurança jurídica” aos cidadãos, pois, só nestes casos expressamente identificados pelo legislador poderá haver compressão dos direitos fundamentais⁷⁷.

Sobre este assunto, GOMES CANOTILHO e VITAL MORERIA referem que em todos os casos “há um limite absoluto para a restrição de direitos, liberdades e garantias, que consiste no respeito do conteúdo essencial dos respetivos preceitos”⁷⁸.

⁷⁵ Cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 317.

⁷⁶ Cf. VAZ, Manuel Afonso, *apud* ALEXANDRINO, José Melo – *op. cit.*, p. 130.

⁷⁷ Cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 363; também, CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, p. 59; ainda, MENDES, Paulo de Sousa – **Lições de Direito** (...), *op. cit.*, p. 179.

⁷⁸ *Vide* CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 393.

No entendimento dos autores, a compressão dos direitos fundamentais obedece a determinados pressupostos que se devem verificar cumulativamente, a saber: (1) estar expressamente admitida pela Constituição, isto é, é obrigatório a existência de previsão constitucional expressa da respetiva restrição; (2) ser necessária para salvaguardar outros interesses ou direitos constitucionalmente protegidos (nº 2, *in fine*); e (3) não pode atingir o conteúdo essencial do respetivo preceito, aniquilando o direito em causa⁷⁹.

Este último pressuposto consiste naquilo que genericamente se designa por princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso e subdivide-se ainda em três subprincípios, a saber: (1) o princípio da proporcionalidade em sentido restrito; (2) o princípio da necessidade (ou da exigibilidade); e (3) o princípio da adequação (ou da idoneidade).

Do primeiro princípio resulta que a restrição de um direito fundamental deve ser proporcional ao fim que se pretende atingir. Como explicam os ilustres Professores GOMES CANOTILHO e VITAL MORERIA, a restrição e o fim que se necessita atingir devem situar-se numa “justa medida”, ou seja, a restrição deve ser ponderada e equilibrada, mas nunca excessiva⁸⁰.

Por força do segundo princípio enunciado, admite-se a restrição de direitos fundamentais desde que se revele necessária à prossecução dos fins visados, isto é, desde que não haja outro meio menos oneroso para os direitos fundamentais.

Relativamente ao terceiro princípio, exige-se que as medidas adotadas sejam adequadas ou apropriadas à prossecução dos fins visados pela lei, nomeadamente, a proteção de outros direitos ou bens tipificados na Constituição⁸¹.

No que concerne aos direitos em análise, a Lei Fundamental autoriza que o legislador interfira restritivamente no direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, mas no nº 2 do artigo 26º, obriga-o a estabelecer garantias efetivas contra a obtenção e utilização (abusivas ou contrárias à dignidade humana) de informações relativas às pessoas e famílias.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 388, 391 e 392.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 392.

⁸¹ *Ibidem*, p. 392 e 393; também, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 373 a 378; ainda, ALEXANDRINO, José Melo – *op. cit.*, p. 134 a 138; e Ac. do TRL de 08/01/2010. In CJ. Ano 35, Tomo I, p. 138.

Quanto ao direito à inviolabilidade do domicílio, é o próprio artigo 34º da CRP que garante a sua proteção (nº 1) e, ao mesmo tempo, permite que o legislador determine em que circunstâncias haverá violação do domicílio (nºs. 2 e 3).

O artigo 32º, nº 8 da CRP, sob a epígrafe «garantias de processo criminal», estabelece que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Interpretando este preceito *a contrario sensu*, depreende-se que a intromissões na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações são admissíveis quando não abusivas. Neste sentido, o preceito em análise estabelece uma interdição relativa no caso do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e do direito à inviolabilidade do domicílio⁸².

Assim, não é abusiva a intromissão quando devidamente ordenada ou autorizada pela autoridade judiciária (quando proporcional, necessária e não aniquiladora dos próprios direitos) e nos restantes casos expressamente previstos na lei⁸³.

No que respeita às buscas domiciliárias, o legislador ordinário, valendo-se da autorização expressa conferida pela Constituição, estabeleceu no artigo 177º do CPP determinados pressupostos de admissibilidade para que este meio de obtenção da prova possa ser utilizado no processo penal como um meio legítimo. Admitiu, igualmente, a restrição destes direitos quando a diligência seja autorizada pela autoridade judicial, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa em situações de terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada e, em situações de flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos.

Note-se que, quando a busca é consentida pelo visado já não estamos perante uma restrição, mas de uma renúncia dos direitos em causa. Nestas situações verifica-se um “enfraquecimento voluntário de uma posição jurídica individual protegida por uma norma de direito fundamental”. Por outras palavras, esta renúncia de direitos corresponde “à

⁸² Cf. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 524; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 624.

⁸³ Cf. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 524; também, CABRAL, José António Henriques dos Santos – Comentário ao artigo 126º. In GASPAR, António Henriques [et. al.], coord. – **Código de Processo Penal Anotado**. Edições Almedina, 2014 p. 442; ainda, MENDES, Paulo de Sousa – **Lições de Direito (...)**, *op. cit.*, p.180.

afetação de uma posição de direito fundamental, traduzida na redução dos efeitos de proteção desse direito, por força da vontade do respetivo titular”⁸⁴.

Concluído este capítulo, passaremos agora ao estudo do regime das buscas domiciliárias onde conceberemos, num primeiro momento, uma análise à admissibilidade deste meio de obtenção da prova no processo penal para, posteriormente, conseguirmos responder a determinadas questões em torno do consentimento do visado que são, hoje em dia, bastante discutidas pela doutrina e jurisprudência portuguesa e internacional.

⁸⁴ Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a Direitos Fundamentais. In **Perspetivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**. Coimbra Editora, 1996, p. 267 e segs.; também, ALEXANDRINO, José Melo – *op. cit.*, p. 146 a 151; ainda, MENDES, Paulo de Sousa – As Proibições de Prova no Processo Penal. In **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 148.

CAPÍTULO III – O REGIME JURÍDICO DAS BUSCAS DOMICILIÁRIAS

1. A busca domiciliária como meio de obtenção da prova

O legislador ordinário adotou no Título III do Livro III do Código de Processo Penal os denominados meios de obtenção da prova em processo penal. Note-se que, tais “mecanismos e procedimentos”⁸⁵, bem como os meios de prova previstos no Título II do mesmo Livro, encontram-se submetidos ao princípio da não taxatividade⁸⁶.

Esta ideia resulta da interpretação artigo 125º do CPP que refere serem “admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”. Ora, tal significa que se admite a utilização de todas as outras que não se encontrem no círculo afetado pela restrição⁸⁷. Logo, são admitidos em processo penal não só os meios de obtenção da prova previstos e tipificados na lei, como, também, aqueles que não estão tipificados, (meios de obtenção da prova atípicos) desde que não proibidos por lei⁸⁸.

O legislador estabeleceu ainda, no artigo 126º do CPP, determinados limites à obtenção de meios de prova com o intuito de fazer cumprir o mandado de proteção e respeito pelos direitos constitucionalmente protegidos. Deste modo, prescreveu que são inadmissíveis determinadas provas obtidas através de métodos proibidos⁸⁹, isto é, “provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”, mesmo com o consentimento do titular do direito em causa (nº 1 e 2) e, ainda, aquelas que forem “obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular” (nº 3).

Desta disposição legal resulta, que os meios de prova não devem ser obtidos mediante mecanismos e procedimentos (meios de obtenção da prova) violadores de direitos

⁸⁵ Expressão utilizada por JOSÉ BRAZ – **Investigação Criminal: A Organização, o Método, e a Prova. Os Desafios da Nova Criminalidade**. 2ª Ed. Almedina, 2010, p. 151.

⁸⁶ Neste sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – **Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4º Ed., Universidade Católica Editora, 2011, p. 332; ainda, no entendimento de TERESA PIZARRO BELEZA não existe um catálogo fechado de meios de prova. A regra é a da atipicidade. *Vide* BELEZA, Teresa Pizarro – **Apontamentos de Direito Processual Penal**. Vol. II. Coimbra: AAFDL, 1993, p. 148.

⁸⁷ Cf. GASPAR, António Henriques [et. al.] – **Código de Processo Penal Anotado**. Edições Almedina, 2014, p. 427.

⁸⁸ SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Vol. II. 5ª Ed. Editora Verbo, 2011, p. 276.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 116.

fundamentais, salvo nos casos previstos pela própria Constituição⁹⁰, ou seja, casos em que a Lei Fundamental preveja expressamente a restrição de determinados direitos para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Todavia, neste capítulo analisaremos exclusivamente o regime das buscas domiciliárias e deixaremos a questão das proibições de prova para o capítulo seguinte.

1.1. Brevíssima distinção entre meios de prova e meios de obtenção da prova

Após esta breve introdução é pertinente fazermos uma distinção entre os meios de prova e os meios de obtenção da prova e explicar qual o seu propósito no processo penal.

Quanto aos meios de prova, GERMANO MARQUES DA SILVA caracteriza-os “pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios”⁹¹.

Também o TRG descreve os meios de prova como elementos probatórios utilizados para formar a convicção da entidade decisora sobre a existência ou não de responsabilidade criminal⁹².

Ainda a este respeito, SIMAS SANTOS caracteriza-os como “veículos ou caminhos através dos quais se desenvolve a atividade probatória destinada à demonstração dos factos relevantes atinentes ao crime que se quer investigar”⁹³.

Relativamente aos meios de obtenção da prova, GERMANO MARQUES DA SILVA descreve-os como “instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal para investigar e recolher meios de prova”⁹⁴. São meios que operam na aquisição de elementos probatórios para o processo através da descoberta de indícios da prática de crimes⁹⁵.

⁹⁰ Cf. MENDES, Paulo de Sousa – **Lições de (...)**, *op. cit.*, p. 179.

⁹¹ Vide SILVA, Germano Marques da – **Curso de (...)**, *op. cit.*, p. 280.

⁹² Vide Ac. do TRG de 29/03/2004, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

⁹³ Vide SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, João Simas – **Noções de Processo Penal**. 2ª Ed. Rei dos Livros, 2011, p. 198; Sobre esta definição, ver também RUÇO, Alberto Augusto Vicente – **Prova e Formação da Convicção do Juiz**. Editora Almedina, 2016 p. 211.

⁹⁴ Vide SILVA, Germano Marques da – **Curso de (...)**, *op. cit.*, p. 280; Ver também a definição de CUNHA, J. Manuel Damião da – Dos Meios de Obtenção da Prova Face à Autonomia Técnica e Tática dos Órgãos de Polícia Criminal. In VALENTE, Manuel Guedes, coord. – **II Congresso de Processo Penal**. Almedina, 2006, p. 68.

⁹⁵ Vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – *op. cit.*, p. 331.

Para JOSÉ BRAZ, os meios de obtenção da prova são instrumentos indispensáveis à investigação criminal e, define-os como mecanismos e procedimentos utilizados na recolha de elementos probatórios⁹⁶ que, por regra, ocorrem nas fases preliminares⁹⁷. Porém, nada impede que nas fases processuais não se possa recolher meios de prova⁹⁸.

1.2. A determinação do conceito de busca

Como já mencionamos, o nosso ordenamento jurídico consagra na lei processual penal e em legislação avulsa um catalogo aberto de meios de obtenção da prova⁹⁹, constituído, p. ex., por exames (artigo 171º), revistas e buscas (artigo 147º), apreensões (artigo 178º), escutas telefónicas (artigo 187º) e ações encobertas (Lei nº 101/2001 de 25 de Agosto) que, por sua vez, se encontram subordinados a um “regime de reserva e controlo jurisdicional”¹⁰⁰.

Neste sentido, para uma legítima utilização destes instrumentos é necessário, por regra, a verificação um despacho judicial que autorize tais diligências¹⁰¹.

Face ao exposto, é incontestável que as buscas são um verdadeiro meio de obtenção da prova utilizado num processo criminal, ordenadas ou autorizadas pela autoridade judiciária competente ou, efetuadas pelos OPC quando a lei o permite¹⁰². É um meio de obtenção destinado à descoberta e recolha de meios de prova, nomeadamente, prova material ou real¹⁰³, indispensáveis para a formação da convicção do órgão decisor da existência ou não de responsabilidade criminal¹⁰⁴.

As buscas, em sentido prático e enquanto “modos de reunir indícios”¹⁰⁵, são efetuadas em locais reservados ou não livremente acessível ao público sempre que houver

⁹⁶ Vide BRAZ, José – *op. cit.*, p. 151.

⁹⁷ Cf. SILVA, Germano Marques da – **Curso de (...)**, *op. cit.*, p. 280.

⁹⁸ Cf. BRAZ, José – *op. cit.*, p. 151; também, SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, João Simas – *op. cit.*, p. 225.

⁹⁹ Cf. BELEZA, Teresa Pizarro – *op. cit.*, p. 148.

¹⁰⁰ Cf. BRAZ, José – *op. cit.*, p. 152; ainda, CUNHA, J. Manuel Damião da – *op. cit.*, p. 64 e 65.

¹⁰¹ Cf. CUNHA, J. Manuel Damião da – *op. cit.*, p. 74.

¹⁰² Cf. JESUS, Francisco Marcolino de – **Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal**. Editora Almedina, 2011, p. 180.

¹⁰³ Sobre este assunto ver BRAZ, José – *op. cit.*, p. 132; também, SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, João Simas – *op. cit.*, p. 199.

¹⁰⁴ Cf. FIDALGO, Ana Rita – Autorização Judicial e Legalidade nas Buscas Domiciliárias. In BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lencastre da Costa, coord. – **Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal**. Almedina, 2013., p. 165.

¹⁰⁵ Cf. BELEZA, Teresa Pizarro – *op. cit.*, p. 149.

indícios de que em determinado local existam objetos relacionados com um crime ou, arguido/suspeito que deva ser detido¹⁰⁶. A sua finalidade circunscreve-se à apreensão de objetos relacionados com um crime que possam servir como prova num processo ou, a detenção de um arguido ou de uma outra pessoa¹⁰⁷.

Numa perspetiva técnico-jurídica, as buscas apresentam como finalidade a aquisição de elementos probatórios de suporte à atividade investigatória. Porém, caracterizam-se ainda pela sua elevada capacidade de causar danos ou lesões a bens jurídicos individuais¹⁰⁸.

Por essa razão, este meio de obtenção da prova encontra-se submetido a restrições e formalismos legais de caráter imperativo¹⁰⁹.

1.3. O regime especial das buscas

O conceito de busca não compreende apenas as buscas tipificadas no artigo 174º, nº 2 do CPP, mas, também, as buscas domiciliárias legalmente admissíveis no artigo 177º do mesmo diploma. Note-se que, a abordagem a este tema carece de um especial cuidado, pois, dependendo do local onde a diligência seja efetuada, pode resultar uma das duas buscas já referidas. Como alude CARLOS ALBERTO CASIMIRO NUNES, existem determinados locais que muitas vezes servem de domicílio a determinadas pessoas, embora “ao nível da normalidade social não sejam projetados para esse propósito”¹¹⁰.

Neste sentido, estamos perante uma busca não domiciliaria quando o local submetido a uma busca é um espaço reservado ou não livremente acessíveis ao público, excluindo-se todos aqueles destinados à habitação, isto é, são todos aqueles que se encontram previstos no artigo 191º do CP, que tipifica o crime de introdução em lugar vedado ao público.

A título de exemplo, são espaços reservados ou não livremente acessíveis ao público, os pátios e os jardins murados ou delimitados por uma vedação, espaços fechados (garagens ou arrumações afetados a uma habitação, mas fisicamente separados dela ou afetados por

¹⁰⁶ Cf. Artigo 174º, nº 2 do CPP.

¹⁰⁷ Cf. JESUS, Francisco Marcolino de – *op. cit.*, p. 180; também, BRAZ, José – *op. cit.*, p. 157.

¹⁰⁸ Cf. *Supra*, capítulo II.

¹⁰⁹ Cf. BRAVO, Teresa Maria da Silva – *Revistas e Buscas: O Processo Penal na Era da Globalização*. In VALENTE, Manuel Guedes, coord. – **III Congresso de Processo Penal**. Editora Almedina, 2010, p. 146.

¹¹⁰ *Vide* NUNES, Carlos Alberto Casimiro – *Dos meios de Obtenção de Prova: o Caso das Buscas Domiciliárias e Das Interceções Telefónicas*. In Politeia, Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Ano 6/7, 2009/2010, p. 232.

várias habitações, sob pena de cair no âmbito do conceito de habitação), espaços privados (estabelecimentos comerciais, ateliers de artistas, unidades fabris), barcos e meios de transportes, desde que não sejam locais de habitação¹¹¹.

Por outro lado, estamos perante uma busca domiciliária quando a diligência é efetuada numa casa habitada ou numa sua dependência fechada¹¹² ou, em outro local que enquadre o conceito normativo de domicílio. Beneficiam também deste regime, as buscas em escritórios de advogados, em consultórios médicos e em estabelecimentos oficiais de saúde¹¹³. Todavia, por extravasar o objeto de estudo deste trabalho, não serão aqui debatidas.

Relativamente ao conceito domicílio, será abordado pormenorizadamente no ponto 5 onde o delimitaremos para posteriormente, determinarmos o campo de aplicabilidade deste meio de obtenção da prova.

Posto isto, centraremos de seguida a nossa análise no regime jurídico das buscas domiciliárias.

2. Pressupostos de admissibilidade das buscas domiciliárias

Referimos anteriormente, que a busca consubstancia um meio de obtenção da prova que, por força da sua utilização, contende com direitos liberdades e garantias fundamentais. Este confronto advém, essencialmente, da recolha de elementos probatórios que geralmente implica um “sacrifício” de determinados direitos individuais dos cidadãos¹¹⁴.

Estamos a falar de uma diligência que afeta determinadas garantias constitucionais, na medida em que, a sua utilização gera uma intromissão em locais privados e, por isso, suscetível de colidir com o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e com o direito à inviolabilidade do domicílio¹¹⁵.

De forma a acautelar tais situações, a lei exige que estas diligências sejam efetuadas em conformidade com o disposto nos artigos 26º, nº 1 e 34º, ambos da Constituição¹¹⁶.

¹¹¹ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa – Comentário ao artigo 191º. In DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. – **Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial**. Tomo I. Coimbra Editora, 1999, p. 715 a 718; também, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – *op. cit.*, p. 751 e 752.

¹¹² Cf. Artigo 177º do CPP.

¹¹³ Cf. Artigo 177º, nº 5 e 6 do CPP.

¹¹⁴ Cf. BRAZ, José – *op. cit.*, p. 151.

¹¹⁵ Cf. FIDALGO, Ana Rita – *op. cit.*, p.166.

¹¹⁶ Cf. GASPAR, António Henriques [et. al.] – *op. cit.*, p. 747.

O legislador ordinário prescreveu ainda na lei processual penal um regime especial de admissibilidade das buscas domiciliárias sem que, para tal, a sua utilização resulte numa intromissão abusiva no domicílio de alguém. Neste sentido, a sua utilização deverá de obedecer a um juízo de proporcionalidade, isto é, quando estritamente necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos¹¹⁷.

Como já foi mencionado, as buscas não domiciliárias estão sujeitas a um regime geral e são efetuadas em locais reservados ou não livremente acessível ao público (automóveis, oficinas, garagens, jardins, desde que não sirvam de domicílio)¹¹⁸. Por outro lado, podemos dizer que as buscas domiciliárias estão sujeitas a um regime especial¹¹⁹ e são efetuadas em casa habitada ou numa sua dependência fechada.

Assim, encontramos tipificado no artigo 174º do CPP o regime geral de admissibilidade das buscas e, no artigo 177º do mesmo diploma o regime especial, isto é, quando a busca é realizada no domicílio das pessoas, em escritórios de advogados, em consultórios médicos ou em estabelecimentos oficiais de saúde.

A este respeito, salvo opinião mais avalizada, entendemos que o regime de admissibilidade das buscas domiciliárias se deve não só articular com as normas constitucionais, em particular, com o normativo do artigo 34º, mas, também, com as normas referentes às revistas e buscas previstas nos artigos 174º, 175º e 176º do CPP¹²⁰.

Logo, sempre que a autoridade judiciária pretenda fazer uso deste meio de obtenção da prova, é necessário que haja indícios de que determinados objetos relacionados com um crime ou que arguido ou outra pessoa que deva ser detida se encontre numa casa habitada ou numa sua dependência fechada. Note-se que não basta a mera suspeita. Exige-se que haja indícios, sinais ou marcas¹²¹.

Posto isto, é pertinente referirmos que as buscas domiciliárias são, por regra, ordenadas ou autorizadas pela autoridade judicial, através de despacho judicial de autorização e, sempre que possível, presididas por ela¹²².

¹¹⁷ Cf. Supra, capítulo II, ponto 3.

¹¹⁸ Cf. Supra, capítulo III, ponto 1.3.

¹¹⁹ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *op. cit.*, p. 495.

¹²⁰ Com este entendimento, NUNES, Carlos Alberto Casimiro – *op. cit.*, p. 229.

¹²¹ Cf. JESUS, Francisco Marcolino de – *op. cit.*, p. 193; Sobre a origem deste conceito ver SILVEIRA, Jorge Noronha e – O Conceito de Indícios Suficientes no Processo Penal Português. In **Jornadas de Direito Processual Penal e Direito Fundamentais**. Almedina, 2004, p. 160.

¹²² Cf. FERREIRA, Manuel Marques – Meios de Prova. In **Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 166 e 167.

Quanto ao prazo de validade deste despacho, apesar de nada ser dito no artigo 177º do CPP, entende ANA RITA FIDALGO que será o estipulado no artigo 174º, nº 4 do CPP, ou seja, prazo de validade máxima de 30 dias¹²³.

Deste modo, a lei exige a preexistência de um despacho judicial que autorize a realização da busca domiciliária, sempre que a diligência ocorra entre as 7 e as 21 horas em relação a qualquer crime¹²⁴ ou, entre as 21 e as 7 horas em caso de terrorismo, criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada¹²⁵, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoal.

As buscas domiciliárias podem ainda, a título excepcional, ser ordenadas pelo MP ou efetuadas por OPC¹²⁶, entre as 7 e as 21 horas nas seguintes situações: (1) nos casos de terrorismo, criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha gravemente em risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa¹²⁷; (2) quando haja consentimento documentado do visado; ou (3) nos casos de flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão¹²⁸.

Podem ainda ser ordenadas pelo MP ou efetuadas por OPC, entre as 21 e as 7 horas nas seguintes situações: (1) quando haja consentimento do visado, documentado por qualquer forma; ou (2) nos casos de flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos¹²⁹.

Se a busca domiciliária for efetuada por OPC durante as 7 e as 21 horas, sem consentimento do visado e fora de flagrante delito é, sob pena de nulidade, imediatamente

¹²³ Vide FIDALGO, Ana Rita – *op. cit.*, p. 170 e 171; também, RIBEIRO, Vinício – **Código de Processo Penal: Notas e Comentários**. 2ª Ed. Coimbra Editora, 2011, p. 468; ainda, NUNES, Carlos Alberto Casimiro – *op. cit.*, p. 229.

¹²⁴ Cf. Artigo 177º, nº 1 do CPP.

¹²⁵ Sobre estes conceitos, ver artigo 1º, alíneas i), l), e m) do CPP.

¹²⁶ Estabelece-se aqui um regime excepcional que se desvia do regime regra previsto no nº 1 do artigo 177º do CPP. No entendimento de MANUEL MAIA GONÇALVES admite-se, “em nome de uma certa proporção racional de eficácia, do princípio «*volenti non fit injuria*», ou das particulares premências dos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada” que os OPC possam efetuar buscas sem prévia autorização judicial. Vide GONÇALVES, Manuel Maia – **Código de Processo Penal Anotado**. 7ª Ed. Revista e Atualizada. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 316.

¹²⁷ Vide. Ac. do TC, nº 7/87, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt. Nesta particular situação, referiu que é conforme a Lei Fundamental a busca efetuada sem prévia autorização do juiz por entender que o direito à inviolabilidade do domicílio previsto no artigo 34º da CRP se deve harmonizar com o direito à vida e com o direito à integridade pessoal.

¹²⁸ Cf. Artigo 177º, nº 3, al. a) do CPP.

¹²⁹ Cf. Artigo 177º, nº 3, al. b) do CPP; Vide. Ac. do TRL de 22/12/2009 que entendeu que o pressuposto previsto no artigo 174º, nº 5, a. c) é diferente do previsto neste artigo em análise. Enquanto que no primeiro caso refere-se a um crime que se está ou acabou de cometer, no segundo caso refere-se à situação subsequente a uma detenção em flagrante delito. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

comunicada ao JIC e por este apreciada em ordem à sua validação. (artigo 177º, nº 4 conjugado com o artigo 174º, nº 6).

Nestas situações, o JIC irá apurar se a diligência foi efetuada numa situação em que haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha gravemente em risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa no âmbito de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada.

Esta comunicação tem como propósito o controlo da legalidade da diligência, bem como garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, no caso, o direito à inviolabilidade do domicílio e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, ou seja, o mesmo será dizer que a intervenção do juiz assume uma dimensão exclusivamente garantística e não de valoração de provas¹³⁰.

Quanto ao seu momento, deve ser feita logo que termine a diligência, mas, no caso de terminar fora das horas de expediente do tribunal, a comunicação deve realizar-se logo após a reabertura do mesmo¹³¹. Por outro lado, entende JOSÉ SANTOS CABRAL que, após a realização de uma busca domiciliária sem prévia autorização do juiz, terá de haver um controlo judicial *a posteriori* de natureza oficiosa e, por isso, devem os OPC comunicar ao JIC no prazo de 48 horas a diligência efetuada¹³².

Em sentido convergente, entendeu o TC que “o prazo de 48 horas não se afigura excessivo, desde logo por comparação com o prazo de apresentação de arguidos detidos sem ordem judicial, em que está em causa a violação de um bem – a liberdade das pessoas – seguramente não inferior ao da inviolabilidade do domicílio”¹³³.

Ainda, no que concerne à comunicação, declarou o TRL que, tratando-se de uma busca domiciliária (diurna ou noturna) efetuada pelos OPC com o consentimento do visado ou, diante de flagrante delito, não tem de ser comunicada ao juiz nem por ele apreciada¹³⁴, mas, deve ser imediatamente comunicada ao MP e por ele apreciada¹³⁵.

¹³⁰ Cf. Ac. do TC nº 114/95, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

¹³¹ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *op. cit.*, p. 488.

¹³² Vide CABRAL, José António Henriques dos Santos – *op. cit.*, p. 738.

¹³³ Vide Ac. do TC nº 278/2007, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt; Com opinião diversa, julga TERESA BRAVO que não se deve ultrapassar o limite das 24 horas. Vide BRAVO, Teresa Maria – *op. cit.*, p. 145.

¹³⁴ Vide Ac. do TRL de 13/07/2005, disponível em: <http://www.dgsi.pt>; também, RIBEIRO, Vinício – *op. cit.*, p. 472 e 473; ainda, GASPAREL, António Henriques [et. al.] – *op. cit.*, p. 747.

¹³⁵ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *op. cit.*, p. 498.

Quanto à validação e controlo da diligência, entende PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que esta pode ser tácita ou implícita, isto é, é suficiente que o juiz, por exemplo, valide as detenções dos arguidos e aprecie os indícios existentes nos autos em ordem à fixação de uma medida de coação, sem expressamente ou inequivocamente declarar que valida a busca realizada¹³⁶.

Por outro lado, e contrariamente ao que defende o autor, ANABELA MIRANDA RODRIGUES considera que seria mais prudente a verificação de uma declaração judicial expressa sobre a validação da diligência¹³⁷.

Como já referimos, esta comunicação opera apenas quando os OPC realizam uma busca domiciliária durante o dia, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha gravemente em risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa, excluindo-se a necessidade de comunicação quando haja consentimento do visado ou mediante situações de flagrante delito.

Caso a busca domiciliária seja efetuada pelos OPC durante o período noturno e fora dos casos expressamente previstos na lei (artigo 177º, nº 3, al. b)), a prova obtida através da sua utilização está fulminada de nulidade, não podendo ser utilizada no processo e, conseqüentemente, aí valorada (artigo 125º e 126, nº 3)¹³⁸.

Trata-se de um meio de obtenção da prova proibido por não se encontrarem preenchidos os pressupostos e requisitos de admissibilidade¹³⁹ e, conseqüentemente, por colidirem com direitos individuais constitucionalmente protegidos. Todavia, esta questão será devidamente desenvolvida no capítulo seguinte.

3. Formalidades

O legislador consagrou no artigo 176º do CPP, um rol de formalidades com o propósito de assegurar que o disponente do local tenha acesso à informação que motivou a

¹³⁶ *Ibidem*, p. 499.

¹³⁷ *Vide* RODRIGUES, Anabela Miranda – A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e a Reserva do Juiz nas Fases Anteriores ao Julgamento ou a Matriz Basicamente Acusatória no Processo Penal. In **25 Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa**. Coimbra Editora, 2009, p. 64.

¹³⁸ Cf. FERREIRA, Manuel Marques – *op. cit.*, p. 265.

¹³⁹ Cf. SILVA, Germano Marques da – **Curso de (...)**, *op. cit.*, p. 288.

busca. Para o efeito, é disponente do local, a “pessoa que ocupa o lugar e o utiliza para um fim que a autoridade suspeita ser ilícito”¹⁴⁰.

Refira-se que, nem sempre a pessoa que tem a disponibilidade do lugar, é aquela sobre quem recai a suspeita de esconder objetos relacionados com um crime ou que deva ser detida. Nestas situações, entende MANUEL GUEDES VALENTE que a cópia do despacho deve ser entregue ao disponente do local e ao visado pela diligência¹⁴¹.

A informação que motivou a busca é transmitida através da entrega de cópia do despacho que a determinou¹⁴². Caso não seja possível entregar a cópia ao disponente do local é, sempre que possível, entregue a um parente, a um vizinho, ao porteiro ou a alguém que o substitua¹⁴³.

Esta formalidade não se aplica aos casos previstos no artigo 174º, nº 5, bem como os previstos no artigo 177º, nº 3, pois, em ambas as situações os OPC podem efetuar a busca sem ordem ou autorização da autoridade judiciária. Todavia, será imediatamente comunicado ao JIC e por este apreciada em ordem à sua validação à exceção dos casos em que haja consentimento do visado e nos casos de flagrante delito.

No despacho é, também, feita menção de que a pessoa pode assistir e acompanhar os OPC na efetivação da diligência, ou fazer-se substituir por outra pessoa da sua confiança, mas se a busca domiciliária for devidamente autorizada pelo juiz, não é exigido nem a presença nem o consentimento do visado¹⁴⁴.

O despacho judicial de autorização deve ainda conter os motivos que desencadearam a realização da busca domiciliária, isto é, mencionar a existência de indícios de que determinados objetos relacionados com um crime, ou que arguido ou outra pessoa que deva ser detida, se encontre num local reservado ou não livremente acessível ao público¹⁴⁵ que, neste caso, seria uma casa habitada ou uma sua dependência fechada. Deve conter ainda a identificação exata do local submetido a busca e, se for conhecida, a identidade civil do visado, exclui-se a identificação da pessoa que tem a disponibilidade do local se não for o visado¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Neste sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *op. cit.*, p. 493.

¹⁴¹ *Vide* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Revistas e Buscas**. Editora Almedina, 2005, p. 64.

¹⁴² Claramente, apenas nos casos em que haja autorização prévia para a sua realização.

¹⁴³ Cf. Artigo 176º, nº 2 do CPP.

¹⁴⁴ Cf. Ac. do TC nº 16/97, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁴⁵ Cf. FIDALGO, Ana Rita – *op. cit.*, p. 168.

¹⁴⁶ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *op. cit.*, p. 493.

Segundo MANUEL MARQUES FERREIRA, não nos podemos esquecer, igualmente, das formalidades das revistas (artigo 175º, nº 2), pois, deverão ser aplicadas analogicamente às buscas. Assim, estas diligências devem respeitar a dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor do visado¹⁴⁷.

Durante a busca, a autoridade judiciária ou os OPC, podem ainda proceder à revista de pessoas que se encontrem no local da diligência, se houver indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objetos relacionados com um crime, ou que possam servir de prova (artigo 176º, nº 3 do CPP). Pode ainda, determinar alguém a permanecer no local do exame e obrigar, com o auxílio de força pública, se necessário, as que pretendam afastar-se a que nele se conservem enquanto o exame não terminar e a sua presença for indispensável¹⁴⁸.

No que concerne à consequência da omissão de alguma das formalidades anteriormente identificadas será debatida no capítulo seguinte.

4. As buscas domiciliárias realizadas em período noturno

A inviolabilidade do domicílio durante a noite era absoluta. Ninguém podia penetrar no domicílio de alguém durante o período noturno sem o seu consentimento ou, de quem usufruísse o espaço domiciliar ou, ainda, em situações de estado de necessidade.

Todavia, com a LC nº 1/2001 (quinta revisão constitucional) introduziram-se importantes restrições a este direito.

Atualmente, a Lei Fundamental prevê no seu artigo 34º, nº 3 que ninguém pode entrar no domicílio de alguém, sem o seu consentimento, durante o período noturno, mas, a título excecional, admite que, em situações de flagrante delito ou mediante autorização judicial nos casos terrorismo, criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada¹⁴⁹, essa devassa seja possível.

Fora estes casos, admite-se, igualmente, a entrada no domicílio, ainda que durante a noite, em circunstâncias excecionais, nomeadamente, em situações de estado de necessidade, como, p. ex., em caso de inundações e incêndios¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Vide FERREIRA, Manuel Marques – *op. cit.*, p. 265.

¹⁴⁸ Cf. Artigo 173º do CPP.

¹⁴⁹ Sobre estes conceitos, ver artigo 1º als. i), l) e m) do CPP.

¹⁵⁰ Cf. CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 543.

O CPP prescreve no seu artigo 177º, nº 1 que as buscas domiciliárias podem ser realizadas entre as 7 e as 21 horas, isto é, durante o período diurno. Porém, já se defendeu que esta limitação de horário imposta pela lei processual penal ofendia a Constituição.

Assim, “sendo noite, em Portugal, entre as 17 e as 21 horas, durante parte do ano”¹⁵¹, entendia-se que o horário estabelecido pelo CPP ofendia o conceito “noite” previsto na Constituição.

Atualmente, a doutrina majoritária¹⁵² entende que o conceito “noite” identificado na Constituição não se define através de razões de ordem naturalística ou meteorológica, antes sendo necessário determinar o seu sentido normativo.

Levando tal facto em consideração, o legislador ordinário estabeleceu na lei processual penal o intervalo entre as 21 e as 7 horas que equivalerá ao “período de descanso” ou de “recolhimento” para a generalidade das pessoas, não sendo necessário que este intervalo coincida com a totalidade do período de ausência da luz solar¹⁵³.

Para ANA LUÍSA PINTO existe uma incongruência entre o artigo 34º, nº 3 da Constituição e o regime do artigo 177º do CPP. A lei processual penal não permite que a busca domiciliária seja efetuada durante o dia em situações de flagrante delito (sem prévia autorização judicial), mas com a introdução da LC nº 1/2001, a Constituição passou autorizar que a mesma se realize durante a noite.

Como refere a autora, é mais gravosa a entrada no domicílio de alguém durante a noite do que durante o dia, logo, não faz sentido que a busca domiciliária durante o dia só possa ter lugar com prévia autorização judicial e durante a noite possa ser efetuada sem prévia autorização judicial, em situações de flagrante delito¹⁵⁴.

Relativamente a esta situação, entende PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que da mesma forma que a Constituição admite a busca domiciliária noturna em caso de flagrante

¹⁵¹ Cf. ANDRÉ, Adélio Pereira – Processo Penal, Justiça Criminal e Garantias Fundamentais. In Cadernos da Revista do Ministério Público. Jornadas de Processo Penal. Nº 2, Lisboa, 1987, *Apud* FERREIRA, Manuel Marques – *op. cit.*, p. 266.

¹⁵² Neste sentido, MANUEL MARQUES FERREIRA – *op. cit.*, p. 266; ANA LUÍSA PINTO – Aspectos Problemáticos do Regime das Buscas Domiciliárias. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 15, nº 3, jul/set, 2005, p. 445; ANA RITA FIDALGO – *op. cit.*, p. 181; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS – *op. cit.*, p. 770.

¹⁵³ Cf. FERREIRA, Manuel Marques – *op. cit.*, p. 266; também, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 770; e, ainda, SILVA, Germano Marques da – **Curso de (...)**, *op. cit.*, p. 287.

¹⁵⁴ *Vide* PINTO, Ana Luísa – Aspectos Problemáticos (...), *op. cit.*, p. 447 e 448.

delito, por maioria de razão, a lei processual também o deverá admitir durante o dia e nos mesmos termos em que admite durante o período noturno¹⁵⁵.

Com a quinta revisão constitucional, alargou-se o campo de aplicação das buscas domiciliárias noturnas, a título excecional, às situações de flagrante delito ou mediante autorização judicial, nos casos de terrorismo, criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, mas não se admitiu que os OPC as possam realizar sem prévia autorização judicial¹⁵⁶.

Neste sentido, é pertinente colocarmos a seguinte questão: será prudente a Lei Fundamental e a lei processual penal limitarem as buscas domiciliárias noturnas, ordenadas pelo MP ou efetuadas pelos OPC, aos casos previstos no artigo 177º, nº 3, al. b), isto é, às situações de flagrante delito ou quando haja consentimento do visado? Não estará o legislador a proteger excessivamente a inviolabilidade do domicílio esquecendo-se de que, em causa, poderão estar em risco bens jurídicos também protegidos pela Constituição, como a vida ou a integridade física?

Sobre este assunto, ensina MANUEL MAIA GONÇALVES que a restrição absoluta do direito à inviolabilidade do domicílio durante o período noturno poderia levar ao “sacrifício de muitas vidas humana ou de outros bens jurídicos de elevada valoração e também protegidos pela Lei fundamental”¹⁵⁷. Segundo o autor e, em consonância com o pensamento legislativo fixado pela Constituição, é necessário “optar pelo mal menor”, isto é, optar pelo não sacrifício do direito à vida e integridade física, em detrimento do direito à inviolabilidade do domicílio¹⁵⁸.

Na mesma linha de pensamento, MANUEL MARQUES FERREIRA entende ser admissível a realização de buscas domiciliárias noturnas sem o consentimento do visado quando em caso está a defesa do direito à vida e à integridade pessoal¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Vide ALBUQUERQUE – *op. cit.*, p. 498;

¹⁵⁶ Cf. Artigo 177º, nº 3, al. b) do CPP.

¹⁵⁷ Vide GONÇALVES, Manuel Maia – Meios de Prova (...), *op. cit.*, p. 215.

¹⁵⁸ *Idem.* Para uma melhor compreensão, MANUEL MAIA GONÇALVES expõem o seguinte exemplo: se for necessário entrar em casa habitada por alguém durante a noite e sem o seu consentimento para despoletar um engenho explosivo com que se prepara para destruir uma povoação e sacrificar vidas humanas, essa prática, face ao exposto, será constitucionalmente admissível e legal, porque desse modo se sacrifica um bem jurídico (inviolabilidade do domicílio) protegido pela Constituição da República mas que perante este diploma fundamental tem menos valoração do que o outro (vida humana) que seria sacrificado se o primeiro não o fosse.

¹⁵⁹ Vide FERREIRA, Manuel Marques – *op. cit.*, p. 266.

É verdade que o domicílio não pode ser um “asilo de criminalidade”¹⁶⁰ e, neste sentido, é perceptível a preocupação dos autores quando mencionam que, em determinadas situações, podem estar em causa direitos fundamentais de elevado valor constitucional como a integridade física e a vida.

Todavia, é igualmente verdade que, se a lei constitucional e a lei processual penal permitissem que os OPC realizassem buscas domiciliárias durante a noite sem prévia autorização judicial e sem o devido consentimento do visado, o direito à inviolabilidade do domicílio ficaria totalmente vulnerável às ações levadas a cabo pelas instituições públicas de perseguição penal do Estado, pois, estaríamos a permitir que os OPC realizassem buscas domiciliárias durante a noite sempre que houvesse fundados indícios da prática iminente de um crime.

Por outro lado, é importante termos em atenção de que estamos a falar de crimes que podem colocar em grave risco a integridade física e a vida de qualquer pessoa, tais como, o crime de terrorismo, os crimes que integram o conceito de criminalidade especialmente violenta (v.g. homicídio, ofensa à integridade física grave e qualificada, coação sexual, violação, abuso sexual de crianças, ou seja, crimes puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 8 anos) e crimes que integram o conceito de criminalidade altamente organizada (art. 1º, als. l) e m) respetivamente do CPP.

5. Conceito de domicílio à luz do artigo 34º da Constituição

A inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental e encontra-se tutelado pela CRP no seu artigo 34º. Todavia, a Constituição não determina, de forma rigorosa, qual o seu objeto, isto é, não delimita detalhadamente o campo da sua aplicação.

Deste modo, a identificação do sentido normativo desta figura, à luz do artigo 34º da Constituição, não constitui tarefa fácil e, por isso, pretendemos neste ponto atender à sua identificação.

A noção de domicílio surge no direito romano e correspondia ao “local onde determinada pessoa era reportada a encontrar-se, quer por habitar concretamente nesse local, quer por ter o *animus* de fazer desse local a sua casa”¹⁶¹.

¹⁶⁰ Expressão utilizada por FIDALGO, Ana Rita – *op. cit.*, p. 182.

¹⁶¹ Neste sentido, PEREIRA, Clara Martins [et. al.] – **Comentário ao Código Civil**. Parte Geral. Universidade Católica Editora, 2014, p. 205.

Atualmente, a importância da identificação do sentido normativo de domicílio plasmado na Constituição, bem como uma rigorosa definição do conceito de domicílio, prende-se com a constante tensão existente entre as buscas domiciliárias, o direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26º, nº 1 da CRP) e o direito à inviolabilidade do domicílio (34º da CRP).

5.1. O sentido amplo e restrito do conceito de domicílio

No entendimento de MANUEL GUEDES VALENTE, o conceito de domicílio constrói-se sob um de dois sentidos, isto é, sob um sentido lato (amplo) ou sob um sentido estrito¹⁶².

Todavia, face às dificuldades existentes na identificação do seu sentido, entendeu o TC que a inviolabilidade do domicílio “não se limita a proteger o domicílio, entendido este em sentido estrito, ou seja, no sentido civilístico de residência habitual”¹⁶³. O sentido civilístico de domicílio “é imprestável, por demasiado restritivo, atentos o sentido e a função da tutela constitucional”¹⁶⁴, excluindo do seu conceito locais, como, p. ex., o banco de um jardim ou o vão de uma escada¹⁶⁵.

Considerou este alto tribunal que a inviolabilidade do domicílio a que se refere o artigo 34º da CRP “exprime, numa área muito particular, a garantia do direito a reserva da intimidade da vida privada e familiar, genericamente afirmada no artigo 26º, nº 1, da CRP”¹⁶⁶. Por esta razão, entendeu o TC que tal garantia “tem uma dimensão mais ampla, isto é, e mais especificamente, tem por objeto a habitação humana, aquele espaço fechado e vedado a estranhos, onde, recatadamente e livremente, se desenvolve toda uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar”¹⁶⁷.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA seguem a mesma linha orientadora apresentada pelo TC, referindo que o sentido de domicílio retirado do artigo 34º da CRP não pode corresponder ao sentido civilístico¹⁶⁸.

¹⁶² Vide VALENTE, Manuel Guedes – Revistas e Buscas: Que Viagem Queremos Fazer? In VALENTE, Manuel Guedes, coord. – **I Congresso de Processo Penal**. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 301.

¹⁶³ Vide Ac. do TC nº 452/89, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁶⁴ Neste sentido, Ac. do TC nº 593/2008, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁶⁵ Cf. VALENTE, Manuel Guedes – Revistas e Buscas, Que Viagem (...), *op. cit.*, p. 301.

¹⁶⁶ Vide Ac. do TC, nº 452/89.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ Vide CANOTILHO, Gome; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 540. O conceito civilístico de domicílio restringe-se ao domicílio voluntário geral (residência habitual, secundária e alternativa). Na inexistência de domicílio habitual a pessoa se terá por domiciliada na sua residência ocasional ou o lugar onde se encontrar. Este sentido

Para estes autores, o domicílio afigura-se como uma “projeção espacial da própria pessoa” e, naturalmente, tal garantia constitucional deve estender-se não só ao domicílio voluntário geral (artigo 82º do CC), mas, também, ao domicílio profissional¹⁶⁹ (artigo 83º do CC). No entanto, excluem a sede da pessoa coletiva, pois, a intromissão nestes locais, em princípio, não afeta a esfera da intimidade privada e familiar em que se baseia a inviolabilidade do domicílio¹⁷⁰.

Adepto da posição de MARNOCO E SOUSA, seguidor do sentido restrito do conceito de domicílio, J. MARTINS DA FONSECA entende que o sentido normativo de domicílio plasmado na Constituição se deve limitar “à casa ou parte de uma casa que um indivíduo ocupa, de facto, num dado momento, para aí viver só ou com os membros da sua família”¹⁷¹. Note-se que, o autor ao acolher o sentido estrito de domicílio, exclui do objeto da garantia constitucional em apreço o domicílio profissional e as sedes das pessoas coletivas.

Neste sentido, entende o autor que a inviolabilidade do domicílio protege a residência permanente do cidadão, mas não só, pois, “a razão da norma é a proteção da tranquilidade do cidadão no seio da sua família”¹⁷². Assim, por hipótese, o cidadão pode ter várias residências, incluindo residências ocasionais (v.g. casa de férias, quanto de hotel).

Relativamente às sedes das pessoas coletivas, PAULO MOTA PINTO entende que estas também integram o conceito de domicílio e beneficiam da garantia constitucional prevista no artigo 34º da CRP. Refere o autor, que no caso das sedes das pessoas coletivas, a inviolabilidade do domicílio não se direciona à “proteção da intimidade da vida privada ou familiar”, mas à “proteção da vida privada da pessoa coletiva”, abarcando, p. ex., o “segredo dos negócios”¹⁷³.

de domicílio estende-se também ao domicílio profissional (local onde a profissão é exercida). Sobre o sentido civilístico deste conceito ver NETO, Abílio – **Código Civil Anotado**. 18ª Edição Revista e Atualizada. Edições Almedina, 2013, p. 77 e 78; também, LIMA, Pires de; VARELA, Antunes – **Código Civil Anotado**. Vol. I. 4ª Ed. Coimbra Editora, 2010, p. 111; ainda, VALCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. 7ª Ed. Edições Almedina, 2012, p. 88 e segs.;

¹⁶⁹ Sobre os locais de trabalho, FRENANDO GONÇALVES e MANUEL JOÃO ALVES referem ser alarmante o elevado aumento de casos em que o local de trabalho é transformado em domicílio, v.g. os imigrantes que trabalham em estaleiros de construção civil, transformando-os, durante o período noturno, em verdadeiros dormitórios. Vide GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – **Crime. Medidas de Coação e Prova: O Agente Infiltrado, Encoberto e Provocador**. Almedina, 2015, p. 317 e 318.

¹⁷⁰ Vide CANOTILHO, Gome; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 540.

¹⁷¹ Vide FONSECA, J. Martins – *op. cit.* p. 60 e 61; com o mesmo entendimento, CORREIA, João Conde – **Qual o Significado (...)**, *op. cit.*, p. 51; também, SOARES, Paulo Alexandre Fernandes – **Meios de Obtenção de Prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia**. Editora Almedina, 2014, p. 232 e 233.

¹⁷² Vide FONSECA, J. Martins – *op. cit.*, p. 63.

¹⁷³ Vide PINTO, Paulo Mota – **A Proteção da (...)**, *op. cit.*, p. 185 e 186.

Para FRENANDO GONÇALVES e MANUEL JOÃO ALVES, a proteção do domicílio é também extensível às sedes das pessoas coletivas¹⁷⁴.

Entendimento contrário teve o TC ao referir que, “quando se extravasa a esfera domiciliária das pessoas *físicas*, entrando no campo de atividade das pessoas *coletivas*, afigura-se que saímos também para fora do âmbito normativo de proteção da norma constitucional, pois decai a sua razão de ser”¹⁷⁵. Acontece que, a “extensão da tutela da privacidade às pessoas coletivas não implica, pois, que ela atue nesse campo, em igual medida e com a mesma extensão com que se afirma na esfera da titularidade individual. Dessa tutela estarão excluídas, forçosamente, as dimensões nucleares da intimidade privada, que prossupõem a personalidade física. É o que acontece com a inviolabilidade do domicílio, uma manifestação particular e qualificada da tutela da intimidade da vida privada, dirigida, como vimos, à realização da personalidade individual e ao resguardo da dignidade da pessoa humana”¹⁷⁶.

Quanto aos segmentos habitacionais dos grupos e caravanas de nómadas com vocação habitacional, ainda que precárias (v.g. tendas, *roulottes*, carroções, autovivendas, automóveis), entendeu o TC que, “estacionadas ou armadas, constituem necessariamente o seu domicílio, beneficiando tais pessoas, aí verdadeiramente domiciliadas, e, por tal facto, da garantia constante do artigo 34º da Constituição”¹⁷⁷.

No mesmo sentido, referiu o TRE que o domicílio é o local onde o visado tem a sua vida e bens domésticos, onde ele desenvolve a sua vida íntima, independentemente do título jurídico com que ocupa o local. Assim a tenda de um cigano onde está a viver com a companheira e os filhos e onde tem os seu pertences domésticos e roupas é uma casa habitada para os efeitos do artigo 177º do CPP¹⁷⁸.

Estes segmentos habitacionais dos grupos e caravanas de nómadas, “mesmo sem gente lá dentro, constituem a habitação dos nómadas que os conduzem ou rebocam, e, por

¹⁷⁴ Vide GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – **Crime. Medidas de (...)**, *op. cit.*, p. 318. No mesmo sentido, FIDALGO, Ana Rita – *op. cit.*, p. 165.

¹⁷⁵ Vide Acs. do TC nº 593/08 e nº 596/08, disponíveis em: www.tribunalconstitucional.pt; Com o mesmo entendimento, GASPAR, António Henriques [et. al.] – *op. cit.*, p. 750.

¹⁷⁶ Cf. Ac. do TC nº 593/08 que decidiu não julgar inconstitucional a norma que resulta da interpretação do artigo 17º, nº 1 e 2, da Lei nº 18º/2003 de 11 de Junho, no sentido de conferir competência ao Ministério Público para autorizar buscas à sede e domicílio profissional de pessoas coletivas.

¹⁷⁷ Vide Ac. do TC nº 452/89, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁷⁸ Vide Ac. do TER de 04/07/1995. In CJ. Ano XX, Tomo 4, 1995, p. 283.

isso mesmo, não podem deixar de estar tutelados, ainda nessas circunstâncias, pelo artigo 34º da CRP¹⁷⁹.

Sobre este assunto, J. MARTINS DA FONSECA refere que não se pode deixar de recolher que o artigo 34º da CRP também garante o direito das pessoas nómadas que habitam em *roulottes*, automóveis, em simples tendas ou em carroças¹⁸⁰.

Em sentido convergente, MANUEL GUEDES VALENTE explica que se deve considerar domicílio, para efeitos de tutela constitucional, “todo o espaço delimitado fisicamente – v.g., moradia, andar, cabana, contentor, viatura, *roulotte*, túnel, vão de escada, banco de jardim delimitado com esferovite e/ou cartão”, mencionando que, como APC, solicitou o consentimento do visado para efetivar uma busca domiciliária a cidadãos, toxicodependentes, cuja residência – domicílio – “era um espaço exíguo coberto com uma tenda de pano ou com um pedaço de cartão”¹⁸¹.

Porém, dúvidas surgem em relação aos locais que apresentam uma estrutura débil pelo facto de as suas paredes e teto mudam repentinamente de lugar, v.g. os contentores sem fundo utilizados como domicílio por um casal.

Sobre este problema, ANA RITA FIDALGO entende que estes locais também beneficiam da tutela constitucional e, por isso, integram o conceito de domicílio. Alguém que viva nestas circunstâncias e veja o seu domicílio destruído por razões alheias à sua vontade, não fica o titular do direito em questão privado de proteção, pois, o domicílio não corresponde às paredes nem ao teto em si, mas ao espaço habitado¹⁸².

5.2. Noção de «dependência fechada» para efeitos de uma busca domiciliária

No que concerne ao entendimento deste conceito, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE refere que uma “dependência fechada”, para efeitos de uma busca domiciliária, “tem que ser fisicamente contígua à zona de habitação e manter-se no espaço de reserva da vida íntima

¹⁷⁹ Vide Ac. do TC, nº 452/89, que decidiu pela inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do nº 2 do artigo 81º da Parte III do Regulamento Geral do Serviço da Guarda Nacional Republicana, aprovado pela Portaria nº 722/85, de 25/09, por violação do disposto no artigo 34º, nº 1, 2 e 3 da CRP, na parte em que permite buscas nos segmentos habitacionais dos grupos e caravanas de pessoas referidas no nº 1 do mesmo artigo, sem as fazer depender, na ausência de consentimento dos interessados, de determinação da autoridade judicial competente, nem as limitar ao período diurno.

¹⁸⁰ Vide FONSECA, J. Martins – *op. cit.*, p. 63.

¹⁸¹ Vide VALENTE, Manuel Guedes Valente – **Processo Penal**. Tomo I. 3ª Ed. Revista, Atualizada e Aumentada. Editora Almedina, 2010, p. 401.

¹⁸² Vide FIDALGO, Ana Rita – *op. cit.*, p. 431.

do visado”.¹⁸³ Porém, não precisa de se encontrar encerrado com fechadura para integrar este conceito. Basta, para tal, que este se encontre, pelo menos, isolado do mundo exterior¹⁸⁴.

Questão pertinente que podemos aqui colocar consiste em saber se uma garagem anexa a uma habitação pode ser considerada “dependência fechada” nos termos do artigo 177º do CPP.

Sobre a este assunto, entendeu o TC que “sendo o domicílio o local onde se desenvolve a vida privada em liberdade e segurança”, decai a razão de ser dessa tutela relativamente aos locais em que outros usufruam igualmente “dada a inexistência de uma indisponibilidade exclusiva”¹⁸⁵. Assim, exclui a garagem coletiva de um condomínio que se encontra fechada, mas que todos os condóminos usufruem igualmente¹⁸⁶.

Também o STJ se pronunciou no sentido de que, não estando o espaço físico dependente da casa, *in casu*, uma garagem, então a busca a ser efetuada a esse local é uma busca não domiciliária ¹⁸⁷, isto é, não beneficiará da tutela constitucional prevista no artigo 34º da CRP.

Entendimento diverso resulta de um parecer de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE citado em Acórdão do TC, onde defendem que a “dependência fechada” a que se refere o artigo 177º do CPP corresponde “à garagem colativa de um prédio, desde que fechada e de acesso reservado aos condóminos”, não sendo relevante para efeitos de tutela processual penal do domicílio, o facto de o arguido não dispor de uma garagem exclusiva, mas partilhada por todos os condóminos¹⁸⁸.

5.3. A extensão do conceito ao domicílio ocasional

Como já referimos, o conceito de domicílio não exige nem uma relação de exclusividade nem de durabilidade e, por isso, este conceito não pode abarcar apenas as residências permanentes. Abrange, igualmente, as residências ocasionais, v.g. quartos de hotéis, de pensões e habitações de férias.

¹⁸³ Vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – *op. cit.*, p. 497.

¹⁸⁴ *Idem.*

¹⁸⁵ Vide Ac. do TC nº 67/97, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁸⁶ Com o mesmo entendimento, RIBEIRO, Vinício – *op. cit.*, p. 472.

¹⁸⁷ Vide Ac. do STJ de 20/09/2006, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

¹⁸⁸ Vide parecer de JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Apud* Ac. do TC nº 67/97, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

Relativamente ao quarto de um hotel ou pensão, entendeu o STJ que estes locais podem preencher o conceito de domicílio, nomeadamente, quando serve de local de residência habitual¹⁸⁹.

Por outro lado, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA entendem que o quarto de um hotel é domicílio ocasional e, nessa medida, integra o conceito de domicílio¹⁹⁰, pois, nestes locais também são praticados atos que integram a esfera da intimidade ou da vida privada das pessoas.

Todavia, não obstante o TC ter adotado um conceito alargado de domicílio¹⁹¹, não significa, porém, que este alto tribunal lhe atribua um sentido “que faça corresponder o conceito constitucional de domicílio ao de qualquer local onde se praticam atos que pertencem à esfera da intimidade ou da vida privada do cidadão”¹⁹².

Neste sentido, coloca-se a questão de se saber se os quartos anexos a uma discoteca onde se praticam atos de natureza sexual podem beneficiar da tutela constitucional prevista no artigo 34º da CRP.

Em resposta a este problema, entendeu o TC que “a natureza íntima ou privada dos atos praticados em certo local, nomeadamente, os atos de natureza sexual, não implica a qualificação do local como domicílio”¹⁹³.

Refere ainda, que o artigo 32º, nº 8 da CRP faz uma distinção clara entre a intromissão na reserva da intimidade da vida privada e a violação do domicílio. O mesmo decorre dos artigos 26º, nº 1 e 34º da CRP que, “ao tutelarem o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e o direito à inviolabilidade do domicílio, claramente os autonomizam”. Assim, o facto de a tutela constitucional prevista no artigo 34º da CRP abrigar também a intimidade da vida privada, não se pode concluir que basta a verificação da prática de atos de natureza íntima, num espaço fechado, para qualificar o local em causa como domicílio¹⁹⁴.

Em sentido divergente, JOÃO DAVIN entende que o TC não consegue, de forma coerente e sustentada, delinear as diferenças entre um quarto de hotel e um quarto anexo a

¹⁸⁹ Vide Ac. do STJ de 23/04/1992. In *CJ*. Ano XVII, Tomo 2, 1992, p. 22. Ainda neste sentido, PINTO, Ana Luísa – *Aspetos Problemáticos (...)*, *op. cit.*, p. 430.

¹⁹⁰ Vide CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 540. No mesmo sentido Vide GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – **Crime. Medidas de (...)**, *op. cit.*, p. 317.

¹⁹¹ Vide Ac. do TC nº 452/89, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁹² Vide Ac. do TC nº 364/06, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁹³ *Idem.*

¹⁹⁴ *Idem.*

uma discoteca, onde clientes e funcionário praticam atos de natureza sexual. Para o autor, não se verificam razões válidas para não se integrar estes locais no conceito de domicílio pois, “são ambos espaços fechados, perfeitamente delineados, onde duas pessoas se encontram e exprimindo a sua intimidade, afetos e sexualidade, praticam diversos atos, entre si, sexuais ou não”¹⁹⁵.

5.4. Conceito de domicílio adotado

Analisado o conceito de domicílio plasmado na Constituição, verificamos que existem divergências na doutrina e na jurisprudência acerca do seu sentido normativo.

Como vimos, a ideia de domicílio não implica nem uma relação de exclusividade nem de durabilidade, pois um simples quarto de hotel pode ser considerado domicílio ocasional independentemente da duração da sua utilização.

Nesta linha de raciocínio, adotamos no presente estudo o sentido de domicílio defendido por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁹⁶ e perfilhado pelo Tribunal Constitucional¹⁹⁷

Entendemos que o sentido de domicílio retirado do artigo 34º da CRP, não pode corresponder a um sentido estrito de domicílio e, por isso, julgámos que este conceito se deve alargar ao domicílio voluntário geral (seja permanente ou ocasiona; primário ou secundário; móvel ou imóvel) e ao domicílio profissional, mas rejeitamos a sua extensão às sedes das pessoas coletivas.

É certo que o conceito de domicílio tutelado pela Constituição deve ser moldado a partir do respeito pelos valores que englobam a defesa da privacidade, acautelando o seu núcleo íntimo onde ninguém deve transpor sem consentimento do respetivo titular.

Neste sentido, entendemos que a intromissão nas sedes das pessoas coletivas não afeta a esfera da intimidade privada e familiar em que se baseia a inviolabilidade do

¹⁹⁵ Vide DAVIN, João – O Regime das Buscas Domiciliárias. In **Estudo Comemorativos dos 25 Anos do ISCPSI em Homenagem ao Superintendente-Chefe Afonso de Almeida**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 626 e 627.

¹⁹⁶ Cf. CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 540.

¹⁹⁷ Cf. Ac. nº 452/89.

domicílio e, assim sendo, não deve beneficiar da tutela constitucional prevista no artigo 34º da CRP¹⁹⁸.

Esta ideia é ainda adotada por JOÃO CONDE CORREIA. Refere o autor que a inviolabilidade da sede das pessoas coletivas tutelaria as relações profissionais de cariz económica e patrimonial e não a reserva da intimidade da vida privada e familiar¹⁹⁹.

Como ensina MANUEL DA COSTA ANDRADE, “o domicílio é, com efeito, todo o espaço fisicamente circunscrito e delimitado (fechado) onde, por mais ou menos tempo, a(s) pessoa(s) se entrincheira(m) ou se refugia(m) para realizar a sua vida privada, imune(s) às perturbações, ruídos ou olhares indesejados do ambiente, resguardadas da indiscrição e devassa arbitrarias”²⁰⁰.

Nesta perspetiva, deve integrar o conceito de domicílio, seja ele permanente, ocasional (mesmo que seja só por algumas horas), primário ou secundário, todos os locais onde as pessoas pernoitam, descansam, cuidam da higiene pessoal, tomam as refeições e convivem com os seus familiares e amigos, como, p. ex., moradias, andares, cabanas, contentores, viaturas, roulotte, túneis, vão de escada, banco de jardim devidamente delimitado de qualquer forma²⁰¹, casa de férias, camarata de bombeiros ou militares, quarto de hotel ocupado uma única vez²⁰², quarto de hospital ocupado por uns dias, cela de prisão ocupada por um recluso²⁰³ e os locais de trabalho que muitas vezes são transformados em domicílios, v.g. estaleiros de construção civil²⁰⁴.

6. A problemática do consentimento do visado

Como referimos na parte introdutória deste estudo, a questão do consentimento do visado tem gerado alguma discussão na doutrina e na jurisprudência²⁰⁵ quando se procura

¹⁹⁸ Neste sentido, *Vide* Acs. do TC nº 593/08 e nº 596/08, disponíveis em: www.tribunalconstitucional.pt; com o mesmo entendimento, GASPAREL, António Henriques [et. al.] – *op. cit.*, p. 750.

¹⁹⁹ *Vide* CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, p. 51.

²⁰⁰ *Vide* ANDRADE, Manuel da Costa – Domicílio, Intimidade e Constituição (Anotação Crítica do Acórdão 364/2006 do Tribunal Constitucional). In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 21, Vol. 100, jan-fev, 2013, p. 67; do mesmo autor, ANDRADE, Manuel da Costa – Domicílio, Intimidade e Constituição. In *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 138, nº 3953, nov/dez, 2008.

²⁰¹ Cf. VALENTE, Manuel Guedes – **Processo Penal** (...), *op. cit.*, p. 401.

²⁰² Cf. Ac. do STJ de 23/4/92. In *BMJ*. Nº 416, 1992.

²⁰³ Cf. Ac. do TRC de 07/12/2005. In *CJ*. Ano 30, Tomo 5, 2005.

²⁰⁴ Cf. GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – **Crime. Medidas de** (...), *op. cit.*, p. 318.

²⁰⁵ Cf. LOBO, Fernando Gama – **Código de Processo Penal Anotado**. Editora Almedina, 2015, p. 292.

determinar quem, efetivamente, goza da capacidade para consentir a entrada dos OPC no domicílio de alguém para a efetivação de uma busca.

Neste sentido, existem, por um lado, aqueles que entendem que o consentimento deve ser prestado por quem tiver a disponibilidade do lugar de habitação, mesmo que essa pessoa não seja a visada; e por outro, aqueles que julgam que o consentimento deve ser prestado pela pessoa concretamente afetada pelas implicações processuais de uma busca domiciliária²⁰⁶.

Outras questões são ainda colocadas, p. ex., poderá um co-domiciliado, que não a pessoa afetada, consentir a entrada dos OPC no domicílio de alguém? Ou, será necessário o consentimento de todos os titulares do lugar de habitação em que a busca seja efetuada?

Pretendemos, assim, enfatizar este problema e concluir com uma resposta coerente de quem, efetivamente, pode consentir a entrada dos OPC no domicílio de alguém para a realização a uma busca domiciliária.

Como já dissemos, esta diligência consubstancia um meio de obtenção da prova tendente à obtenção de objetos relacionados com um crime que possam servir de prova ou, à detenção de um indivíduo em casa habitada ou numa sua dependência fechada. Devido à sua função, é um meio que colide com direitos fundamentais tutelados pela Constituição, nomeadamente, a inviolabilidade do domicílio e a reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Como refere MANUEL DA COSTA ANDRADE, “à semelhança do que acontece no plano substantivo, também no processo penal o consentimento apareça invariavelmente como via de legitimação dos correspondentes meios de prova”²⁰⁷.

Assim, entende-se que na impossibilidade da obtenção de despacho judicial de autorização da busca domiciliária, o consentimento do visado surge como um meio alternativo, capaz de legitimar a entrada dos OPC no domicílio de alguém para aí efetuarem uma busca e recolherem, se necessário, meios de prova.

É certo que a melhor forma de se realizar tal diligência, excludente de eventuais ilícitos, é através da obtenção do respetivo consentimento, pois, é o próprio arguido/suspeito

²⁰⁶ Sobre esta divergência, Cf. infra, ponto 6.1.

²⁰⁷ Vide ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições** (...), *op. cit.*, p. 51; relativamente ao consentimento em direito substantivo ver ANDRADE, Manuel da Costa – **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra Editora, 2004.

que permite a ingerência na sua esfera privada²⁰⁸. Tratando-se, *in casu*, de bens jurídicos disponíveis (inviolabilidade do domicílio e a reserva da intimidade da vida privada e familiar)²⁰⁹, considera-se que, por força do princípio «*volenti non fit injuria*» (não se injuria aquele que consente), o consentimento do visado elimina o eventual ilícito, isto é, exclui a ilicitude da conduta²¹⁰ tipificada no artigo 190º do CP que prevê o crime de violação de domicílio ou perturbação da vida privada²¹¹.

Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a lei constitucional considera o consentimento da pessoa visada como “condição *sine qua non* da possibilidade de entrada no seu domicílio dos cidadãos”²¹². Por outras palavras, “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”²¹³.

6.1. Divergências em torno do conceito de visado previsto no artigo 177º do CPP

Um dos problemas bastante discutido pelos tribunais e pela doutrina, consiste em saber quem é que é o visado para efeitos do artigo 177º do CPP.

Em resposta a esta questão, julgou o STJ que o consentimento deve ser prestado por quem tiver a disponibilidade do lugar onde a busca domiciliária se realize e não por aquele que, ainda que visada pela diligência, não seja o proprietário da habitação em causa²¹⁴.

Esta opinião é reforçada por um outro acórdão do STJ, onde estabeleceu que o titular do direito à inviolabilidade do domicílio é a pessoa que “tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência se realiza”. Considerou este tribunal que a busca domiciliária realizada sem prévia autorização judicial pode ser levada a cabo pelos OPC bastando, para tal, o respetivo

²⁰⁸ Cf. PINTO, Paulo Mota – A Proteção da (...), *op. cit.*, p. 191.

²⁰⁹ Cf. MENDES, Paulo de Sousa – **As Proibições de Prova** (...), *op. cit.*, p. 148.

²¹⁰ Cf. GONÇALVES, Maia – Meios de prova (...), *op. cit.*, p. 213.

²¹¹ Se o crime tipificado no artigo 190º do CP for praticado por funcionário, aplica-se o artigo 378º do CP que estabelece o crime de violação de domicílio por funcionário.

²¹² Vide CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 541.

²¹³ Cf. CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.* p. 53; no mesmo sentido, PINTO, Ana Luísa – Aspectos Problemáticos (...), *op. cit.*, p. 438.

²¹⁴ Vide Ac. do STJ de 05/06/1991. In BMJ. Nº 408, julho, 1991.

consentimento da pessoa que, não sendo visada por tal diligência, tenha a livre disponibilidade dessa habitação, pois, é essa pessoa a titular do respetivo direito²¹⁵.

Todavia, considerou o TC que “com esta interpretação, as normas processuais penais ficam desfocadas, acabando por prescindir-se do consentimento de quem é visado pela medida de busca domiciliária, bastando-se o Supremo com a intervenção de um co-domiciliado, desde que seja a pessoa que tem a disponibilidade da habitação em causa”. Com este entendimento, o STJ esvazia o conteúdo do direito à inviolabilidade do domicílio e do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar “ao colocar a entrada no domicílio, não na disponibilidade do titular do direito, mas na de alguém que com ele pode nada ter a ver”.

Assim, julgou o TC que na falta de despacho judicial de autorização a busca domiciliária em casa habitada pode ser efetuada por OPC, quando haja consentimento do titular do direito à inviolabilidade do domicílio e visado pela diligência (suspeito ou arguido)²¹⁶.

Posteriormente, o STJ abandona a posição perfilhada no Ac. de 05/06/1991 e no Ac. de 26/11/1992 e adota uma posição diferente, referindo que o consentimento para a realização de uma busca domiciliária deve ser facultado pelo visado, isto é, pelo arguido, sendo irrelevante o consentimento prestado por qualquer outra pessoa²¹⁷.

Recentemente, o TC voltou a reafirmar a posição já anteriormente assumida, concluído que é inconstitucional, por violação do nº 3 do artigo 34º da CRP, a norma da al. b) do nº 3, com referência à al. b) do nº 2, do artigo 177º do CPP, “quando interpretada no

²¹⁵ Vide Ac. do STJ de 26 de Novembro de 1992, *apud* Ac. do TC, nº 507/94, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt; No mesmo sentido, decidiu o TRC que o “consentimento” aludido pelo artigo 177º, nº 3 do CPP possa ser concedido “por pessoa diferente do arguido, quando tal pessoa tem a disponibilidade da habitação em causa”. Vide Ac. do TRC de 24/10/2012, *apud* Ac. do TC nº 126/13, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt; Mais recentemente, entendeu o TRC que o consentimento prestado por um familiar, *in casu*, a irmã do visado, proprietária da casa onde o arguido residia no momento em que a busca foi efetuada, era bastante para legitimar a entrada dos OPC no seu domicílio para efetuarem a diligência. Vide Ac. do TRC de 08/05/13, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

²¹⁶ Vide, Ac. do TC, nº 507/94 que entendeu violar a Constituição os artigos 174º, nº 4, al. b) (atual artigo 174º, nº 5, al. b) e 177º nº 2 (atual artigo 177º, nº 3) do CPP, interpretados no sentido de que “a busca domiciliária em casa habitada e as subseqüentes apreensões efetuadas durante aquela diligência, podem ser realizadas por órgãos de polícia criminal, desde que se verifique o consentimento de quem, não sendo visado por tais diligências, tiver a disponibilidade do lugar de habitação em que a busca seja efetuada (...)”.

²¹⁷ Vide Ac. do STJ de 08/02/95. In *CJ*, Ano III, Tomo I, 1995. Segundo este tribunal, “a pessoa visada com a diligência era a arguida, pelo que só esta poderá dar o consentimento excludente de eventual ilícito. Ela apresentava-se como a única titular do direito à inviolabilidade do domicílio, sendo irrelevante o consentimento prestado por outra pessoa, que não a arguida por não ser a pessoa visada”.

sentido de que o consentimento para a busca no domicílio do arguido possa ser dado por pessoa diferente deste, mesmo que tal pessoa seja um co-domiciliado com disponibilidade da habitação em causa”²¹⁸.

No mesmo sentido, JOÃO CONDE CORREIA refere que o consentimento, “enquanto forma de superação do conflito”, pressupõe a intervenção do titular do direito lesado e não da pessoa que tiver a disponibilidade da habitação²¹⁹.

Também MANUEL GUEDES VALENTE defende que o consentimento tem de ser facultado pelo visado da diligência e, ser ele mesmo, o titular do direito à inviolabilidade do domicílio, não sendo bastante a disponibilidade do local de habitação²²⁰.

Com opinião diversa, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR alude não existir violação do direito à inviolabilidade do domicílio quando, em casa habitada por várias pessoas, a busca seja consentida pelo proprietário ou, por quem tenha a disponibilidade de toda a casa. Entende o autor que “é perfeitamente correta a obtenção do consentimento de quem, no momento, dispõe da plenitude da casa onde se desenrola a busca”²²¹.

Outra questão pertinente consiste em saber se, no caso de várias pessoas partilharem o mesmo domicílio, será bastante o consentimento de um co-domiciliado, isto é, de um dos titulares do direito à habitação (v.g. pai, mãe, irmãos, avós) ou, será imperativo o consentimento do visado pela diligência?

É certo que todos os residentes de um determinado domicílio são titulares de um direito fundamental, nomeadamente, o direito à inviolabilidade do domicílio que, por sua vez, abraça também o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Como refere GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “os titulares do direito à inviolabilidade de domicílio são as pessoas físicas que habitam uma residência, independentemente das relações jurídicas subjacentes (ex.: propriedade, arrendamento, posse) e da respetiva nacionalidade. Esta titularidade estende-se a todos os membros da família e a pessoas com estatuto especial (ex.: detidos, internados), devendo as eventuais

²¹⁸ Vide Ac. do TC nº 126/13, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt; ainda, Ac. do TRE de 17/09/2009, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

²¹⁹ Vide CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, p. 54.

²²⁰ Vide VALENTE, Manuel Guedes Valente – **Processo Penal** (...), *op. cit.*, p. 420. Ainda, JESUS, Francisco Marcolino de – *op. cit.*, p. 187.

²²¹ Vide GASPAR, António Henriques [et. al.] – *op. cit.*, p. 751 e 752.

restrições resultar da lei e serem justificadas pelas razões constantes deste preceito constitucional (matéria de processo criminal)”²²².

Quanto a esta questão, MANUEL DA COSTA ANDRADE citando AMELUNG, entende que “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 inflição de um mal”²²³.

Neste sentido, entende o autor que o consentimento de um co-domiciliado é insuficiente para legitimar uma busca no domicílio do arguido/suspeito, pois, é sobre este que recairão as consequências processuais.

A vida familiar pressupõe a existência de confiança mútua entre as pessoas e, neste sentido, implica que um dos membros aceite que o outro permita a entrada de terceiros no espaço que ambos partilham.

No entanto, existem determinadas situações que, por razões desfavoráveis e prejudiciais para o outro membro, se situam fora do campo das ocorrências inerentes à vida familiar, como, p. ex., permitir a entrada dos OPC no espaço comum para recolher provas contra o outro membro do casal. Nesta situação em concreto, a ingerência dos OPC no domicílio do investigado, conflitua com o seu direito à inviolabilidade do domicílio e com o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Assim, para uma legítima intromissão dos OPC no domicílio de alguém, é necessário, como já vimos anteriormente, o consentimento de quem é visado pela diligência não bastando, para o efeito, o consentimento de um co-domiciliado, pois, se assim não fosse, investir-se-ia esse terceiro no poder de dispor da privacidade de quem com ele co-habita²²⁴.

6.2. A (in)suficiência do consentimento do visado em situações de domicílio partilhado

Depois de identificado o conceito de visado nos termos do artigo 177º do CPP e termos concluído que só este pode consentir a entrada no domicílio, cabe-nos agora analisar

²²² Vide CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 541; com o mesmo entendimento, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 761 e 762.

²²³ *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições (...)**, *op. cit.*, p. 52.

²²⁴ Este entendimento foi adotado pelo TC, no Ac. nº 507/94, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt, onde refere não ser suficiente o consentimento de um co-domiciliado, *in casu*, a mãe do arguido por entender que só o visado poderá consentir a entrada dos OPC na sua residência); com o mesmo entendimento, ver Ac. do STJ de 08/02/1995. In *CJ*. Ano III, Tomo I, 1995.

se será bastante o consentimento do visado para legitimar a busca domiciliária ou, pelo contrário, se será necessário o consentimento cumulativo de todos os co-domiciliados.

Como já referimos, todos os residentes de um determinado domicílio são titulares de um direito fundamental, logo, à partida, seria necessário o consentimento cumulativo de todos eles, sob pena de se ver violado tal direito protegido pela Constituição.

Relativamente a esta questão refere o TC que, sendo o domicílio “uma projeção espacial da pessoa que reside em certa habitação, uma forma de uma pessoa afirmar a sua dignidade humana (...) no caso de várias pessoas partilharem a mesma habitação”, deve ser exigido o consentimento de todas²²⁵.

Num sentido convergente, JOÃO CONDE CORREIA defende que nas situações em que várias pessoas partilham o mesmo domicílio, a realização de uma busca carece do consentimento de todos os habitantes da casa, pois, “todos eles são titulares de um direito fundamental de não intromissão”²²⁶.

Como ensina MANUEL DA COSTA ANDRADE, “as manifestações concretas de intromissão e devassa raramente se contêm nos limites da esfera jurídica de uma só pessoa”, na medida em que, a intromissão ilegítima no domicílio de alguém “colide com a liberdade, a privacidade, a autodeterminação sobre a afirmação ou segredo de mais de uma pessoa”²²⁷. Assim, o consentimento de uma delas, da mesma forma que assegura a integridade dos seus direitos, “atinge de forma reflexa, mas heteronomamente imposta, a esfera jurídica de outros”²²⁸.

Refere ainda o autor, citando AMELUNG, que “cada um dos que habitam na 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 uma autorização no mínimo concludente, o consentimento de uma só pessoa não basta para legitimar as buscas em casa habitada por vários (...)”²²⁹.

²²⁵ Vide Ac. do TC nº 507/94, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

²²⁶ Vide CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, p. 54; ainda, DAVIN, João – *op. cit.*, p. 629.

²²⁷ Vide ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições** (...), *op. cit.*, p. 50.

²²⁸ *Ibidem*, p. 51.

²²⁹ *Ibidem*, p. 51 e 52. Igualmente adeptos desta doutrina, GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – **Crime. Medidas de** (...), *op. cit.*, p. 319 e 320.

No entendimento de JOÃO DAVIN, mesmo que os OPC apenas pretendam efetuar uma busca ao quarto de um dos residentes, estes terão que passar, inevitavelmente, por vários compartimentos da casa até chegar ao aludido quarto²³⁰.

Para o autor, a não violação do direito à inviolabilidade do domicílio depende da existência da autorização do visado (ocupante do quarto) e, também, “daqueles que tem disponibilidade sobre aquela residência”²³¹.

Opinião contrária teve o TRP ao mencionar que, caso a lei exija o consentimento cumulativo de todos os residentes, “facilmente pode resultar frustrada, na prática, a possibilidade de realização da diligência por esse modo expedito e pacífico que a lei prevê, quer porque nem todos os residentes estarão presentes ou serão encontrados na oportunidade da diligência, quer porque, como logo se imagina, estaria encontrado o expediente fácil para eventuais anulações da diligência, pelo sempre possível ulterior aparecimento de mais um residente não revelado, senão mesmo ocultado, na oportunidade da busca e que, por isso, a não autoriza”²³².

Também defensora desta tese, entende ANA FIDALGO que caso a lei exija o consentimento de todos os co-domiciliados, “tal redundaria na quase perda total de eficácia das buscas domiciliárias”²³³.

6.3. Quanto à forma e validade do consentimento

No que concerne à validade do consentimento, isto é, para que o consentimento opere de forma a legitimar a entrada do OPC no domicílio de alguém, é necessário que se verifiquem determinados pressupostos.

Desde logo, o consentimento só será válido quando prestado por quem tiver capacidade jurídica para tal. Assim, exclui-se os inimputáveis em razão da idade e em razão de anomalia psíquica e, as pessoas desconhecedoras da língua portuguesa²³⁴.

²³⁰ Vide DAVIN, João – *op. cit.*, p. 629.

²³¹ *Ibidem*, p. 630.

²³² Vide Ac. do TRP 29/01/2003, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

²³³ Vide FIDALGO, Ana Rita – *op. cit.*, p. 179.

²³⁴ Cf. LOBO, Fernando Gama – *op. cit.*, p. 292.

Relativamente à idade do visado defende JOÃO DAVIN que, se este possuir idade inferior a 21 anos, por força do artigo 64º, nº 1, al. d) do CPP, é obrigatório a assistência do defensor no momento da realização da diligência²³⁵.

No mesmo sentido, pronunciou-se o TRL que o consentimento prestado por menor de 21 anos não pode ser considerado válido, carecendo, obrigatoriamente, de assistência de defensor nos termos estabelecidos no preceito suprarreferido²³⁶.

Por outro lado, o consentimento tem que ser livre, esclarecido e desprovido de qualquer coação, seja física ou moral, isto é, o visado tem que se encontrar em pleno uso da sua capacidade mental e física.

Nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “A manifestação de vontade ou o consentimento só será jurídico-constitucionalmente relevante quando forem feitos em termos livre e pessoais, com conhecimento de todas as condições para a bondade da decisão”²³⁷.

É ainda imperativo que o visado seja conhecedor das causas que motivaram a busca e, esclarecido das suas reais implicações e consequências processuais²³⁸, ou seja, devem os OPC, no momento da realização da busca domiciliária, informar o visado das razões que determinaram a diligência, para que este, de forma consciência, consinta ou não a realização da busca²³⁹. Todavia, não basta que o visado seja conhecedor das causas que motivaram a diligência. É necessário que este consinta a entrada dos OPC de forma expressa, e não tácita ou presumida.

Note-se que, o legislador ao fazer referência à obrigatoriedade da sua documentação, está a exigir que o consentimento seja facultado de forma expressa²⁴⁰.

²³⁵ Vide DAVIN, João – *op. cit.*, p. 634 e segs.

²³⁶ Vide Ac. do TRL de 22/10/2008, disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Segundo este tribunal “(...) não se poderia considerar válido este consentimento porque tinha sido prestado por um menor de 21 anos. Na verdade, como se vê do auto de fls. 44, o recorrente nasceu em 26 de Novembro de 1987, razão pela qual, em 17 de Junho de 2008, data da realização da busca domiciliária, ele tinha apenas 20 anos de idade. Tratava-se, portanto, de acto em relação ao qual era obrigatória a assistência de defensor (...)”.

²³⁷ Vide CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 542.

²³⁸ Cf. FIDALGO, Ana Rita – *op. cit.*, p. 180.

²³⁹ Cf. PINTO, Ana Luísa – *Aspetos Problemáticos (...)*, *op. cit.*, p. 441; no mesmo sentido, JESUS, Francisco Marcolino de – *op. cit.*, p. 185.

²⁴⁰ Neste sentido, Cf. Ac. do TRC de 08/05/2013, disponível em: <http://www.dgsi.pt>; Segundo este tribunal, o consentimento deve ser expesso, pois, é a própria lei exige que o consentimento fique documentado; também, PINTO, Ana Luísa – *Aspetos Problemáticos (...)*, *op. cit.*, p. 440.

Porém, ao exigir que o consentimento fique, por qualquer forma, documentada, nada declara acerca do momento dessa documentação, isto é, não exige que o documento seja elaborado antes de os OPC procederem à realização da diligência.

Neste sentido, entendeu o TRE ser suficiente o consentimento prestado de forma verbal antes da diligência, impondo-se que, ulteriormente, tal consentimento seja documentado²⁴¹.

7. O consentimento do visado numa perspetiva internacional

As escolhas dos ordenamentos jurídicos apresentados não foram aleatórias, isto é, existem motivos que nos incitou a eleger estes em detrimento de outros.

Em primeiro lugar, podemos dizer que escolhemos o ordenamento jurídico espanhol pela sua proximidade geográfica e pelas semelhanças que estes dois ordenamentos jurídicos partilham.

Elegemos, igualmente, o ordenamento jurídico francês, por ser um país que, na atualidade, lida constantemente com ameaças terroristas e, onde as buscas domiciliárias surgem como uma diligência importantíssima na descoberta e apreensão de meios de prova e na captura dos seus agentes.

Relativamente ao ordenamento jurídico brasileiro, um dos fatores primordiais que nos conduziu à sua escolha foi, precisamente, o idioma, mas, também, o facto de ser um país que historicamente tem vindo a sofrer, de forma reiterada, constrangimentos por parte de organizações criminosas que se dedicam à prática de crimes, tais como, o tráfico de droga e o tráfico de armas.

Finalmente, o ordenamento jurídico dos EUA por ser um país onde este problema é bastante debatido, nomeadamente, pelo *United States Supreme Court*.

²⁴¹ Vide Ac. do TRE de 14/07/2015, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

7.1. Ordenamento jurídico espanhol

O *Código Procesal Penal* Espanhol prevê no seu artigo 334º que (...) *nenhuma entrada ou pesquisa pode ser feita sem o consentimento do titular ou através de autorização judicial, salvo em caso de flagrante delito*²⁴².

Quanto à forma de obtenção do consentimento, o legislador espanhol estipulou no artigo 337º, nº 1 do mesmo diploma, que este deve ser prestado livremente depois do morador ser informado dos factos que motivaram a investigação, da finalidade perseguida com a diligência e, do seu direito a recusar a realização da mesma, salvo se autorizada judicialmente²⁴³.

Contrariamente à jurisprudência portuguesa que, como já constatamos, exige que o consentimento seja prestado pelo visado, isto é, pela pessoa afetada pela diligência²⁴⁴, a jurisprudência espanhola tem entendido que o consentimento pode ser prestado por qualquer pessoa que habite no domicílio. Assim, num domicílio habitado por vários, basta o consentimento de qualquer uma delas, desde que maior de idade, para permitir a entrada dos OPC para aí realizarem uma busca²⁴⁵.

Se no momento da diligência estiverem presentes os demais moradores, a 2ª parte do nº 1 do artigo 337º do CPP/Es exige que o consentimento seja prestado por todos eles²⁴⁶, pois, basta que um dos moradores se oponha à entrada nos OPC no domicílio para a busca não poder ser efetuada²⁴⁷.

²⁴² (Tradução nossa); Vide artigo 334º do CPP/Es, sob a epígrafe «*Inviolabilidad del domicilio*» - *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.* [Consult. 04 Abr. 2017]. Disponível em: <http://www.mjusticia.gob.es>.

²⁴³ (Tradução nossa); Vide artigo 337º, nº 1 do CPP/Es – *El consentimiento del morador para la entrada y, en su caso, registro de su domicilio, deberá ser prestado libremente después de haber sido informado de los hechos investigados, de la finalidad perseguida con la diligencia y de su derecho a negarse a su práctica salvo que se autorice judicialmente.*

²⁴⁴ Cf. Supra, ponto 6.1 deste capítulo.

²⁴⁵ Cf. MULAS, Nieves Sanz – *Los Medios de Obtención de Pruebas em España.* In VALENTE, Manuel Guedes, coord. – **I Congresso de Processo Penal.** Memórias. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 323.; também artigo 337º, nº 2 do CPP/Es.

²⁴⁶ Vide artigo 337º, nº 1, 2ª parte – *Si estuvieran presentes varios moradores, todos ellos deberán prestar su conformidad para que el registro se entienda válidamente consentido.*

²⁴⁷ Cf. MULAS, Nieves Sanz – *op. cit.*, p. 323.

Com o mesmo entendimento, JOSÉ SOLER e JOSÉ GOMBAU referem que em situações de domicílio partilhado, basta o consentimento de um dos titulares. Porém, o consentimento deve ser prestado por pessoa capaz, de modo inequívoco e voluntário²⁴⁸.

Segundo ANTONIO SEVA, Juiz do Tribunal Superior de Justiça, o direito à inviolabilidade do domicílio é um direito individual de cada co-domiciliado. Cada um pode permitir a entrada de um terceiro no seu domicílio, o que pode levar a que um outro co-domiciliado veja afetado o seu direito à privacidade e vida privada.

Perante estas situações de domicílio partilhado, entende que se deve presumir a existência de uma confiança mútua entre os co-domiciliados, que envolve aceitar que o outro realize ações em relação ao domicílio comum, tais como, permitir o acesso de terceiros no domicílio comum²⁴⁹.

Não restam dúvidas que o CPP/Es tipifica a questão do consentimento de uma forma mais pormenorizada dos que o nosso CPP, apresentando um artigo com quatro números unicamente destinados ao esclarecimento deste problema.

Assim, sob a epígrafe «*Consentimiento del morador*», o artigo 377º determina quem pode prestar o consentimento, de que forma e em que circunstâncias. Refere ainda que em situações de domicílio partilhado, o consentimento deve ser prestado por todos os que se encontrem presentes.

7.2. Ordenamento jurídico francês

Quanto ao ordenamento jurídico francês, o artigo 76º do *Code de Procédure Pénale* determina que as buscas domiciliárias não podem ser efetuadas sem o consentimento expresso da pessoa que ocupa o local onde a diligência seja realizada²⁵⁰.

²⁴⁸ Vide SOLER, José María Rifá; GOMBAU, José Francisco Valls – **Derecho Procesal Penal**. Iurgium Editores, 2000, p. 205; ver também SANTOS, Andrés de la Oliva [et. al.] – **Derecho Procesal Penal**. 3ª Ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, p. 379 e 380. Ainda, VALIENTE, Luis M. Uriarte; PIAY, Tomás Farto – **El Proceso Penal Español: Jurisprudencia Sistematizada**. 1ª Ed. La Ley, 2007, p. 289 e segs.

²⁴⁹ *Apud* OVEJERO, Marc Espinosa – Inviolabilidad del Domicilio Durante el Proceso Penal [Em linha]. Universitat Autònoma de Barcelona (2016), p. 30 e 31. [Consult. 05 Abr. 2017]. Disponível em: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2016/164100/TFG_mespinosaovejero_dret.pdf. Este foi também o entendimento adotado pelo Tribunal Supremo, na Sentencia nº 968/2010 de 4 de noviembre do Tribunal Supremo. [Consult. 06 Abr. 2017]. Disponível em: <https://supremo.vlex.es/vid/231506874>.

²⁵⁰ (Tradução nossa); Vide Article 76 - *Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ou de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu (...)*, [Consult. 09 Abr. 2017]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>.

O consentimento deve ser facultado por escrito (pela mão do domiciliado) ou, se a pessoa não souber escrever, o consentimento é prestado verbalmente²⁵¹.

Porém, verifica-se que, em parte alguma, o *Code de Procédura Pénale* faz referência a que o consentimento deve ser prestado pela pessoa que está a ser investigada (suspeito ou arguido).

Quanto à questão do domicílio partilhado, JEAN-FRANÇOIS RENUCCI, JEAN-PAUL CÉRÉ e CORALIE AMBROISE-CASTÉROT referem que se presume o consentimento dos demais moradores quando não se opuserem à diligência já previamente consentida por um dos co-domiciliados²⁵².

7.3. Ordenamento jurídico brasileiro

Relativamente ao ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal do Brasil estabelece que “a casa é asilo inviolável do individuo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador (...)”²⁵³.

Todavia, o artigo 245º do Código de Processo Penal Brasileiro prescreve que “as buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite (...)”²⁵⁴.

Ora, como podemos constatar, no direito português a pessoa que presta o consentimento é o visado pela diligência, mas, no direito brasileiro, o consentimento é prestado pelo «morador». Enquanto que o termo «visado» utilizado pelo legislador português abrange apenas aquelas pessoas que são suspeitas ou arguidas num processo, o termo «morador» é mais vasto, isto é, apresenta uma abrangência maior incluindo todas as pessoas residentes num determinado domicílio.

Este raciocínio é corroborado pelo Supremo Tribunal de Justiça do Brasil que admitiu o consentimento prestado pelo filho do proprietário, irmão do «paciente» (que no direito

²⁵¹ Cf. GUINCHAED, Serge; BUISSON, Jacques – **Procédure Pénale**. 4^o Édition, 2008.

²⁵² Vide RENUCCI, Jean-François; CÉRÉ, Jean-Paul; CASTÉROT, Coralie Ambroise – **Code de Procédure Pénale**. 57^o Édition. Dalloz, 2016.

²⁵³ Vide Artigo 5º, XI da Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: bd.camara.gov.br, consultado a 12/04/2017.

²⁵⁴ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer da – **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 390.

português corresponderá ao visado pela busca domiciliária), decidindo pela não violação do artigo 5º, XI da Constituição²⁵⁵.

Para este tribunal, é igualmente legítima a entrada das autoridades policiais no domicílio de alguém quando o consentimento é prestado pelo próprio «paciente»²⁵⁶.

Por força destes acórdãos, verificamos que no direito brasileiro o consentimento pode ser prestado por qualquer pessoa que resida numa determinada habitação, não sendo exigido que o mesmo seja prestado pela pessoa visada com diligência, como ocorre no nosso ordenamento jurídico.

7.4. Ordenamento jurídico dos EUA

No direito norte-americano, vigora um regime totalmente diferente do previsto no nosso ordenamento jurídico, sendo frequente a utilização das expressões «*common authority*» e «*apparent authority*» quando se pretende saber quem tem legitimidade para prestar o consentimento.

Nos EUA esta questão é bastante debatida pelos tribunais. Um dos assuntos mais discutidos consiste em saber se é válido o consentimento prestado por pessoa diferente do arguido (terceiro) que com ele co-habite.

Em resposta a este problema, o *Supreme Court* tem adotado a posição de que quando um terceiro possui «*authority*» sobre as instalações, pode consentir a entrada da polícia para aí efetuar uma busca.

Neste sentido, declarou ser válido o consentimento prestado por uma mulher que vivia e compartilhava o quarto com o arguido por entender que esta tinha «*common authority*» (autoridade comum) sobre o local.

Segundo este tribunal, a mulher gozava de autoridade comum para prestar o seu consentimento porque possuía o controlo ou acesso à maioria das suas finalidades (dormia no quarto do arguido e tinha lá as suas roupas e outros bens pessoais)²⁵⁷.

²⁵⁵ Cf. STJ – HC 275698/RS de 10/03/2016, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fossane. [Consult. 12 Abr. 2017]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1520427>.

²⁵⁶ Cf. STJ – HC 72029/RJ de 11/09/2007, Relator Felix Fischer. [Consult. 12 Abr. 2017]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jur-isprudencia/19182362/habeas-corporus-hc-72029-rj-2006-0270795-4-stj/relatorio-e-voto-19182364>.

²⁵⁷ Vide U.S. Supreme Court, *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164, 1974. [Consult. 15 Abr. 2017]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/415/164/>.

Relativamente às situações de domicílio partilhado, entendeu o *Supreme Court* que a diligência não pode ser efetuada se houver oposição à sua realização por um dos co-domiciliados²⁵⁸.

Este mesmo tribunal entendeu ainda, que o consentimento aceite de boa-fé pela polícia, concedido por alguém que possua «*apparent authority*» (autoridade aparente), é válido mesmo que, posteriormente, se descubra que não possuía autoridade sobre a propriedade em questão²⁵⁹. Mas, entendeu já não ser válido o consentimento prestado por um funcionário de um hotel para a realização de uma busca no quarto de um hospede, independentemente de ter ou não «*apparent authority*» sobre o quarto em questão²⁶⁰.

Para o *U. S. Supreme Court*, a realização de uma busca domiciliária através do consentimento de um terceiro, é justificada com base na «*assumption of risk doctrine*» (doutrina da suposição do risco)²⁶¹.

Segundo esta doutrina, um terceiro pode consentir a realização de uma busca se este tiver «*common authority*» sobre o lugar, ou seja, pode dar o seu consentimento válido quando partilha a “autoridade comum” do local com outra pessoa.

Esta autoridade é demonstrada pelo uso mútuo do domicílio, p. ex., quando duas pessoas têm acesso ou controlo conjunto para a maioria das suas finalidades.

De acordo com esta doutrina, a pessoa assume o risco de que alguém com «*common authority*» possa permitir a entrada da polícia no domicílio partilhado para aí efetuarem a diligência. Porém, se o terceiro não tiver autoridade, a polícia pode ainda confiar na sua «*apparent authority*» e aceitar o seu consentimento, isto é, se a polícia acredita que um terceiro tem “autoridade aparente” para consentir, a busca é válida²⁶².

²⁵⁸ Cf. U.S. Supreme Court, *Georgia v. Randolph*, 547 U.S. 103, 2006. [Consult. 15 Abr. 2017]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/547/103/>.

²⁵⁹ Vide U.S. Supreme Court, *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177, 1990. [Consult. 15 Abr. 2017]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/177/case.html>; um exemplo desta situação seria quando o consentimento fosse prestado por um homem que se faz passar por proprietário da residência, mas que, na verdade, era uma pessoa que tinha acabado de assaltar a casa.

²⁶⁰ Vide U.S. Supreme Court, *Stoner v. California*, 376 U.S. 483, 1964. [Consult. 16 Abr. 2017]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/483/case.html>; Suponhamos que o hospede permite que o funcionário do hotel autorize a entrar de alguém no seu quarto. Ainda nestas situações, entendeu o *Supreme Court* que a polícia não pode confiar na boa-fé sobre a «*apparent authority*» do funcionário de um hotel para consentir a realização de uma busca no quarto de um hospede.

²⁶¹ *Apud* GOLD, Russell M. – Is This Your Bedroom? Reconsidering Third-party Consent Searches Under Modern Living Arrangements. In *The George Washington Law Review* [Em linha]. No 2, Vol. 76, (2008), p. 381. [Consult. 18 Abr. 2017]. Disponível em: http://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2012/08/76_2_Gold.pdf.

²⁶² *Ibidem*, p. 381 e 382.

Um outro problema debatido pela jurisprudência dos EUA, reside na forma como o consentimento deve ser prestado. Sobre este assunto, refere o *Supreme Court* que o tribunal deve sempre analisar se o consentimento foi ou não facultado de forma voluntária²⁶³.

Refira-se que, nos EUA não é legalmente exigido que a pessoa preste o seu consentimento por escrito, mas, se a pessoa o fizer, fica na posse da polícia um documento que prova esse consentimento²⁶⁴.

Na verdade, o consentimento por escrito não prova que a pessoa o facultou de forma voluntária e, por isso, o tribunal deve analisar as características que envolvem a assinatura do indivíduo que prestou o consentimento, isto é, examinar todos os factos circunscritos à assinatura do formulário para posteriormente decidir se, de acordo com a totalidade das circunstâncias, o consentimento foi voluntário ou coagido²⁶⁵.

Neste sentido, e de forma a facilitar todo o processo de análise levado a cabo pelo tribunal, os polícias devem documentar todos os factos e circunstâncias em que o consentimento foi prestado. Caso a pessoa se recuse a prestar o consentimento por escrito, mas consinta verbalmente, então os polícias devem documentar essa informação minuciosamente²⁶⁶.

Analisados estes ordenamentos jurídicos, é momento de tecermos algumas considerações acerca deste problema.

8. Breves considerações

Exposta toda esta doutrina e jurisprudência, é momento de tecermos algumas considerações acerca deste problema.

Em primeiro lugar, importa referir que perfilhamos a posição de que o consentimento deve ser prestado pelo visado, isto é, por quem é suspeito ou arguido num processo e sobre quem recairá as consequências processuais. Por outras palavras, rejeitamos a tese de que o consentimento deve ser prestado pelo proprietário (aquele que tem a disponibilidade do lugar de habitação) que não visado pela diligência, ou por qualquer outro co-domiciliado, pois

²⁶³ *Apud* HOLCOMB, Jayme Walker – Obtaining Written Consent to Search. In *Bulletin Law Enforcement FBI* [Em linha]. No 3, Vol. 72, (2003), p. 27. [Consult. 20 Abr. 2017]. Disponível em: <https://leb.fbi.gov/2003-pdfs/leb-march-2003>.

²⁶⁴ Cf. HOLCOMB, Jayme Walker – *op. cit.*, p. 27.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 28.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 31.

como refere o STJ “não é correto haver como visado quem não é parte no processo nem neste se encontra por qualquer forma envolvido”²⁶⁷.

Concordamos, também, com a doutrina e jurisprudência que entende não ser necessário o consentimento de todos os co-domiciliado, mas apenas daquele que é visado pela busca domiciliária²⁶⁸.

Neste sentido, justificamos a adoção desta posição recorrendo, essencialmente, a dois argumentos: em primeiro lugar, concordamos com a tese de AMELUNG citada por MANUEL DA COSTA ANDRADE quando refere que “cada um dos que habitam na mesma casa é portador de um direito fundamental na forma de exigência de omissão dirigida ao Estado (...)”²⁶⁹, isto é, que todos os co-domiciliados são titulares de um direito individual tutelado pela Constituição (*in casu*, direito à inviolabilidade do domicílio e reserva da intimidade da vida privada e familiar).

Porém, questionamos se os direitos desses co-domiciliados são realmente afetados pela busca, uma vez que, a diligência apenas se destina a recolher provas contra o visado e não contra qualquer um dos outros co-domiciliados, pois, nem sequer se encontram envolvidos no processo.

Concordamos, igualmente, que “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 inflição de um mal”²⁷⁰.

Como já referimos anteriormente, a vida familiar pressupõe a existência de confiança mútua entre as pessoas e, neste sentido, implica que um dos membros aceite que o outro permita a entrada de terceiros no espaço que ambos partilham à exceção daqueles casos que, por razões desfavoráveis e prejudiciais para o outro membro, situam-se fora do campo das ocorrências inerentes à vida familiar, como, p. ex., permitir a entrada dos OPC no espaço comum para recolher provas contra o outro membro²⁷¹.

²⁶⁷ Neste sentido, Ac. do STJ de 05/06/1991. In *BMJ*. Nº 408, julho, 1991; Acs. do TC nº 507/94 e nº 126/13, ambos disponíveis em: www.tribunalconstitucional.pt; e Ac. do TRE de 17/09/2009, disponível em: <http://www.dgsi.pt>; ao nível da doutrina portuguesa, Vide CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, 54; VALENTE, Manuel Guedes – **Processo Penal** (...), *op. cit.*, p. 420.

²⁶⁸ Neste sentido, Vide Ac. do TRP de 29/01/2003, disponível em: <http://www.dgsi.pt>; FIDALGO, Ana Rita – *op. cit.*, p. 179.

²⁶⁹ *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições** (...), *op. cit.*, p. 51e 52.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 52.

²⁷¹ Acerca deste assunto, MANUEL GUEDES VALENTE explica que “não se pode confundir as autorizações, quer pelo seu conteúdo e âmbito, quer quanto aos fins em si mesma, dadas ao canalizador ou electricista com

Todavia, julgamos que quando o consentimento é prestado pelo visado, a situação é justamente inversa da proferida por AMELUNG. Aqui já não está em causa se a autorização concedida por um co-domiciliado a outro, se alonga às situações que se presumem ser desfavoráveis ou prejudiciais para ele.

Quando é o próprio visado a consentir a entrada dos OPC e, sendo este o único visado pela diligência, isto é, o único suspeito ou arguido das investigações levadas a cabo pelo MP e pela Polícia, parece-nos excessivo a exigência do consentimento de todos os co-domiciliados.

Neste sentido, discordamos quando AMELUNG refere que “na medida em que falte uma autorização no mínimo concludente, o consentimento de uma só pessoa não basta para legitimar as buscas na casa habitada por vários (...)”²⁷², pois, tal diligência, não se destina à obtenção de provas contra qualquer um dos outros co-domiciliados, ou seja, não haverá qualquer “infilção de um mal” aos demais co-domiciliados, mas, apenas, contra o visado que autorizou previamente a entrada dos OPC no seu domicílio e, naturalmente, a realização da diligência.

Nestes termos, se o visado autoriza a entrada dos OPC no seu domicílio para aí recolherem provas contra si, não faz sentido que seja necessário juntar ao auto o consentimento dos restantes co-domiciliados que, apesar de serem titulares de igual direito, não estão envolvidos no processo e, conseqüentemente, não serão afetados pelas conseqüências processuais. Assim, da mesma forma que não é necessário o consentimento de todos os co-domiciliados para a entrada do homem que, p. ex., vêm arranjar a canalização, entregar o correio ou, “contra a luz”, isto é, todas e quaisquer situações que se afastem daquelas que têm como propósito a “infilção de um mal” a outro co-domiciliado²⁷³, também não o é para a entrada dos OPC quando consentida pelo visado, pois, só este será afetado pela diligência e, só este será alvo das conseqüências processuais e não qualquer um dos co-domiciliados.

Quanto ao segundo argumento, julgamos que a lei ao exigir o consentimento de todos os co-domiciliados, está a limitar, excessivamente, o campo de aplicação deste mecanismo

os consentimentos dados aos OPC para efetuarem uma busca domiciliária”. Vide VALENTE, Manuel Guedes – **Processo Penal (...)**, *op. cit.*, p. 418.

²⁷² *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições (...)**, *op. cit.*, p. 51 e 52.

²⁷³ *Ibidem*, p. 52.

alternativo capaz de legitimar uma busca domiciliária excludente de eventuais ilícitos. Neste sentido, por um lado, concede aos OPC a faculdade de realizarem uma busca domiciliária quando o visado consinta, mas, por outro lado, circunscreve-a apenas a uma situação, nomeadamente, quando o domicílio é ocupado somente por uma pessoa.

Na verdade, em casa habitada por vários, facilmente poderia resultar na inexistência do consentimento de algum dos demais habitantes, ou porque não estava presente no momento da diligência, ou porque foi propositadamente omitido para posteriormente alegar a falta do seu consentimento²⁷⁴.

Face ao exposto, julgamos que a exigência do consentimento de todos os co-domiciliados tornaria esta mecanismo alternativo (através do consentimento) impraticável, pois, seria uma sorte os OPC encontrarem presentes todos os co-domiciliados para que consentissem a sua entrada no domicílio.

Desta forma, estaria o legislador a colocar nas mãos dos OPC um mecanismo ineficaz, quase na sua totalidade, por exigir que estes adquiram o consentimento de todos os co-domiciliados (presentes ou não presentes) para posteriormente realizarem uma busca domiciliária.

Terminado este capítulo, passaremos ao capítulo IV onde faremos uma breve análise ao regime das proibições de prova e ao valor das provas obtidas através de métodos proibidos. Quanto ao meio de obtenção da prova em análise veremos que, apesar de se encontrar legitimado no artigo 177º do CPP, pode ser, em determinadas circunstâncias, considerado um método proibido de prova, isto é, quando desrespeitados os pressupostos da sua admissibilidade.

Assim, é pertinente aferirmos do valor das provas obtidas através de uma busca domiciliária efetivada sem o prévio despacho de autorização e fora dos casos previstos na lei e, saber se a nulidade da prova obtida através de uma busca domiciliária ilegal vale apenas para o meio de prova obtido de forma direta ou se, por outro lado, também afeta outros meios de prova obtidos indiretamente.

²⁷⁴ Entendimento adotado por FIDALGO, Ana Rita – *op. cit.*, p. 179; e, também, Ac. do TRP 29/01/2003, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

CAPÍTULO IV – PROIBIÇÕES DE PROVA

1. Algumas considerações prévias

A descoberta da verdade material, para fins de realização da justiça, não pode ser arbitrária. Num Estado de direito democrático, onde a regra é a proteção dos direitos, liberdades e garantias face às ofensas provenientes dos cidadãos e, também, do próprio Estado, é necessário a existência de limites a essa descoberta.

Assim, a dignidade da pessoa humana e os princípios estruturantes do nosso Estado de Direito Democrático, surgem como barreiras intransponíveis à perseguição penal e aos interesses do processo criminal, não podendo as autoridades judiciárias e os OPC praticar atos que ofendam direitos fundamentais básicos²⁷⁵.

Neste sentido, a procura e a recolha desses elementos, destinados à formação da convicção do jogador sobre a existência, ou não, de responsabilidade criminal, não podem ser obtidos mediante procedimentos violadores de direitos fundamentais, salvo nos casos previstos pela própria Constituição²⁷⁶.

Como já referimos neste estudo²⁷⁷, são admissíveis no processo penal todas as provas que não forem proibidas por lei (artigo 125º do CPP), isto é, não existe um catalogo fechado de meios de prova. Como ensina TERESA PIZARRO BELEZA, do preceito mencionado resulta a regra da atipicidade dos meios de prova²⁷⁸, ou seja, não se admite apenas os meios de prova tipificados na lei, mas, também, os meios de prova atípicos, desde que não proibidos por lei. O mesmo acontece com os meios de obtenção da prova, pois, são permitidos os que não forem proibidos por lei.

Todavia, pretendemos neste ponto, fazer uma breve abordagem aos métodos proibidos de prova, comparar o regime das proibições de prova ao regime das nulidades e, concluir com uma análise ao valor das provas obtidas através da utilização de uma busca domiciliária sem o respetivo consentimento do visado e fora dos demais casos previstos na lei.

²⁷⁵ Cf. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 524; ver, também, SILVA, Germano Marques da – Produção e Valoração da Prova em Processo Penal. In *Revista do CEJ*. Nº 4, 1º Semestre, 2006, p. 41.

²⁷⁶ Cf. MENDES, Paulo de Sousa – **Lições de Direito** (...), *op. cit.*, p. 179.

²⁷⁷ Cf. *Supra*, capítulo III, ponto 3.

²⁷⁸ *Vide* BELEZA, Teresa Pizarro – *op. cit.*, p. 148.

1.1. Breve distinção entre as proibições de prova e as regras de produção de prova

No que concerne às «proibições de prova», importa referirmos que esta expressão foi utilizada, pela primeira vez, por BELLING, com o propósito de proclamar a existência de limitações à descoberta da verdade no processo penal²⁷⁹.

No mesmo sentido, afirma GÖSSEL que as proibições de prova “são verdadeiros limites à descoberta da verdade, barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objeto do processo”²⁸⁰.

Assim, entendeu o legislador que a descoberta da verdade não é um valor absoluto e, por isso, deve ser investigada somente através de meios que evidenciem ser adequados, proporcionais, necessários e não aniquilador dos direitos em causa²⁸¹. No entanto, por não ser um valor absoluto, a verdade é muitas vezes sacrificada. Existem situações onde determinadas provas são realmente importantes, mas a sua obtenção só é possível através de procedimentos contrários à Constituição, ou seja, através da utilização métodos proibidos de prova²⁸².

O mesmo acontece com os factos que são julgados como não provados por resultarem de condutas contrárias à lei²⁸³.

Com isto, pretendemos dizer que a busca pela verdade não pode ser investigada a qualquer custo, sobretudo, quando é necessário o sacrifício de direitos fundamentais das pessoas²⁸⁴. Neste sentido, as proibições de prova surgem como “um dos meios que a lei se serve para proteger os cidadãos contra ingerências abusivas nos seus direitos”²⁸⁵ ou, nas palavras de ROGALL, “as proibições de prova aprecem como instrumento de defesa dos direitos individuais contra a atividade estadual de perseguição criminal”²⁸⁶.

²⁷⁹ *Apud* MENDES, Paulo de Sousa – **Lições de Direito** (...), *op. cit.*, p. 177. No mesmo sentido, ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições** (...), *op. cit.*, p. 22.

²⁸⁰ *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições** (...), *op. cit.*, p. 83.

²⁸¹ Cf. *Supra*, capítulo II, ponto 3.

²⁸² Sobre a utilização de métodos proibidos quando a descoberta da verdade só é possível através da sua utilização ver ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições** (...), *op. cit.*

²⁸³ Cf. VALENTE, Manuel Guedes; GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – **Lei e Crime: O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador**. Os Princípios do Processo Penal. Editora Almedina, 2001, p. 223.

²⁸⁴ *Vide* Acs. do TC n° 578/98 e n° 212/93, ambos disponíveis em: www.tribunalconstitucional.pt

²⁸⁵ *Vide* SILVA, Germano Marques da – **Curso de** (...), *op. cit.*, p. 173; também, VALENTE, Manuel Guedes – **Processo Penal** (...), *op. cit.*, p. 423; ainda ROSA, Luís Bértolo – Consequências Processuais das Proibições de Prova. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 20, n° 2, abril/junho, 2010, p. 232

²⁸⁶ *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições** (...), *op. cit.*, p. 33.

No entendimento de JOSÉ SANTOS CABRAL, não resulta deste regime apenas meros limites à atividade dos OPC e das autoridades judiciárias, mas, também, caracterizações processuais de direitos fundamentais consagrados na Constituição²⁸⁷.

Inversamente às proibições de prova, as regras de produção de prova surgem com o propósito de disciplinar todo procedimento externo da realização da prova, isto é, são “meras prescrições ordenativas de produção de prova, cuja violação não acarreta proibição de valoração daquela como prova”²⁸⁸.

Nas palavras de PETERS, tratam-se de “ordenações do processo que devem possibilitar e assegurar a realização da prova (...). Do que aqui se trata não é de estabelecer limites à prova como sucede com as proibições de prova, mas apenas de disciplinar os processos e modos de como a prova deve ser regularmente levada a cabo”²⁸⁹.

Na verdade, a linha de fronteira aqui traçada, que separa as proibições de prova das regras de produção de prova, não é tão clara como à primeira vista parece²⁹⁰.

1.2. O regime das proibições de prova e os métodos de prova proibidos

Relativamente ao regime das proibições de prova, atualmente encontra-se dividido em proibições de produção de prova e proibições de valoração de prova. Todavia, as proibições de produção de prova subdividem-se ainda em três tipos: os temas de prova proibidos, os meios de prova proibidos e os métodos de prova proibidos²⁹¹.

Não descurando a relevância dos temas de prova proibidos e dos meios de prova proibidos, iremos abordar apenas a questão dos métodos de prova proibidos, pois, pretendemos neste capítulo identificar em que situações uma busca domiciliária pode ser considerada um método de prova proibido e, concludentemente, aferir qual a consequência da sua utilização²⁹².

²⁸⁷ Vide CABRAL, José António Henriques dos Santos – Comentário ao artigo 126º. In GASPARGASPAR, António Henriques [et. al.] – **Código de Processo Penal Anotado**. Edições Almedina, 2014, p. 441.

²⁸⁸ Neste sentido, CORREIA, João Conde – A Distinção Entre a Prova Proibida por Violação dos Direitos Fundamentais e Prova Nula Numa Perspetiva Essencialmente Jurisprudencial. In Revista do CEJ. Nº 4, 1º Semestre, 2006, p. 185; também, BRAVO, Teresa Maria – *op. cit.*, p. 133; ainda, VALENTE, Manuel Guedes; GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – **Lei e Crime** (...), *op. cit.*, p. 222.

²⁸⁹ *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições** (...), *op. cit.*, p. 85.

²⁹⁰ Sobre uma distinção mais detalhada ver CONDE, João Conde – A Distinção (...), *op. cit.*, p. 185 a 191.

²⁹¹ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições** (...), *op. cit.*, p. 90.

²⁹² No entendimento de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, os métodos de prova abrangem os meios de prova e os meios de obtenção da prova. Vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – *op. cit.*, p. 334.

A base legal dos métodos proibidos de prova encontra-se tipificada no artigo 32º, nº 8, da CRP. Segundo este preceito constitucional, são “nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensas da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Ora, como já foi referimos anteriormente, numa sociedade livre a descoberta da verdade material só deve ser alcançada através de procedimentos legalmente admissíveis, isto é, “pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa”²⁹³.

Neste sentido, a Lei Fundamental rejeita em absoluto todas as provas obtidas mediante os procedimentos previstos no artigo 32º, nº 8, ou seja, quando colidam com direitos cuja inviolabilidade está previamente garantida nos artigos 24º (direito à vida) e 25º (integridade pessoal) da CRP. Note-se que, não proíbe apenas as provas fundadas na violação da integridade física e moral da pessoa. Proíbe, igualmente, aquelas que violem ilicitamente os direitos de privacidade, nomeadamente, a intimidade da vida privada e familiar (artigo 26º, nº 1 da CRP), o domicílio, a correspondência e as telecomunicações (artigo 34º da CRP)²⁹⁴.

Os métodos proibidos de prova são ainda reafirmados pela lei processual penal no artigo 126º e, aflorados em algumas normas dispersas pelo mesmo diploma (v.g. artigos 177º e 190º), com o desígnio de fazer cumprir o comando constitucional previsto no artigo 32º, nº 8 da Constituição.

Assim, sob a epigrafe «Métodos proibidos de prova», o legislador estabeleceu no artigo 126º do CPP a inadmissibilidade de determinadas provas obtidas através de métodos proibidos, isto é, “provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas” mesmo com o consentimento do titular do direito em causa (nº 1 e 2) e, ainda, aquelas que forem “obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular” (nº 3).

Recorrendo a uma análise interpretativa, retira-se deste preceito dois tipos de métodos proibidos, nomeadamente, os métodos absolutamente proibidos e os métodos relativamente proibidos. Nos n.ºs 1 e 2 estão prescritos os métodos de prova absolutamente

²⁹³ Neste sentido, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 736.

²⁹⁴ *Idem.*

proibidos, bem como a “irrelevância do consentimento”²⁹⁵ face às provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensas à integridade física ou moral das pessoas, ou seja, quando em causa estão direitos que a Constituição identifica como invioláveis (artigo 25º da CRP) é irrelevante o consentimento do titular do direito em causa²⁹⁶.

Por outro lado, o nº 3 estatui os métodos relativamente proibidos, pois, como referimos anteriormente, a sua proibição pode ser afastada com o consentimento do titular. Em causa estão direitos que a Constituição admite restrições (direitos disponíveis), nomeadamente, o direito à privacidade (artigo 26º, nº 1 da CRP) e o direito à inviolabilidade do domicílio e das telecomunicações (artigo 34º da CRP) já analisados neste trabalho²⁹⁷.

No caso da busca domiciliária, é precisamente a ordem ou a autorização judicial, o consentimento do visado e as demais situações expressamente previstas no artigo 177º do CPP, que legitimam a sua utilização, pois, ao abrigo do artigo 32º, nº 8 da CRP e do artigo 126º, nº 3 do CPP, a busca domiciliária consubstancia um verdadeiro método de obtenção da prova relativamente proibido.

Como já referimos, é indispensável a existência de limites à descoberta da verdade material. Com estas barreiras, pretende-se que as provas utilizadas para formar a convicção do julgador não sejam alcançadas através de métodos que contendam com direitos fundamentais, à exceção dos casos expressamente previstos pela Constituição.

Neste sentido, as proibições de prova funcionam como verdadeiros limites à perseguição da verdade e à realização da justiça, evidenciando a proibição de abusos contra os direitos fundamentais das pessoas²⁹⁸. São, essencialmente, dirigidas aos órgãos de perseguição penal, estabelecendo fronteiras à sua atuação e, evitando que façam “tábua rasa” dos direitos previstos pela Constituição ou abusem dos meios dispensados pela ordem jurídica²⁹⁹.

Com o intuito de dissuadir tais condutas violadoras de direitos, o legislador ordinário estabeleceu no nº 4 do artigo 126º do CPP sanções dirigidas aos órgãos de perseguição penal ou, a quem façam uso indevido destes métodos, isto é, quando alguém realize uma das ações

²⁹⁵ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições** (...), *op. cit.*, p. 214.

²⁹⁶ Cf. VALENTE, Manuel Guedes – **Processo Penal** (...), *op. cit.*, p. 423.

²⁹⁷ Cf. *Supra* capítulo II, ponto 2.

²⁹⁸ Cf. SILVA, Germano Marques da – **Curso de** (...), *op. cit.*, p. 175.

²⁹⁹ Cf. MENDES, Paulo de Sousa – **Lições de** (...), *op. cit.*, p. 181.

tipificadas na lei como crime, sendo estas utilizadas com o fim exclusivo de proceder criminalmente contra eles próprios.

Posto isto, importa agora fazer uma distinção entre as proibições de prova e o regime das nulidades (artigos 118º e segs. do CPP) e, aferir da autonomia do primeiro em relação ao segundo. A pertinência desta distinção advém da possibilidade de, posteriormente, podermos verificar qual o valor das provas obtidas com o recurso a uma busca domiciliária ilegítima, isto é, se estamos perante uma nulidade proveniente do regime tipificado no artigo 118º e segs. do CPP, ou de uma nulidade oriunda do artigo 126º do mesmo diploma.

1.3. A autonomia das proibições de prova face ao regime das nulidades

O problema da autonomia das proibições de prova face ao regime das nulidades previsto nos artigos 118º e segs. do CPP, tem gerado grandes complicações na jurisprudência, pois, como refere JOÃO CONDE CORREIA, não é tarefa fácil proceder-se à identificação prática dos casos de prova proibida, subtraídos ao regime geral das nulidades³⁰⁰.

Segundo a jurisprudência dos tribunais portugueses, a realização de uma busca domiciliária, fora dos casos previstos na lei, constitui nulidade relativa, sanável nos termos dos artigos 177º, 119º e 120º, nº 3, al. c) do CPP. Note-se que, o artigo 177º e as demais disposições legais do CPP, ao omitirem a cominação de nulidade insanável a realização de uma busca fora dos casos admitidos por lei, fomentava os tribunais a decidirem pela nulidade relativa e, portanto, sanável³⁰¹.

Este entendimento era igualmente o adotado por MANUEL MAIA GONÇALVES, por entender que as nulidades previstas no artigo 126º, nº 3 do CPP, constituíam nulidades relativas, sanáveis, dependendo de arguição³⁰².

É perceptível que a jurisprudência cria uma relação entre estes dois regimes e, aplica às proibições de prova o regime das nulidades sanáveis e insanáveis previstas nos artigos

³⁰⁰ Vide CORREIA, João Conde – A Distinção (...), *op. cit.*, p. 176.

³⁰¹ Vide Ac. do STJ de 23/04/1992. In BMJ. Nº 416, p. 536; Ac. do STJ de 08/02/1995. In CJ, Ano III, Tomo I, p. 194; Ac. do STJ de 27/01/1998. In BMJ. Nº 473, p. 166; e Ac. do TRP de 17/11/2004, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

³⁰² Vide GONÇALVES, Manuel Maia – Meios de prova (...), *op. cit.*, p. 195.

118º e segs. do CPP, gerando, desta forma, uma injustificável violação dos demais direitos, liberdade e garantias individuais³⁰³.

Todavia, como refere MANUEL DA COSTA ANDRADE, existe uma “imbricação íntima entre as proibições de prova e o regime das nulidades”³⁰⁴ por duas razões: por um lado, porque a lei utiliza os termos “nulas” ou “nulidade” quando há violação dos imperativos legais atinentes às proibições de prova (artigos 32º, nº 8 da CRP e 126º, 134º, nº 2, e 190º do CPP); por outro, porque é no Título V onde o legislador prescreveu o regime das nulidades, que encontramos o preceito onde se estabelece que “as disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova” (artigo 118º, nº 3 do CPP).

Para PAULO DE SOUSA MENDE o título V «Das nulidades» do Livro II, não esgota as espécies da nulidade. É o próprio artigo 118º, nº 3 do CPP que sugere “a possibilidade de haver um ou vários *regimes especiais* para as nulidades resultantes da violação das normas a prova”. Segundo o autor, o legislador ordinário criou, pelo menos, um regime especial, nomeadamente, as nulidades do artigo 126º do CPP, que proíbem expressamente a valoração das provas obtidas através de tais métodos, acrescentando que as mesmas não podem ser utilizadas³⁰⁵.

Porém, vários autores entendem que o regime das nulidades e as proibições de prova são figuras ou realidades autónomas³⁰⁶.

Neste sentido, defende JOSÉ DA COSTA PIMENTA que as nulidades mencionadas nos artigos 32º, nº 8 da CRP e 126º do CPP, nada têm a ver com o regime das nulidades previsto nos artigos 118º e segs. do CPP. Trata-se de uma proibição de prova e não de uma “nulidade em sentido técnico-processual”³⁰⁷.

Com um entendimento convergente, refere MANUEL AUGUSTO MEIREIS que, se as nulidades previstas no artigo 126º, nº 1 e 3 do CPP se reconduzissem ao regime das nulidades

³⁰³ Cf. CORREIA, João Conde – A Distinção (...), *op. cit.*, p. 176.

³⁰⁴ Vide ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições** (...), *op. cit.*, p. 193.

³⁰⁵ Vide MENDES, Paulo de Sousa – **As Proibições** (...), p. 146 e 147.

³⁰⁶ Cf. VALENTE, Manuel Guedes – **Processo Penal** (...), *op. cit.*, p. 427; também, BELEZA, Teresa Pizarro – *op. cit.*, p. 151; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *op. cit.*, p. 335; SILVA, Germano Marques da – **Curso de** (...), *op. cit.*, p. 177; MEIREIS, Manuel Augusto – **O Regime das Provas Obtidas Pelo Agente Provocador em Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 223; OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de – Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova. In BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lencastre da Costa, coord. – **Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal**. Almedina, 2013, p. 257.

³⁰⁷ Vide PIMENTA, José da Costa – **Código de Processo Penal Anotado**. Editora Rei dos Livros, 1987, p. 520.

dos artigos 118º e segs. igualmente do CPP e, se entendermos que as nulidades insanáveis devem estar previstas expressamente na lei, então as nulidades previstas nos artigos 177º, 179º e 190º do CPP são nulidades sanáveis. Para o autor, esta construção seria inaceitável perante um Estado de direito, defendendo a existência de um regime próprio para as “nulidades de prova”³⁰⁸.

MANUEL GUEDES VALENTE, adepto da mesma opinião, conclui que se a intenção do legislador fosse considerar “nulas” as provas obtidas através de meios ou métodos proibidos, nos termos dos artigos 118º a 123º do CPP (regime das nulidades), então teria tipificado as proibições no Livro II, Título V e não no Livro III³⁰⁹. Por estas razões, entende o autor que as provas obtidas de forma proibida não podem ser enquadradas no regime das nulidades (artigo 118º e seg. do CPP), pois, “não faria qualquer sentido a epígrafe do artigo 126º do CPP falar de proibições e interpretarmos estas como nulidades”. O termo «nulas» que resulta do artigo 32º, nº 8 da CRP e do artigo 126º do CPP, devem ser interpretados 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”³¹⁰.

No entendimento de JOÃO CONDE CORREIA, da expressão «nulidade» prevista no artigo 32º, nº 8 da Constituição, resulta “um sentido simbólico, não técnico”. Significa que, tais provas jamais poderão ser utilizadas no processo³¹¹.

Também JOSÉ SANTOS CABRAL, refere que as divergências existentes entre estes dois regimes “mais não são do que consequência de sua diversa natureza e da própria etiologia”³¹². Enquanto que as proibições de prova surgem como limites à investigação criminal e como forma de proteção dos direitos fundamentais, inerentes à própria dignidade da pessoa humana, o regime das nulidades surge como via de respostas ao incumprimento das exigências legais dos atos processuais, isto é, em causa estão vícios formais dos atos processuais³¹³.

³⁰⁸ Vide MEIREIS, Manuel Augusto – **O Regime das Provas** (...), *op. cit.*, p. 224.

³⁰⁹ Vide VALENTE, Manuel Guedes – **Processo Penal** (...), *op. cit.*, p. 432.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 431 e 432.

³¹¹ Vide CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, p. 64; como refere TERESA PIZARRO BELEZA, quando a lei estabelece como sanção a “nulidade” das provas obtidas por métodos proibidos, essa palavra poderá significar coisa diferente daquela prevista no regime das nulidades. BELEZA, Teresa Pizarro – *op. cit.*, p. 151.

³¹² Vide CABRAL, José António Henriques dos Santos – *op. cit.*, p. 445.

³¹³ *Idem*.

Como já referimos, o catálogo das provas proibidas encontra-se previsto no artigo 126º do CPP. No entanto, aqui a atipicidade é a regra, isto é, não existe um elenco taxativo de provas proibidas até porque, na verdade, a proibição deve decorrer diretamente do direito constitucional sempre que o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias seja afetado³¹⁴.

2. Do valor das provas obtidas com o recurso aos métodos constantes no artigo 126º do CPP

O legislador estabeleceu no nº 1 do artigo 118º do CPP, que um ato ilegal só é nulo apenas se a lei assim o declarar expressamente, pois, caso contrário, o ato é irregular (nº 2). Porém, essa nulidade só será insanável se a lei o impuser (119º do CPP).

Prescreveu, ainda, nos artigos 119º e 120º do CPP, as nulidades insanáveis e nulidades sanáveis, respetivamente. Quanto às nulidades insanáveis, são de conhecimento oficioso e devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento. Diferentemente, as nulidades sanáveis devem ser arguidas pelos interessados.

Posto isto, a questão que se coloca consiste em saber a que tipo de nulidade corresponde a proibição de prova?

Já referimos que o regime das nulidades e as proibições de prova são figuras ou realidades autónomas, ou seja, enquanto que as proibições de prova têm por fundamento a tutela dos direitos fundamentais das pessoas (meios processuais de tutela de direitos fundamentais), o regime das nulidades reporta-se à “violação dos pressupostos formais previstos para a prática de um ato lícito ou, no domínio restrito da prova, a preterição das formalidades previstas para a produção e valoração de uma determinada prova”³¹⁵.

Todavia, o CPP ao prescrever, no artigo 118º, nº 3, que “as disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova”, criou uma fronteira entre nulidades do ato processual penal e as proibições de prova³¹⁶.

Nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, este preceito prescreve “o princípio do tratamento autónomo das proibições de prova”, isto é, no seu entendimento as

³¹⁴ CORREIA, João Conde – A Distinção (...), *op. cit.*, p. 193; também VALENTE, Manuel Guedes; GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – **Lei e Crime** (...), *op. cit.*, p. 224.

³¹⁵ Neste sentido, CORREIA, João Conde – A Distinção (...), *op. cit.*, p. 184 e 185.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 175.

proibições de prova não se identificam nem se sobrepõe ao regime das nulidades dos artigos 118º e segs. do CPP³¹⁷.

No entanto, como podemos constatar, p. ex., do artigo 32º, nº 8 da CRP e no artigo 126º, nº 1 e 3 do CPP, a utilização de métodos proibidos de prova dão lugar a provas nulas, mas, tais nulidades, obedecem a um regime próprio, distinto do regime das nulidades. Trata-se, porém, de um regime complexo que distingue dois tipos de proibições de provas consoante atinjam a integridade física e moral ou a privacidade da pessoa³¹⁸.

Com este entendimento, refere GERMANO MARQUES DA SILVA que as proibições de prova não se reconduzem ao regime das nulidades, pois, se assim fosse, seria difícil explicar o nº 3 do artigo 118º do CPP³¹⁹.

Como constatamos anteriormente, o legislador não adotou a tese da inadmissibilidade absoluta dos meios de prova obtidos através de condutas lesivas de direitos fundamentais (v.g. artigo 190º e 378º), mas antes, a tese da inadmissibilidade relativa³²⁰.

Assim, estabeleceu no artigo 126º, nº 1 e 2 do CPP os métodos absolutamente proibidos e, no nº 3 do mesmo artigo, os métodos relativamente proibidos.

Quanto aos primeiros, por atingirem direitos como a integridade física e moral das pessoas, as provas obtidas por tais métodos não podem ser utilizadas no processo, mesmo com o consentimento do titular do direito em causa³²¹. Sobre este assunto, veremos que tanto a jurisprudência como a doutrina são unânimes, pois, ambos entendem que as provas obtidas em tais circunstâncias estão feridas de nulidade absoluta, insanável e de conhecimento oficioso³²².

Relativamente aos segundos, as provas obtidas podem ser utilizadas no processo, desde que a utilização de tais métodos ocorra dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei para a intromissão nos direitos tutelados ou, com o consentimento do respetivo titular.

Aqui verifica-se, claramente, o abandono de uma tutela absoluta e incontornável de direitos fundamentais e, por outro lado, assiste-se à criação de um regime de

³¹⁷ Vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *op. cit.*, p. 299.

³¹⁸ Neste sentido, Cf. CABRAL, José António Henriques dos Santos – *op. cit.*, p. 442.

³¹⁹ Vide SILVA, Germano Marques da – **Curso de (...)**, *op. cit.*, p. 178.

³²⁰ Cf. VALENTE, Manuel Guedes – **Processo Penal (...)**, *op. cit.*, p. 425.

³²¹ Cf. SILVA, Germano Marques da – **Curso de (...)**, *op. cit.*, p. 174.

³²² Há autores que defendem que as provas obtidas através destes métodos se justificam se não existir uma outra forma legítima, apta a evitar um massacre. Sobre este assunto, ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições (...)**, *op. cit.*, p. 81 e segs.

inadmissibilidade relativa de meios de prova com o objetivo de se proteger outros valores que transcendem os interesses da perseguição penal³²³.

Note-se que, nestas situações já não existe unanimidade, isto é, há, por um lado, aqueles que entendem que se enquadram no âmbito das nulidades relativas, dependentes da arguição e, por isso, sanáveis, mas, por outro, aqueles que entendem que se enquadram no regime das nulidades absolutas ou das proibições de prova³²⁴.

Ponto isto, faremos no ponto seguinte uma breve análise às divergências existentes na doutrina e na jurisprudência, acerca do valor das provas obtidas através de métodos proibidos e, em particular, através de buscas domiciliárias realizadas fora dos casos admitidos por lei.

2.1. Uma visão do problema a nível doutrinário e jurisprudencial

A questão do valor das provas obtidas através do recurso a métodos proibidos, tem levantado grandes dúvidas e criado alguma divergência na doutrina e na jurisprudência.

Sobre este assunto, entendia MANUEL MAIA GONÇALVES que resulta do artigo 126º do CPP “dois graus de desvalor de provas obtidas contra as cominações legais”. Para o autor, o desvalor ético-jurídico das provas obtidas mediante os processos referidos no nº 1 é superior ao mencionados no nº 3. Assim, enquanto que as provas obtidas pelos processos referidos no nº 1 “estão fulminadas com uma nulidade absoluta, insanável e de conhecimento oficioso, (...) já as provas obtidas, mediante o processo descrito no nº 3 são dependentes de arguição, e, portanto, sanáveis”³²⁵.

Com o mesmo entendimento, declarou o STJ que as provas obtidas através de métodos relativamente proibidos, enquanto suscetíveis de consentimento do respetivo titular, são também nulas, mas “tal nulidade, porque sanável, depende de arguição do interessado, ficando sujeito à disciplina dos artigos 120º e 121º do CPP”³²⁶.

Num sentido divergente, defende JOÃO CONDE CORREIA que a tese de MANUEL MAIA GONÇALVES não encontra qualquer apoio legal, pois, do artigo 32º, nº 8 da CRP, não resultam dois graus de desvalor. Pelo contrário, o valor é idêntico em ambos os casos. Refere

³²³ Cf. CABRAL, José António Henriques dos Santos – *op. cit.*, p. 442.

³²⁴ Sobre esta divergência, Cf. *infra*, ponto 2.1 deste capítulo.

³²⁵ *Vide* GONÇALVES, Manuel Maia – Meios de Prova (...), *op. cit.*, p. 195.

³²⁶ *Vide* Ac. do STJ de 08/02/1995. In CJ. Ano III, Tomo I, 1995.

ainda, que o artigo 126º, nº 3 do CPP, ao estabelecer que “são igualmente nulas” as provas aí previstas, “remete para o nº 1, onde prevê que as provas não podem ser, pura e simplesmente, utilizadas”³²⁷.

Segundo TERESA PIZARRO BELEZA, o nº 1 do artigo 126º do CPP prevê expressamente a nulidade das provas obtidas através dos métodos nele tipificados e, o mesmo acontece com as provas obtidas através dos métodos estabelecidos no nº 3, pois, o legislador utilizou a expressão «são igualmente nulas». Para a autora, isto significa que, se os órgãos de perseguição penal ou qualquer outra pessoa obtiverem provas através de um destes métodos proibidos, “essa prova será totalmente inútil porque em absoluto não utilizável”. Apenas poderá ser utilizada com o fim exclusivo de basear uma condenação da pessoa que ilegalmente a obteve³²⁸.

Também adepto desta opinião, entende MANUEL MARQUES FERREIRA que as provas obtidas através de métodos inadmissíveis, nunca poderão ser valoradas pelo tribunal. A sua utilização apenas servirá para proceder criminalmente contra os seus autores³²⁹.

Porém, esta conclusão é válida, não só quando em causa está a utilização de métodos absolutamente proibidos, mas, também, a utilização de métodos relativamente proibidos, isto é, sempre que o titular do direito em causa não consinta a sua violação ou, fora dos restantes casos previstos na lei³³⁰.

Assim, entende o autor que tanto a nulidade prevista no nº 1, como a prevista no nº 3, ambos do artigo 126º, têm como consequência obrigatória a nulidade absoluta.

Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA refere que o efeito da obtenção de uma prova através de métodos proibidos é a sua inutilização no processo e, por isso, não serve para fundamentar qualquer decisão, pois, é como se a prova não existisse.

Para o autor, “a invalidade resultante da produção de prova proibida será de conhecimento oficioso até decisão final, mas diversamente da nulidade que fica sanada com a decisão final transitada em julgado, a utilização de provas proibidas obtidas por meios proibidos para fundamentar a condenação é fundamento para o recurso extraordinário de revisão”³³¹.

³²⁷ CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, p. 65.

³²⁸ Vide BELEZA, Teresa Pizarro – *op. cit.*, p. 151.

³²⁹ Vide FERREIRA, Manuel Marques – *op. cit.*, p. 226.

³³⁰ *Ibidem*, p. 227.

³³¹ Vide SILVA, Germano Marques da – **Curso de** (...), *op. cit.*, p. 178; No mesmo sentido, Ac. STJ de 05/06/1991. In **BMJ**. Nº 408, julho, 1991; VALENTE, Manuel Guedes – **Processo Penal** (...), *op. cit.*, p. 432;

Na opinião de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, as provas obtidas através de métodos proibidos são nulas. No entanto, essa nulidade “deve ser considerada em sentido forte, ou seja, como proibição absoluta da sua utilização no processo”, pois, como referem os autores, “seria intolerável que para realizar a justiça no caso fossem utilizados elementos de prova obtidos por meios vedados pela Constituição e incriminados pela lei”³³².

Com esta análise, parece unânime o entendimento de que as proibições de prova, no caso, os métodos proibidos de prova previsto no artigo 126º do CPP, obedecem a um sistema normativo próprio, isto é, autónomo do regime das nulidades.

Esta ideia, para além de ser reforçada pela previsão do artigo 118º, nº 3 do CPP é, também, reforçada pelo conteúdo atual do artigo 126º do CPP³³³.

Neste sentido, a consequência para a obtenção da prova através de um método proibido, seja a proibição absoluta, seja relativa, será a sua inutilidade, isto é, as provas não podem ser objeto de valoração, quer pelo MP, quer pelo tribunal³³⁴, mas, apenas, para proceder criminalmente contra quem a obteve.

2.2. O valor das provas obtidas no âmbito de uma busca domiciliária ilícita

Reportando tudo o que foi referido para o regime das buscas, em particular, para as buscas domiciliárias, podemos constatar que a não verificação dos pressupostos legais que legitimam a sua utilização (v.g. despacho judicial de autorização) é cominada com a proibição, por força do artigo 126º, nº 3 do CPP³³⁵.

Assim, uma busca domiciliária levada a cabo sem o prévio despacho judicial de autorização, nos termos fixados no artigo 177º, nº. 1 do CPP ou, o desrespeito pelo regime previsto nos nºs. 3 e 4, no que tange à diligência ordenada pelo MP ou efetuada por OPC, tem como consequência obrigatória a nulidade absoluta³³⁶.

do mesmo autor, VALENTE, Manuel Guedes; GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – **Lei e Crime** (...), *op. cit.*, p. 231.

³³² Vide MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *op. cit.*, p. 736; também, FIDALGO, Ana Rita – *op. cit.*, p. 176.

³³³ A Lei nº 48/2007 de 29 de Agosto, que aprova as últimas alterações ao CPP de 1987, acrescentou ao artigo em análise a referência «não podendo ser utilizadas».

³³⁴ Cf. BRAVO, Teresa Maria – *op. cit.*, p. 133.

³³⁵ Cf. FIDALGO, Ana Rita – *op. cit.*, p. 176; também, SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; PINHO, D. Borges de – **Código de Processo Penal**. Vol. I. Rei dos Livros, 1996, p. 683.

³³⁶ Cf. MENDES, Paulo de Sousa – **As Proibições** (...), *op. cit.*, p. 149.

Porém, se no decurso da realização de uma busca, o consentimento for prestado por pessoa sem legitimidade, isto é, por pessoa diferente do visado pela diligência, a busca domiciliária efetivada deve, também, ser sancionada com proibição de prova nos termos do artigo 126º, nº 3 do CPP³³⁷.

Como já constatamos, alguma doutrina e jurisprudência entende que a nulidade resultante do artigo 126º, nº 3 do CPP é uma nulidade relativa.

Defensor desta tese, JOSÉ DA COSTA PIMENTA julga que a violação ou a inobservância dos pressupostos previstos no artigo 177º do CPP, comina a sanção da nulidade relativa e, portanto, sanável³³⁸.

Também o STJ declarou que, “a nulidade da busca domiciliária, não se integrando no artigo 119º (...) se assume como nulidade relativa e, nos termos do artigo 120º, nº 3 (...) como nulidade de arguição sujeita a prazo” e, por isso, uma nulidade sanável³³⁹.

Exposta toda esta doutrina e jurisprudência, parece-nos que a tese dominante é da nulidade das provas obtidas através dos métodos previstos nos nºs. 1 e 3 do artigo 126º do CPP. Segundo os defensores desta tese, resulta do preceito referido que as provas obtidas através dos métodos aí previstos estão fulminadas com uma nulidade absoluta, insanável e de conhecimento oficioso, não podendo tais provas serem utilizadas.

No entendimento de MANUEL MARQUES FERREIRA, existem outras situações de nulidades que o legislador não previu. Neste sentido, refere o nº 6 do artigo 174º, que a diligência aí prevista é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada ao JIC e por este apreciada em ordem à sua validação.

Como alude o autor, é precisamente a falta de validação que poderá conduzir à nulidade do ato. Porém, embora a lei não refira diretamente, a consequência processual da recusa de validação da busca é a nulidade por força do artigo 126º, nº 3 do CPP³⁴⁰.

³³⁷ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *op. cit.*, p. 486.

³³⁸ Vide PIMENTA, José da Costa – *op. cit.*, p. 631.

³³⁹ Vide Ac. do STJ de 23/04/1992. In BMJ. Nº 416, 1992. O mesmo entendimento foi adotado pelo TRE. Decidiu este tribunal “(...) que tal nulidade não podia ter sido conhecida e declarada oficiosamente pelo Senhor Juiz de Instrução Criminal como o foi, mas só se tivesse sido invocada pelo arguido (...)”. Vide Ac. do TRE de 17/09/2009, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

³⁴⁰ Vide FERREIRA, Manuel Marques – *op. cit.*, p. 265 e 266; Com o mesmo entendimento, SILVA, Germano Marques da – **Curso de** (...), *op. cit.*, p. 288.

Discussão diferente, consiste em saber que espécie de nulidade resulta da inobservância de certas formalidades previstas no artigo 176º do CPP e, daquelas que são aplicadas analogamente às buscas (artigo 175º do CPP)³⁴¹.

Sobre este assunto, a generalidade da doutrina tem entendido que a omissão das formalidades previstas no preceito mencionado deve qualificar-se como meras irregularidades, uma vez que, a lei não comina expressamente a nulidade nos termos do artigo 118º, n.º 1 e 2 do CPP³⁴².

Também a jurisprudência tem reiterado este entendimento em vários acórdãos. Assim, declarou o STJ que a omissão das formalidades não é fulminada com a nulidade, mas constitui uma mera irregularidade³⁴³.

Para MANUEL GUEDES VALENTE, nem todas as omissões de formalidades devem ser consideradas meras irregularidades. Segundo o autor, quando o despacho omite que o disponente do lugar pode assistir à diligência e, fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança, gera proibição de prova “por violação dos princípios democrático e da lealdade”³⁴⁴. A mesma sanção se aplica às formalidades previstas no artigo 175º do CPP, isto é, sempre que a busca desrespeite a dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor do visado³⁴⁵.

Como explica PAULO DE SOUSA MENDES, “embora o respeito pelas formalidades dos métodos de obtenção de prova tenha um significado material, na medida em que essas formalidades regulamentam e racionalizam a procura da verdade, a violação das formalidades não cabe no domínio das proibições de prova se não atentar contra direitos de liberdade”³⁴⁶.

Neste sentido, constitui mera irregularidade a inobservância das formalidades previstas nos artigos 175º e 176º do CPP apenas se não colidirem com direitos fundamentais, pois, caso contrário, devem ser sancionadas com proibição de prova nos termos do artigo 126º, n.º 3 do CPP.

³⁴¹ Cf. FERREIRA, Manuel Marques – *op. cit.*, p. 265.

³⁴² Cf. PINTO, Ana Luísa – *Aspetos Problemáticos (...)*, *op. cit.*, p. 452; também, SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; PINHO, D. Borges de – *op. cit.*, p. 687; ainda, PIMENTA, José da Costa – *op. cit.*, p. 629; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *op. cit.*, p. 480.

³⁴³ Cf. Ac. do STJ de 15/12/1998, disponível em: <http://www.pgdl.pt>; Ac. do STJ de 08/11/1995. In BMJ. N.º 451, 1996; Ac. do STJ de 29/04/1993. In CJ. Ano I, Tomo II, 1993; Ac. do STJ de 15/07/1992, disponível em: <http://www.pgdl.pt>.

³⁴⁴ Vide VALENTE, Manuel Guedes – **Processo Penal (...)**, *op. cit.*, p. 382.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 382 e 383.

³⁴⁶ Vide MENDES, Paulo de Sousa – *As Proibições (...)*, *op. cit.*, p. 182.

Como já averiguamos, o despacho de autorização de uma busca domiciliária deve conter certos elementos (v.g. a fundamentação do despacho de autorização, isto é, as razões que motivaram a busca, a identificação exata do local submetido a busca e a identidade civil do visado)³⁴⁷.

No entendimento de ANA RITA FIDALGO, a omissão de tais elementos no despacho judicial de autorização, devem qualificar-se como irregularidades nos termos do artigo 123º do CPP³⁴⁸.

No entanto, quanto à inexistência de prazo do despacho judicial, deve a diligência ser sancionada com proibição de prova. Refira-se que, tal omissão “colide manifestamente com o artigo 34º, nº 2 da CRP, na medida em que, a proteção constitucional dada ao domicílio fica desrazoavelmente diminuída perante a ausência do dito prazo”³⁴⁹. Inexistindo um prazo, possibilitar-se-ia que, no decurso de uma investigação, os OPC acessem indeterminadamente ao domicílio de alguém.

Em sentido diverso, entende PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que a inexistência de prazo do despacho judicial para a realização da diligência, é sancionada com nulidade sanável³⁵⁰.

Analisada a questão do valor das provas obtidas por uma busca domiciliária sem o competente mandado judicial e, fora dos restantes casos expressamente previstos na lei, cumpre agora aferir se a nulidade da prova obtida através de uma busca domiciliária ilegal, vale somente para a prova obtida diretamente ou se, por outro lado, afeta igualmente as provas obtidas indiretamente.

3. O efeito-à-distância da prova proibida ou «*fruit of the poisonous tree doctrine*»

Como vimos no ponto anterior, a generalidade da doutrina entende que a consequência jurídica da utilização de uma busca domiciliária ilícita, isto é, realizada fora dos casos previstos no artigo 177º do CPP, é a nulidade insanável e, por isso, de conhecimento oficioso, não podendo tais provas serem utilizadas.

³⁴⁷ Cf. Supra, capítulo III, ponto 3.

³⁴⁸ Vide FIDALGO, Ana Rita – *op. cit.*, p. 177 e 178; também, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *op. cit.*, p. 486.

³⁴⁹ Vide FIDALGO, Ana Rita – *op. cit.*, p. 176 e 177.

³⁵⁰ Vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *op. cit.*, p. 486.

No entanto, apesar de ser uma nulidade diferente das previstas no regime das nulidades dos artigos 118º a 123º do CPP, a mesma parece beneficiar de uma parte desse mesmo regime, nomeadamente, o previsto no artigo 122º, nº 1 do CPP que determina que “as nulidades tornam inválido o ato em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderam afetar”³⁵¹.

Neste sentido, pretendemos aqui analisar se a nulidade da prova vale apenas para o meio de prova obtido de forma direta através de um método proibido ou se, por outro lado, também afeta outros meios de prova obtidos de forma indireta. Por outras palavras, pretende-se saber se a prova obtida indiretamente através de um método proibido pode ser valorada no processo.

Este é o problema do efeito-à-distância das proibições de provas ou, se quisermos, da doutrina dos *frutos da árvore envenenada* desenvolvida nos EUA³⁵².

No decorrer de uma investigação, a aquisição de determinadas provas através do recurso a métodos ilícitos, pode levar à realização de novas diligências destinadas à descoberta de novas provas. Nestas situações, pretende-se saber se o vício que afeta a prova inicial ou direta provoca uma reação em cadeia (o chamado «efeito dominó»), impedindo a utilização das provas consequenciais.

Como veremos, a proibição de valoração pode não incidir apenas sobre a prova direito ou imediata. Quando a obtenção de uma prova indireta ou mediata só for possível com base na primeira, então a proibição de valoração também atinge a prova indiretamente obtida, pois, caso contrário, o sistema seria facilmente contornado³⁵³.

Para HELENA MORÃO, o «efeito remoto» da utilização de métodos proibidos de prova encontra-se previsto no artigo 32º, nº 8 da CRP³⁵⁴.

³⁵¹ Cf. CONCEIÇÃO, Ana Raquel – *op. cit.*, p. 197; Inversamente, refere PAULO DE SOUSA MENDES que a conexão do efeito-à-distância ao artigo 122º do CPP, como sendo a sua base legal, é duvidosa “atendendo à autonomia técnica das proibições de prova” relativamente ao regime das nulidades. *Vide* MENDES, Paulo de Sousa – O Efeito-à-Distância das Proibições de Prova. In Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Nº 74, jul/dez, 2013, p. 225

³⁵² Esta expressão foi utilizada pela primeira vez pelo Juiz Conselheiro Felix Frankfurter, no processo *Nardone v. United States* de 1939. Cf. MENDES, Paulo de Sousa – O Efeito (...), *op. cit.*, p. 220.

³⁵³ Cf. MEIREIS, Manuel Augusto – **O Regime das Provas** (...), *op. cit.*, p. 233 e 234.

³⁵⁴ *Vide* MORÃO, Helena – O Efeito-à-Distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 16, nº 4, out/dez, 2006, p. 597.

Esta construção resulta do teor literal do preceito referido, na medida em que, declara a nulidade das “provas obtidas mediante tortura (...)”, “sem introduzir qualquer distinção acerca do grau imediato ou mediato da sua obtenção”³⁵⁵.

Refere, igualmente, ser possível encontrar um outro argumento através da “hermenêutica jurídico-constitucional proveniente da teoria da interpretação das normas constitucionais que aponta também para a ideia de que o «tele-efeito» das proibições de prova se encontram dentro do âmbito normativo do artigo 32º, nº 8 da Constituição”³⁵⁶.

No que concerne à lei processual penal, o artigo 126º estatui a nulidade das provas obtidas através de métodos proibidos e, também, a sua não valoração no processo. Porém, é o artigo 122º, nº 1 do CPP que propaga essa nulidade aos atos subseqüente, resultantes do primeiro e, aqueles que dependerem dele³⁵⁷.

Neste sentido, refere MANUEL AUGUSTO MEIREIS que o efeito à distância mais não é do que um “complemento indispensável” ao regime estabelecido no artigo 126º do CPP, com o propósito de fazer cumprir o comando constitucional previsto no artigo 32º, nº 8 da CRP³⁵⁸.

Como explica ROXIN, a ausência do efeito-à-distância incentivaria o recurso a métodos proibidos de prova, na medida em que, os meios de prova indiretos obtidos ilicitamente, seriam sempre valorados³⁵⁹. Assim, estaríamos a deixar entrar por uma porta o que se deseja proíbe por outra³⁶⁰.

No entendimento de PAULO SOARES, o efeito-à-distância surge como uma garantia de defesa no processo criminal (artigo 32º, nº 1 da CRP), mas, também, como um desincentivo à adoção de métodos proibidos pelos investigadores³⁶¹.

³⁵⁵ *Idem*.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 598.

³⁵⁷ Cf. MEIREIS, Manuel Augusto – **O Regime das Provas** (...), *op. cit.*, p. 234; Segundo o TC “esta norma abre um espaço interpretativo no qual há que procurar relações de dependência ou de produção de efeitos que, com base em critérios racionais, exijam a projeção do mesmo valor negativo que afeta o ato anterior. Ac. do TC, nº 198/04, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

³⁵⁸ Vide MEIREIS, Manuel Augusto – **O Regime das Provas** (...), *op. cit.*, p. 234; também, CONCEIÇÃO, Ana Raquel – *op. cit.*, p. 198.

³⁵⁹ *Apud* MEIREIS, Manuel Augusto – **O Regime das Provas** (...), *op. cit.*, p. 234; No mesmo sentido, VALENTE, Manuel Guedes; GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – **Lei e Crime** (...), *op. cit.*, p. 232; também, CONCEIÇÃO, Ana Raquel – *op. cit.*, p. 198.

³⁶⁰ Cf. SILVA, Germano Marques da – **Curso de** (...), *op. cit.*, p. 181.

³⁶¹ Vide SOARES, Paulo Alexandre Fernandes – *op. cit.*, p. 113; Neste sentido, considerou o TC que em “certas situações de «efeito-à-distância» não deixam de constituir uma das dimensões garantísticas do processo criminal”. Vide Ac. do TC, nº 198/04, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

Assim, com o efeito-à-distância pretende-se evitar a utilização de meios de prova indiretos, obtidos através de uma busca domiciliária – e através dos demais meios de obtenção da prova – efetuada ilicitamente. Como já referimos, a realização da mesma, sem a verificação dos respetivos requisitos de admissibilidade, consubstancia na prática de um crime previsto no artigo 378º do CP (quando praticada por funcionário), por colidir com determinados direitos tutelados pela constituição.

A primeira resposta a esta problema surge nos EUA, onde nasceu a «*fruit of the poisonous tree doctrine*»³⁶². De acordo com esta doutrina, uma proibição de valoração estende-se não só aos meios de prova obtidos diretamente, como, também, aos obtidos indiretamente, inclinando-se para a “maximização do alcance da proibição da valoração, por via de regra extensiva também ao meio de prova secundário”³⁶³. Todavia, afasta-se, igualmente, do extremo oposto que rejeita totalmente o efeito à distância³⁶⁴.

Por outras palavras, não vigora a “regra automática da inutilização” das provas adquiridas através de métodos proibidos”, mas a regra da “apreciação casuística e decisão em função de um conjunto de fatores”³⁶⁵.

Como defendeu o TC, esta doutrina nunca teve o sentido de um «efeito de dominó», que arrasta todas as provas que ocorram em momento posterior à prova proibida. Inversamente, “abre um amplo espaço à ponderação das situações concretas”, afastando-se da ideia de que o único caminho seria o da invalidade de todas as provas posteriores à prova ilegal³⁶⁶.

No ordenamento jurídico alemão, a orientação adotada foi a da inadmissibilidade ou rejeição das provas mediatas ou indiretamente obtidas através de um meio proibido. Porém, cada vez mais, a doutrina germânica tem apresentado manifestações favoráveis na adoção do «*tele-efeito*» das proibições de prova³⁶⁷.

Entre nós, o efeito-à-distância foi admitido pela primeira vez no acórdão do Tribunal Judicial de Oeiras de 5 de março de 1993. Segundo este tribunal, “a nulidade do primeiro

³⁶² Cf. MENDES, Paulo de Sousa – O Efeito (...), *op. cit.*, p. 220.

³⁶³ Neste sentido, SOUSA, João Henrique Gomes de – Das Nulidades à «*fruto of the poisonous tree*». In Revista da Ordem dos Advogados. Ano 66, Vol. 2., setembro, 2006.

³⁶⁴ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as** (...), *op. cit.*, p. 62.

³⁶⁵ Vide PINTO, Ana Luísa – As Buscas não Domiciliárias no Direito Processual Penal Português. In Revista do Ministério Público. Ano 28, nº 109, jan-mar, 2007, p. 54.

³⁶⁶ Vide Ac. do TC, nº 198/04, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

³⁶⁷ Neste sentido, MORÃO, Helena – *op. cit.*, p. 579.

dos meios de prova é extensível ao segundo, impossibilitando, da mesma forma, o julgador de extrair deste último qualquer juízo valorativo³⁶⁸.

A solução deste problema diverge na doutrina e na jurisprudência, mas, na verdade, não se verificam posições extremadas da aceitação do efeito-à-distância³⁶⁹.

Para JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, as proibições de valoração da prova previstas no CPP que se dedicam à proteção da dignidade humana, através da imposição de limitações, contaminam, também, as provas secundárias ou indiretas obtidas através dessas proibições. Assim, o efeito da proibição da prova proveniente da prova imediata afeta, igualmente, a prova mediata³⁷⁰.

Segundo MANUEL DA COSTA ANDRADE, o efeito-à-distância adquire existência no nosso ordenamento jurídico em dois casos, a saber: *o fim da proteção da norma e os processos hipotéticos de investigação*³⁷¹.

Quanto à primeira situação, entende o autor que é necessário conferir o que se pretende proteger com a proibição da prova, ou seja, é necessário “indagar em que medida a exclusão daquelas provas é reclamada pelo fim de proteção da proibição de prova concretamente violada”³⁷². Neste sentido, rejeita-se o efeito-à-distância relativamente às proibições de prova que apresentem como *ratio* a prevenção de perigos para a descoberta da verdade, como, p. ex., à proibição das *testemunhas-de-ouvir-dizer*³⁷³.

Relativamente à segunda situação, o autor começa por referir, que só se verifica o afastamento do efeito-à-distância “quando tal seja imposto por razões atinentes ao nexo de causalidade ou de «imputação objetiva» entre a violação da proibição de produção da prova e a prova secundária”³⁷⁴, ou seja, admite-se a valoração da prova secundária sempre que não exista nexo de causalidade entre essa e, a violação da proibição de produção de prova inicial.

³⁶⁸ *Apud* MENDES, Paulo de Sousa – O Efeito (...), *op. cit.*, p. 223; A existência do efeito-à-distância foi posteriormente reafirmada pelo TC nos acórdãos n.ºs. 198/04 e 13/2008, disponíveis em: www.tribunalconstitucional.pt.

³⁶⁹ Neste sentido, o STJ realçou o “caracter não automático da refração da prova inválida sobre a sequente”. É necessário verificar se existe uma verdadeira autonomia, que destaque, de forma substancial, o meio de prova posterior. *Vide* Ac. do STJ de 07/06/2006, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

³⁷⁰ *Vide* DIAS, Jorge de Figueiredo – Para uma Reforma Global do Processo Penal Português. Da Sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais. In AA. VV. – **Para uma Nova Justiça Penal**. Editora Almedina, 1983 p. 189 e segs.

³⁷¹ *Vide* ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as (...)**, *op. cit.*, p. 103 e 107.

³⁷² *Ibidem*, p. 177.

³⁷³ *Idem*.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 178 e 316; também, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *op. cit.*, p. 338.

Porém, atendendo aos *processos hipotéticos de investigação*, pode acontecer que o nexo de causalidade entre a prova imediata e a prova mediata, seja insuficiente para a aceitação do efeito-à-distância da violação da proibição de produção da prova originária.

Nesta linha de pensamento, MANUEL DA COSTA ANDRADE dá conta da admissibilidade da utilização das provas secundárias ou mediatas, em detrimento do afastamento do efeito-à-distância das proibições de prova. Segundo o autor, isto seria possível em situações em que haja certezas ou fortes probabilidades (recorrendo a um juízo de causalidade hipotética) de que as autoridades teriam chegado ao meio de prova secundário através de um outro método de investigação lícito e respeitador das proibições de prova³⁷⁵.

Acrescenta ainda que não basta uma *mera probabilidade*. Exige-se que a obtenção desses meios de prova secundários seja *altamente provável*³⁷⁶.

Ainda, no que respeita às exceções ou limitações à teoria dos frutos da árvore envenenada, HELENA MORÃO faz menção a dois casos, nomeadamente, a exceção da *descoberta inevitável* e a exceção da *fonte independente*³⁷⁷. No primeiro caso, pretende-se aceitar as provas mediatas que “inevitavelmente” seriam descobertas, ainda que, mais tarde, através de outro tipo de investigação. Quanto à segunda exceção, pretende-se aceitar as provas secundárias que foram ou podiam ter sido obtidas posteriormente por via autónoma e legal³⁷⁸.

Neste sentido, concluí que em ambos os casos é necessário que exista um caminho autónomo que conduza às provas secundárias. Contudo, enquanto que na exceção da *fonte independente* esse caminho é atual, na exceção da *descoberta inevitável* o percurso revela-se meramente hipotético³⁷⁹.

Na sua opinião, nada impede que as provas mediatas ou secundárias sejam valoradas no processo quando advenham de um caminho investigatório “independente e efetivo”, pois, nestas situações, não existe qualquer relação de causalidade entre o comportamento ilícito inicial e a prova mediatamente obtida³⁸⁰.

³⁷⁵ *Idem*.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 313; A este respeito, ROXIN reclama um “grau de probabilidade máximo” quanto ao alcance das provas secundárias. *Apud* MORÃO, Helena – *op. cit.*, p. 610.

³⁷⁷ *Vide* MORÃO, Helena – *op. cit.*, p. 614.

³⁷⁸ *Idem*; no entendimento de MANUEL DA COSTA ANDRADE, admite-se as provas mediatas nas situações em que, ao lado do chamado caminho proibido, existe um outro caminho autónomo, independente, de onde as mesmas provas podem, também, ser retiradas. *Vide* ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as (...)**, *op. cit.*, p. 172.

³⁷⁹ *Vide* MORÃO, Helena – *op. cit.*, p. 614.

³⁸⁰ *Idem*.

Outra exceção ao efeito-à-distância identificada pela autora é a mácula (nódoa) dissipada. Pretende-se com tal limite, admitir a utilização de provas secundárias que, mesmo provenientes de prova ilegal, não apresentem qualquer nexo causal com a violação inicial³⁸¹.

Existem duas situações que podem conduzir à inexistência de qualquer nexo de causalidade, a saber: (1) quando a “nódoa” do processo é “limpa” pelas autoridades judiciárias através da continuação da recolha de outros meios de prova de forma independente e legal; e (2) quando a “nódoa” do processo é “limpa” através da atuação livre do arguido ou de um terceiro, p. ex., quando o arguido é forçado a confessar determinados factos através de um tratamento desumano, mas, posteriormente, após ter sido convenientemente informado de que tais provas não podem ser utilizadas, opta por confessar os mesmos factos espontaneamente³⁸².

Transportando tudo o que aqui foi mencionado para o plano do meio de obtenção da prova em análise neste estudo, podemos referir que quando a busca é efetuada em pleno desrespeito pelos pressupostos de admissibilidade estabelecidos no artigo 177º do CPP, não só as provas diretamente obtidas estão fulminadas com nulidade nos termos do artigo 126º, nº 3 do CPP, mas, também, todas as provas consequenciais, isto é, a nulidade que atinge as provas diretas é extensível às provas indiretas. Assim, estas últimas estão igualmente feridas de nulidade, não podendo ser utilizadas no processo por colidirem com direitos fundamentais tutelados pela Constituição.

No entanto, como podemos constatar, existem determinadas exceções ao efeito-à-distância das provas proibidas, ou seja, sempre que se verifique uma das limitações aqui enunciadas, admite-se a utilização das provas obtidas indiretamente. Neste sentido, e a título de exemplo, entende MANUEL DA COSTA ANDADE que se admite a prova indireta se não existir um nexo de causalidade entre a violação da proibição de produção da prova e a prova secundária³⁸³.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 615; também, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE refere que o efeito-à-distância se exclui “quando a prova subsequente deriva historicamente de uma prova ilegal, mas o fim de proteção da norma processual violada não abrange valorativamente a prova subsequente” *Vide*, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *op. cit.*, p. 339.

³⁸² *Vide* MORÃO, Helena – *op. cit.*, p. 616.

³⁸³ *Vide* ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as (...)**, *op. cit.*, p. 178 e 316.

CONCLUSÃO

O atual processo penal português, de estrutura essencialmente acusatória, apresenta como principais finalidades a descoberta da verdade material e a realização da justiça, a proteção dos direitos fundamentais das pessoas e a reposição da tranquilidade e paz jurídica. Na verdade, o nosso processo penal vive numa constante tensão entre a descoberta da verdade material e o pleno respeito pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais e, por isso, como propósito de apaziguar este conflito de interesses, a Constituição estabelece determinados limites à restrição dos direitos.

Esta harmonia deve ser garantida, desde logo, ao nível do Livro III «Da prova», em particular, no Título III «Dos meios de obtenção da prova». Pretende-se que o recurso a estes mecanismos ou procedimentos respeite os princípios estruturantes do nosso Estado de Direito Democrático.

No caso das buscas domiciliárias, a sua utilização deve apenas ser admitida em situações excecionais, isto é, quando necessária, proporcional e adequada aos fins visados e, essencialmente, quando não aniquiladora dos direitos em causa.

Refira-se que, este tema carece de um especial cuidado, pois, dependendo do local que os órgãos de perseguição penal pretendam investigar, pode resultar numa das duas buscas estabelecidas no nosso CPP (artigos 174º, nº 2 e 177º).

Neste sentido, perfilhando a doutrina de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA³⁸⁴ e, também, do Tribunal Constitucional³⁸⁵, concluímos que o sentido de domicílio, estabelecido no artigo 34º da CRP, corresponde a um sentido amplo de domicílio, abrangendo o domicílio voluntário geral (seja permanente ou ocasional; primário ou secundário; móvel ou imóvel) e o domicílio profissional. Porém, rejeitamos a sua extensão às sedes das pessoas coletivas por entendermos que, em causa não está a esfera da intimidade da vida privada e familiar em que se baseia a inviolabilidade do domicílio, mas apenas as relações profissionais de índole “económica e patrimonial”³⁸⁶.

³⁸⁴ Vide CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 540.

³⁸⁵ Vide Ac. do TC nº 452/89, disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

³⁸⁶ Cf. CORREIA, João Conde – Qual o Significado (...), *op. cit.*, p. 51.

O legislador ordinário, ao admitir no artigo 177º do CPP o recurso a este meio de obtenção da prova, estabeleceu, igualmente, um catálogo de pressupostos que legitimam a sua admissibilidade no processo.

Neste sentido, preceituou na al. a) do nº 3 do artigo 177º, por remissão à al. b) do nº 5 do artigo 174º, uma via que legitima os OPC a fazerem uso deste meio de obtenção da prova sem que, para tal, ofendam os direitos fundamentais das pessoas, desde que realizado dentro dos limites impostos pela Lei Fundamental. Referimo-nos, precisamente, às situações em que o visado pela diligência consente a realização da busca.

Note-se que, nestas situações o visado abdica dos seus direitos (direito à inviolabilidade do domicílio e direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar) ao consentir, de forma voluntária e esclarecida, a entrada dos OPC no seu domicílio. Tratando-se, *in casu*, de bens jurídicos disponíveis, considera-se que, por força do princípio «*volenti non fit injuria*» (não se injuria aquele que consente), o consentimento do visado elimina o eventual ilícito, isto é, exclui a ilicitude da conduta tipificada no artigo 378º do CP, que estabelece o crime de violação de domicílio por funcionário.

Sobre este problema, concluímos que o consentimento deve ser prestado pelo visado e não pelo proprietário ou por um outro qualquer co-domiciliado. Para o efeito, entenda-se por visado, aquele que é suspeito ou arguido e sobre quem recairá as consequências processuais.

Concluímos, igualmente, que em situações de domicílio partilhado, não é exigível o consentimento cumulativo de todos os co-domiciliados, bastando, para tal, o consentimento de quem é visado pela diligência.

Todavia, apesar de o legislador ter estabelecido no artigo 177º do CPP um regime de admissibilidade das buscas domiciliárias, na verdade, nada impede que estas possam ser consideradas um método de obtenção da prova proibido, isto é, quando esta diligência for efetuada no desprezo pelos pressupostos que legitimam a sua utilização.

Por força do artigo 126º, nº 3 do CPP, são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas através deste meio de obtenção da prova, à exceção dos casos previstos na lei, ou seja, quando a ingerência no domicílio de alguém não seja “abusiva” (artigo 32º, nº 8 da CRP). Por outras palavras, podemos referir que este preceito legal caracteriza as buscas domiciliárias como um meio de obtenção da prova relativamente proibido, na medida em que, em determinadas circunstâncias, admite a sua utilização.

Neste sentido, concluímos que não é “abusiva” a diligência ordenada ou autorizada pelo juiz (nº 1 do artigo 177º) e ordenada pelo MP ou efetuada por OPC (nº 3 do artigo 177º). Em todas as outras situações, as buscas domiciliares enquadram-se no regime das proibições de prova, nos termos do artigo 126º, nº 3 do CPP. Quanto às provas obtidas através de uma busca ilegal, são nulas e, como consequência, não podem ser utilizadas no processo.

O mesmo efeito recai sobre as provas obtidas de forma indireta, isto é, se o meio de prova obtido de forma direta resultar de uma busca domiciliar proibida, as provas indiretamente obtidas por este método proibido, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas no processo. Porém, caso se verifique algumas das exceções ao efeito-à-distância identificadas no ponto 3 do capítulo IV, esse efeito não se estende aos meios de provas indiretos.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – **Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4º Ed. Universidade Católica Editora, 2011.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – **Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 3º Ed. Universidade Católica Editora, 2015.

ALEXANDRINO, José Melo – **Direitos Fundamentais. Introdução Geral**. 2ª Ed. Príncípa, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4ª Ed. Almedina, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa – Comentário ao artigo 191º. In DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. – **Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial**. Tomo I. Coimbra Editora, 1999.

ANDRADE, Manuel da Costa – **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa – Domicílio, Intimidade e Constituição. In Revista de Legislação e Jurisprudência. Ano 138, nº 3953, Nov/Dez, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa – Domicílio, Intimidade e Constituição (Anotação Crítica do Acórdão 364/2006 do Tribunal Constitucional). In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 21, Vol. 100, Jan-Fev, 2013.

ANDRADE, Manuel da Costa – **Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspetiva Jurídico-Criminal**. Coimbra Editora, 1996.

ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições da Prova em Processo Penal**. Coimbra Editora, 1992.

BELEZA, Teresa Pizarro – **Apontamentos de Direito Processual Penal**. Vol. II, Coimbra: AAFDL, 1993.

BRAVO, Teresa Maria da Silva – Revistas e Buscas: O Processo Penal na Era da Globalização. In VALENTE, Manuel Guedes, coord. – **III Congresso de Processo Penal**. Editora Almedina, 2010.

CABRAL, José António Henriques dos Santos – Comentário ao artigo 126°. In GASPAR, António Henriques [et. al.], coord. – **Código de Processo Penal Anotado**. Edições Almedina, 2014.

CALADO, António Ferreira – A Inviolabilidade do Domicílio e a Criminalidade Organizada. In Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 83, 2007.

CONCEIÇÃO, Ana Raquel – **Escutas Telefónicas: Regime Processual Penal**. Quid Juris, 2009.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. 4ª Ed. Coimbra Editora, 2014.

CORREIA, João Conde – A Distinção Entre a Prova Proibida por Violação dos Direitos Fundamentais e Prova Nula Numa Perspetiva Essencialmente Jurisprudencial. In Revista do CEJ. Nº 4, 1º Semestre, 2006.

CORREIA, João Conde – Qual o Significado da Abusiva Intromissão na Vida Privada, no Domicílio, na Correspondência e nas Telecomunicações. In Revista do Ministério Público. Ano 20, nº 79, Jul/Set, 1999.

CUNHA, J. Manuel Damião da – Dos Meios de Obtenção da Prova Face à Autonomia Técnica e Tática dos Órgãos de Polícia Criminal. In VALENTE, Manuel Guedes, coord. – **II Congresso de Processo Penal**. Almedina, 2006.

DAVIN, João – O Regime das Buscas Domiciliárias. In **Estudo Comemorativos dos 25 Anos do ISCPSI em Homenagem ao Superintendente-Chefe Afonso de Almeida**. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Processual Penal**. 1ª Ed. Coimbra Editora, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Processual Penal**. Lições Coligadas por Maria João Antunes. Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo – O Novo Código de Processo Penal. In Boletim do Ministério da Justiça. Nº 369, Outubro, 1987.

DIAS, Jorge de Figueiredo – Para uma Reforma Global do Processo Penal Português. Da Sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais. In AA. VV. – **Para uma Nova Justiça Penal**. Editora Almedina, 1983.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – **Curso de Processo Penal**. Vol. I. Lisboa: Editora Danúbio, 1986.

FERREIRA, Manuel Marques – Meios de Prova. In **Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

FIDALGO, Ana Rita – Autorização Judicial e Legalidade nas Buscas Domiciliárias. In BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lencastre da Costa, coord. – **Prova**

Criminal e Direito de Defesa, Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal. Almedina, 2013.

FONSECA, J. Martins – Conceito de Domicílio, Face ao Art.º 34.º da Constituição da República. In Revista do Ministério Público. Ano 12, nº 45, Jan/Mar, 1991.

GASPAR, António Henriques – **As Exigências da Investigação no Processo Penal Durante a Fase de Instrução: Que Futuro Para o Direito Processual Penal?**. Coimbra Editora, 2009.

GASPAR, António Henriques [et. al.] – **Código de Processo Penal Anotado**. Edições Almedina, 2014.

GOLD, Russell M. – Is This Your Bedroom? Reconsidering Third-party Consent Searches Under Modern Living Arrangements. In The George Washington Law Review [Em linha]. Vol. 76, nº 2, (2008). [Consult. 18 Abr. 2017]. Disponível em http://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2012/08/76_2_Gold.pdf.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – **A Prova do Crime: Meios Legais Para a Sua Obtenção**. Almedina, 2009.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – **Crime. Medidas de Coação e Prova: O Agente Infiltrado, Encoberto e Provocador**. Almedina, 2015.

GONÇALVES, Manuel Maia – **Código de Processo Penal Anotado**. 7º Ed. Revista e Atualizada. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

GONÇALVES, Manuel Maia – In **Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

GUINCHAED, Serge; BUISSON, Jacques – **Procédure Pénale**. 4º Édition. Paris: Litec, 2008.

HOLCOMB, Jayme Walker – Obtaining Written Consent to Search. In Bulletin Law Enforcement FBI [Em linha]. Vol. 72, nº 3, (2003). [Consult. 20 Abr. 2017]. Disponível em: <https://leb.fbi.gov/2003-pdfs/leb-march-2003>.

JACINTO, F. Teodósio – O Modelo de Processo Penal Entre o Inquisitório e o Acusatório: Repensar a Intervenção Judicial na Comprovação da Decisão de Arquivamento do Inquérito. In Colóquio de Direito Penal e Processo Penal do Supremo Tribunal de Justiça de 03/06/2009. [Em linha]. [Consult. 22 Mai. 2017]. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/-dtopenalprocesso_teodo-siojacinto.pdf.

JESUS, Francisco Marcolino de – **Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal**. Editora Almedina, 2011.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes – **Código Civil Anotado**. Vol. I. 4ª Ed. Coimbra Editora, 2010.

LOBO, Fernando Gama – **Código de Processo Penal Anotado**. Editora Almedina, 2015.

LOPES, José Mouraz – **Garantia Judiciária no Processo Penal: do Juiz e da Instrução**. Coimbra Editora, 2000.

MEIREIS, Manuel Augusto – Homens de Confiança. Será o Caminho? In VALENTE, Manuel Guedes, coord. – **II Congresso de Processo Penal**. Almedina, 2006.

MEIREIS, Manuel Augusto – **O Regime das Provas Obtidas Pelo Agente Provocador em Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1999.

MENDES, Paulo de Sousa – As Proibições de Prova no Processo Penal. In PALMA, Maria Fernanda, coord. – **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

MENDES, Paulo de Sousa – **Lições de Direito Processual Penal**. Editora Almedina, 2015.

MENDES, Paulo de Sousa – O Efeito-à-Distância das Proibições de Prova. In Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Nº 74, jul/dez, Porto Alegre, 2013.

MIRANDA, Jorge – **Escritos Vários Sobre Direitos Fundamentais**. 1ª Ed. Príncípia Editora, 2006.

MIRANDA, Jorge – Inviolabilidade do Domicílio: Anotação à Sentença do Tribunal Criminal da Comarca de Lisboa, de 23 de Julho de 1973. In Revista de Direito e de Estudos Sociais. Ano 19, nº 1/4, 1972.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Tomo I. 2ª Ed. Coimbra Editora, 2010.

MORÃO, Helena – O Efeito-à-Distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 16, nº 4, Out/Dez, 2006.

MOTA, José Luís Lopes da – A revisão do Código de Processo Penal. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 8, Fasc. 2º, abril/junho, 1998.

MULAS, Nieves Sanz – Los Medios de Obtención de Pruebas em España. In VALENTE, Manuel Guedes, coord. – **I Congresso de Processo Penal**. Memórias. Coimbra: Editora Almedina, 2005.

NETO, Abílio – **Código Civil Anotado**. 18ª Edição Revista e Atualizada. Edições Almedina, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a Direitos Fundamentais. In MIRANDA, Jorge, coord. – **Perspetivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**. Vol. I. Coimbra Editora, 1996.

NUNES, Carlos Alberto Casimiro – Dos meios de Obtenção de Prova: o Caso das Buscas Domiciliárias e Das Interceções Telefónicas. In Politeia, Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Ano 6/7, 2009/2010.

OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de – Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova. In BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lencastre da Costa, coord. – **Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal**. Almedina, 2013.

OVEJERO, Marc Espinosa – Inviolabilidad del Domicilio Durante el Proceso Penal [Em linha]. Universitat Autònoma de Barcelona, (2016). [Consult. 05 Abr. 2017]. Disponível em: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2016/164100/TFG_mespinosaovejero_dret.pdf.

PALMA, Maria Fernanda – O Problema Penal do Processo Penal. In PALMA, Maria Fernanda, coord. – **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Livraria Almedina, Coimbra, 2004.

PEREIRA, Clara Martins [et. al.] – **Comentário ao Código Civil: Parte Geral**. Universidade Católica Editora, 2014.

PIMENTA, José da Costa – **Código de Processo Penal Anotado**. Editora Rei dos Livros, 1987.

PINTO, Ana Luísa – As Buscas não Domiciliárias no Direito Processual Penal Português. In Revista do Ministério Público. Ano 28, nº 109, Jan-Mar 2007.

PINTO, Ana Luísa – Aspetos Problemáticos do Regime das Buscas Domiciliárias. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 15, nº 3, Jul/Set, 2005.

PINTO, Paulo Mota – O Direito à Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada. In Boletim da Faculdade de Direito. Nº 69, 1993.

PINTO, Paulo Mota – A Proteção da Vida Privada e a Constituição. In Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 76, 2000.

QUEIROZ, Cristina – **Direitos Fundamentais: Teoria Geral**. 2ª Ed. Coimbra Editora, 2010.

RENUCCI, Jean-François; CÉRÉ, Jean-Paul; CASTÉROT, Coralie Ambroise – **Code de Procédure Pénale**. 57º Édition. Dalloz, 2016.

RIBEIRO, Vinício – **Código de Processo Penal: Notas e Comentários**. 2ª Ed. Coimbra Editora, 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda – A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e a Reserva do Juiz nas Fases Anteriores ao Julgamento ou a Matriz Basicamente Acusatória no Processo Penal. In **25 Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa**. Coimbra Editora, 2009.

ROSA, Luís Bértolo – Consequências Processuais das Proibições de Prova. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 20, nº 2, Abr./Jun., 2010.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente – **Prova e Formação da Convicção do Juiz**. Editora Almedina, 2016.

SANTOS, Andrés de la Oliva [et. al.] – **Derecho Procesal Penal**. 3ª Ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1997.

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; PINHO, D. Borges de – **Código de Processo Penal**. Vol. I. Rei dos Livros, 1996.

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, João Simas – **Noções de Processo Penal**. 2ª Ed. Rei dos Livros, 2011.

SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Vol. II. 5ª Ed. Editora Verbo, 2011.

SILVA, Germano Marques – Produção e Valoração da Prova em Processo Penal. In Revista do CEJ. Nº 4, 1º Semestre, 2006.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer da – **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SILVEIRA, Jorge Noronha e – O Conceito de Indícios Suficientes no Processo Penal Português. In PALMA, Maria Fernanda, coord. – **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Livraria Almedina, Coimbra, 2004.

SOARES, Paulo Alexandre Fernandes – **Meios de Obtenção de Prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia**. Editora Almedina, 2014.

SOLER, José María Rifá; GOMBAU, José Francisco Valls – **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Iurgium Editores, 2000.

SOUSA, João Henrique Gomes de – Das Nulidades à «*fruito of the poisonous tree*». In Revista da Ordem dos Advogados. Ano 66, Vol. 2, Setembro, 2006.

VALENTE, Manuel Guedes – A Investigação do Crime Organizado. In VALENTE, Manuel Guedes, coord. – **Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa: Interferências e Ingerências Mútuas**. Coimbra: Almedina, 2009.

VALENTE, Manuel Guedes; GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – **Lei e Crime: O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador. Os Princípios do Processo Penal**. Editora Almedina, 2001.

VALENTE, Manuel Guedes – **Processo Penal**. Tomo I. 3ª Ed. Revista, Atualizada e Aumentada. Editora Almedina, 2010.

VALENTE, Manuel Guedes – **Revistas e Buscas**. 2º Ed. Revista e Aumentada. Editora Almedina, 2005.

VALENTE, Manuel Guedes – **Revistas e Buscas: Que Viagem Queremos Fazar?** In VALENTE, Manuel Guedes, coord. – **I Congresso de Processo Penal**. Memórias. Coimbra: Editora Almedina, 2005.

VALIENTE, Luis M. Uriarte; PIAY, Tomás Farto – **El Proceso Penal Español: Jurisprudencia Sistematizada**. 1ª Ed. La Ley, 2007.

VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. 7ª Ed. Edições Almedina, 2012.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA
(nacional e internacional)

Tribunal Constitucional

- Acórdão do TC, nº 7/87, relator Conselheiro Mário de Brito.
- Acórdão do TC, nº 452/89, relator Conselheiro Raul Mateus.
- Acórdão do TC, nº 128/92, relator Conselheiro Messias Bento.
- Acórdão do TC, nº 212/93, relator Conselheiro Bravo Serra.
- Acórdão do TC, nº 507/94, relator Conselheiro Ribeiro Mendes.
- Acórdão do TC, nº 114/95, relator Conselheiro Tavares da Costa.
- Acórdão do TC, nº 16/97, relator Conselheiro Monteiro Diniz.
- Acórdão do TC, nº 67/97, relator Conselheiro Tavares da Costa.
- Acórdão do TC, nº 578/98, relator Conselheiro Messias Bento.
- Acórdão do TC, nº 198/04, relator Conselheiro Rui Moura Ramos.
- Acórdão do TC, nº 364/06, relatora Conselheira Maria Helena Brito.
- Acórdão do TC, nº 274/07, relator Conselheiro Benjamim Rodrigues.
- Acórdão do TC, nº 278/07, relator Conselheiro Mário Torres.
- Acórdão do TC, nº 13/08, relatora Conselheira Maria Lúcia Amaral.
- Acórdão do TC, nº 593/08, relator Conselheiro Joaquim Ribeiro.
- Acórdão do TC, nº 596/08, relator Conselheiro Mário Torres.
- Acórdão do TC, nº 216/12, relatora Conselheira Catarina Sarmiento e Castro.
- Acórdão do TC, nº 126/13, relator Conselheiro Vítor Gomes.

Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão do STJ de 05/06/1991. In BMJ. Nº 408, julho, 1991.
- Acórdão do STJ de 23/04/1992. In BMJ. Nº 416, 1992.
- Acórdão do STJ de 15/07/1992, relator Ferreira Vidigal. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do STJ de 26/11/1992, *apud* Acórdão do TC, nº 507/94. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do STJ de 29/04/1993. In CJ. Ano I, Tomo II, 1993.
- Acórdão do STJ de 08/02/1995. In CJ. Ano III, Tomo I, 1995.

Acórdão do STJ de 08/11/1995. In BMJ. Nº 451, 1995.

Acórdão do STJ de 27/01/1998. In BMJ. Nº 473, 1998.

Acórdão do STJ de 15/12/1998, relator Martins Ramir. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do STJ de 07/06/2006, relator Henriques Gaspar. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do STJ de 20/09/2006, relator Armindo Monteiro. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

Tribunais da Relação

Acórdão do TRL de 13/07/2005, relator Carlos Almeida. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRL de 22/10/2008, relator Carlos Almeida. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRL de 22/12/2009, relator Pedro Martins. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRL de 08/01/2010. In CJ. Ano 35, Tomo I, 2010.

Acórdão do TRP de 29/01/2003, relator Marques Salgueiro. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRP de 17/11/2004, relatora Élia São Pedro. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRC de 07/12/2005. In CJ. Ano 30, Tomo 5, 2005.

Acórdão do TRC de 24/10/2012, *apud* Ac. do TC, nº 126/13. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRC de 08/05/2013, relatora Alice Santos. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRE de 04/07/1995. In CJ. Ano 20, Tomo 4, 1995.

Acórdão do TRE de 17/09/2009, relator Martinho Cardoso. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRE de 14/07/2015, relator Clemente Lima. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRG de 29/03/2004, relator Maria Augusta. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

Jurisprudência brasileira

Acórdão do STJ – HC 275698/RS de 10 de março de 2006, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. [Consult. 12 Abr. 2017]. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=15204-27>.

Acórdão do STJ – HC 72029/RJ de 11 de setembro de 2007, relator Felix Fischer. [Consult. 12 Abr. 2017]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jur-isprudencia/19182362/habeas-corpus-hc-72029-rj-2006-0270795-4-stj/relatorio-e-voto-19182364>.

Jurisprudência espanhola

Sentencia nº 968/2010 de 4 de noviembre do Tribunal Supremo. [Consult. 06 Abr. 2017]. Disponível em: <https://supremo.vlex.es/vid/231506874>.

Jurisprudência dos EUA

United States Supreme Court, *Stoner v. California*, 376 U.S. 483, 1964. [Consult. 16 Abr. 2017]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/483/case.html>.

United States Supreme Court, *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164, 1974. [Consult. 15 Abr. 2017]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/415/164/>.

United States Supreme Court, *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177, 1990. [Consult. 15 Abr. 2017]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/177/case.html>.

United States Supreme Court, *Georgia v. Randolph*, 547 U.S. 103, 2006. [Consult. 15 Abr. 2017]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/547/103/>.

LEGISLAÇÃO E *SITES* CONSULTADOS

Legislação consultada

Código Civil (Decreto-Lei nº 47344/66, de 25 de novembro).

Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro).

Código de Processo Penal de 1992 (Decreto-Lei nº 16489, de 15 de fevereiro). Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1-929/02/03700/04630517.pdf>.

Code de Procédure Pénale (Francês). Disponível em: www.legifrance.gouv.fr.

Código de Processo Penal (Brasileiro). Disponível em: www.tjrs.jus.br.

Código Procesal Penal (Espanhol). Disponível em: www.mjusticia.gob.es.

Código Penal (Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março).

Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: bd.camara.gov.br.

Constituição da República Portuguesa (Decreto de 10 de abril de 1976).

Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Decreto-Lei nº 605/75, de 3 de novembro. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/12136/d-e-creto-lei-605-75-de-3-de-novembro>.

Lei de Autorização Legislativa do Código de Processo Penal de 1987 (Lei nº43/86, de 26 de setembro). Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/35008/lei-43-86-de-26-de-setembro>.

Medidas de Combate à Criminalidade Organizada (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro).

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Quinta revisão constitucional (LC nº 1/2001, de 12 de dezembro).

Regime Jurídico das Ações Encobertas (Lei nº 101/2001 de 25 de Agosto).

***Sites* consultados**

www.pgdl.pt

www.dgsi.pt

www.oa.pt

www.tribunalconstitucional.pt

www.stj.jus.br

www.legifrance.gouv.fr
www.law.justia.com
www.supreme.justia.com
www.gwlr.org
www.poderjudicial.es
www.mjusticia.gob.es
<https://supremo.vlex.es>
<https://ddd.uab.cat>