

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

**AS BUSCAS DOMICILIÁRIAS
COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA:
O Seu Regime Jurídico**

Orientador: Professor Doutor Mário João Ferreira Monte

Autora: Ana Isabel da Silva Brito

Dissertação para a obtenção de grau de mestre

Janeiro, 2015

Aos meus pais.

Resumo

O presente trabalho tem por objeto as buscas domiciliárias como meio de obtenção de prova e os procedimentos legais a que o Código de Processo Penal se encontra obrigado para garantir a não violação dos direitos consagrados nos arts. 26.º e 34.º da Constituição da República Portuguesa de 1976, reforçados pela quinta revisão constitucional (2001), Título II, Capítulo I - Direitos, liberdades e garantias pessoais, que estabelece o direito «à reserva da intimidade da vida privada e familiar» (art. 26.º, n.º 1, da CRP) e o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 34.º da CRP). Pela alteração do n.º 3 do citado art. 34.º da CRP, foi permitida a entrada no domicílio durante o período noturno. Ficou ainda a constar da redação daquele preceito que «ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento [...]», devendo enfatizar-se no entanto uma importante ressalva, a de permitir a entrada no domicílio durante a noite, destinada a agilizar a atuação da investigação criminal «[...] 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» (art. 34.º, n.º 3, da CRP).

Palavras-chave: Direitos fundamentais, buscas, domicílio, criminalidade.

Abstract

The object of this project is house searches which are performed to obtain evidence and the legal procedures to which the Code of Criminal Procedure is obliged so as to ensure the non-violation of the rights set out in articles 26 and 34 of the Portuguese Constitution of 1976, reinforced by the fifth constitutional revision (2001), Title II, Chapter I - Rights, liberties and personal guarantees, which establishes the right «to the reservation of the intimacy of private and family life» (art. 26.º,n.1, CRP) , and the right to the sanctity of the home (art. 34.º CRP). Through an amendment to no. 3 of the given article 34 of the CRP, entry into a home during the night period was permitted. This rule also states that «no-one may enter someone else's home at night, without their consent [...]», however, an important exception should be emphasized, allowing entry into the home during the night, so as to speed up the performance of a criminal investigation «[...] in the case of a in flagrante delicto or by means of a legal authorization in cases of especially violent or highly organized crimes, including terrorism and the trafficking of people, weapons and drugs, under the terms provided for by law» (art. 34.º, n.º 3, CRP).

Key words: Fundamental rights, searches, house, criminality.

Índice

Introdução.....	8
Capítulo I - Algumas Questões Pertinentes do Direito Processual	9
1 - A Função do Processo Penal.....	10
2 - O Fim do Processo Penal	10
3 - A Constituição da República Portuguesa e o Processo Penal.....	11
4 - A Estrutura do Processo Penal.....	13
4.1 - Princípio da Publicidade	17
4.2 – Princípio da Oralidade	18
Capítulo II - Enquadramento Constitucional - Buscas Domiciliárias	20
1 - O Princípio da Dignidade e os Direitos Fundamentais	20
2 - Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada	21
3 – Evolução do Direito à Inviolabilidade do Domicílio.....	24
Capítulo III - A Prova	31
1 – Objeto da Prova	32
2 – A Regra da Admissibilidade de Qualquer Meio de Prova	32
3 – Proibição de Prova.....	33
3.1 - Proibição de Prova versus Regime das Nulidades.....	35
Capítulo IV - Busca como Meio de Obtenção de Prova	44
1 - Meios de Prova versus Meios de Obtenção de Prova	44
2 - Buscas.....	46
3 – Diferença entre Busca e Revista	51
4 – Diferença entre Busca e Apreensão de Objeto	51
5 – Buscas não Domiciliárias	52
Capítulo V – Regime Jurídico das Buscas Domiciliárias.....	54

1 - Conceito de Domicílio	57
2 - Formalidades das Buscas Domiciliárias.....	69
3 - Busca em Escritório de Advogado e Estabelecimento Oficial de Saúde	72
4 - A Necessidade de Autorização Judicial Prévia.....	75
5 - Comunicação e Validação Judicial Posterior.....	79
6 - Horário	81
7 - Regime das Buscas Domiciliárias antes das alterações da Lei 48/2007 de 29 de agosto	83
8 – Consentimento	87
Bibliografia.....	97

Siglas e Abreviaturas

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac. - Acórdão

Al. - Alínea

Art. - Artigo

Arts.- Artigos

CC - Código Civil

Cf. - Conforme

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

DL - Decreto-Lei

JIC - Juiz de Instrução Criminal

MP - Ministério Público

Ob. cit. - Obra citada

OPC - Órgão de Polícia Criminal

P. - Página

PP. - Páginas

PSP – Polícia de Segurança Pública

SS - Seguintes

Vd. - Vide

Vol. - Volume

Introdução

A presente dissertação versa sobre as buscas domiciliárias como meio de obtenção de prova no âmbito do direito processual português, na perspectiva de que o regime legal que rege o nosso direito processual tem os seus fundamentos consagrados na Constituição da República Portuguesa de 1976, e nas revisões ulteriores operadas na Lei Fundamental no domínio das buscas domiciliárias como meio de obtenção de prova. Ainda que de modo sucinto, atendemos às várias problemáticas que o regime jurídico das buscas domiciliárias não deixou de suscitar, desde logo pela suscetibilidade de lesar direitos fundamentais consignados na Constituição da República Portuguesa, designadamente o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e o direito à inviolabilidade do domicílio. Nesta ordem, tentámos delimitar o conceito de domicílio para efeitos do art. 34.º da CRP, bem como traçar, socorrendo-nos de vários ordenamentos jurídicos alheios, um breve excuro pelo direito comparado. Na mesma linha, importou indagar o regime jurídico das buscas domiciliárias face às alterações ao Código de Processo Penal operadas pela Lei n.º 48/2007 de 29 de agosto de 2007, que se encontram no art. 177.º do CPP em conformidade com o art. 34.º da CRP, sendo que a grande alteração respeita à possibilidade de entrada no domicílio durante a noite pela autoridade competente. O Estado, para responder de maneira eficaz às novas formas de criminalidade violenta e altamente organizada, restringiu o direito à inviolabilidade do domicílio, passando a permitir a realização de buscas domiciliárias durante o período noturno, como forma de atuação admissível face às formas crescentes de criminalidade decorrentes da sociedade moderna. Concretizando, até à revisão constitucional de 2001, havia uma proteção absoluta do domicílio durante a noite, ninguém podia entrar nele sem o consentimento da pessoa. Pela alteração do n.º 3 do art. 34.º da Constituição da República Portuguesa, foi permitido a entrada no domicílio, principalmente «[...] em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes [...]» (cf. art. 34.º, n.º 3, da CRP), ficando a constar da redação daquele preceito que «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», enquanto no texto anterior consagrava-se a proibição absoluta de entrada no domicílio durante a noite, a não ser com o consentimento do titular do direito.

Capítulo I - Algumas Questões Pertinentes do Direito Processual

A revisão ao Código de Processo Penal operada pela Lei n.º 48/2007 de 29 de agosto, que entrou em vigor no dia 15 de setembro de 2007, procedeu à décima quinta alteração ao CPP, aprovada pelo DL n.º 78/87 de 17 de fevereiro. Nas matérias ali versadas, incluiu os meios de obtenção de prova, ao consagrar uma nova redação ao art. 177.º do CPP, cuja epígrafe é «Busca domiciliária», consequente da quinta revisão constitucional de 2001, operada pela Lei Constitucional n.º 1/2001 de 12 de dezembro. A grande alteração efetuada ao regime das buscas domiciliárias é a possibilidade de intromissão no domicílio pela autoridade competente durante o período noturno, com a finalidade de obtenção de prova e consequentemente a realização da justiça.

O facto de as alterações quanto ao regime deste meio de obtenção de prova serem recentes, afigura-se-nos um tema pertinente e atual.

«O direito processual penal é o *conjunto de normas jurídicas que disciplinam a aplicação do direito penal aos casos concretos*, ou, noutra fórmula não menos expressiva, *o conjunto das normas jurídicas que orientam e disciplinam o processo penal*¹».

O CPP de 1987² já sofreu quatro revisões significativas: a de 1998, realizada pela Lei n.º 59/98 de 25 de agosto, alterando vários preceitos legais; a de 2007, operada pela Lei n.º 48/2007 de 29 de agosto, que procedeu à décima quinta alteração do CPP, aprovado pelo DL n.º 78/87 de 17 de fevereiro, e a que teve mais relevância no que concerne ao tema do nosso trabalho - as buscas domiciliárias; a de 2010, realizada pela Lei n.º 26/2010 de 30 de agosto, que procedeu à décima nona alteração ao CPP e entrou em vigor no dia 29 de outubro de 2010, tendo assentado maioritariamente em aspetos académicos, e a revisão de 2013, operada pela Lei n.º 20/2013 de 21 de fevereiro, a qual procedeu à vigésima alteração ao CPP³.

¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal, Vol. I*, 2008, p. 13.

² O DL n.º 78/87 de 17 de fevereiro, que aprova o CPP, revoga o DL n.º 16489 de 15 de fevereiro de 1929.

³ Estabelecendo alterações relevantes no regime dos recursos; no processo sumário e sumaríssimo; no âmbito da suspensão provisória do processo; aplicação das medidas de coação e no âmbito das declarações do arguido. A última alteração ao CPP data de 2014, foi operada pela Lei orgânica n.º 2/2014 de 6 de agosto, que procedeu à vigésima primeira alteração ao CPP.

1 - A Função do Processo Penal

A função do processo penal será a da aplicação da lei penal aos casos concretos; neste sentido deve dizer-se que o Processo Penal tem um carácter instrumental relativamente ao Direito Penal, mas não só: «É nele que se revela mais nitidamente a coordenação do Estado e do indivíduo. É um campo em que se debate a correlação entre o interesse do Estado, na perseguição dos criminosos para defesa da sociedade, e da pessoa, na defesa da sua liberdade, honra e património⁴».

2 - O Fim do Processo Penal

O fim do Processo Penal é a descoberta da verdade material⁵ e a realização da justiça. De acordo com o Supremo Tribunal de Justiça, «num Estado de direito democrático é a procura da verdade material e a realização da justiça que constituem o fim último do processo penal. No entanto, num Estado de direito democrático a procura da verdade material e a realização da justiça não podem ser alcançadas a qualquer preço⁶». A verdade processual não é "[...] «absoluta» ou «ontológica», há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida⁷". Vale lembrar que o princípio da procura da verdade a todo o custo foi substituído pelo princípio da verdade material, com primazia pelo respeito dos direitos fundamentais do suspeito, visto não ser aceitável que se obtenham provas de modo a ofender a dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, através de ofensa à integridade física ou moral das pessoas, tortura, coação, uso de métodos enganosos, sendo também inadmissíveis as provas obtidas através **da abusiva intromissão na vida privada e domicílio**. Estas restrições são consideradas como obstáculos à descoberta da verdade, daí o fim do processo penal ser a descoberta da verdade material, pois a descoberta da verdade está limitada pelos métodos de prova proibidos.

⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 2008, p. 17.

⁵ Vd. FERNANDO CONDE MONTEIRO, «O Problema da Verdade em Direito Processual Penal (Considerações Epistemológicas)», in MÁRIO FERREIRA MONTE, [et al.] coord. - *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português*, 2009, p. 330.

⁶ Ac. Uniformizador 7/2008.

⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Clássicos Jurídicos: Direito Processual Penal*, 1974, pp. 193 e 194.

Gil Moreira dos Santos escreve que no processo penal «[...] a verdade não deva ser a que as partes pretendem ou queiram fazer consagrar, mas a que, de forma válida, se obtenha no processo, enquanto declaração da violação de interesses comunitários fundamentais⁸».

Segundo Teresa Pizarro Beleza, «o fim do processo penal é a viabilização da justiça penal⁹», ou seja, a ideia a reter será pois a da punição de todos os criminosos, sem que para tal se puna inocentes, mas sem perder de vista que esses mesmos criminosos também são pessoas a quem são reconhecidos a mesma dignidade humana¹⁰.

3 - A Constituição da República Portuguesa e o Processo Penal

Muitas das questões de processo penal estão consagradas na Constituição da República Portuguesa, sendo ainda que alguns artigos da CRP estão relacionados diretamente com o processo penal. A título de exemplo, enunciaremos alguns: art. 20.º (cuja epígrafe é: «Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva»); art. 27.º (epígrafe: «Direito à liberdade e à segurança»); art. 28.º (epígrafe: «Prisão preventiva»); art. 29.º (epígrafe: «Aplicação da lei criminal», sendo que o n.º 5 estabelece que «ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime» e o n.º 6 consagra o direito à revisão da sentença e à indemnização por danos sofridos em caso de condenação injusta); art. 32.º (epígrafe: «Garantias de processo criminal» estatuidando o n.º 1 que «o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso». O n.º 3 determina que «o arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória». O n.º 5 estabelece que «o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório». O n.º 7 considera que «o ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei». O n.º 8 estatui que «são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações». E o n.º 9 determina: «nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior»); art. 33.º (epígrafe: «Expulsão, extradição e direito de asilo») e art. 34.º (epígrafe: «Inviolabilidade do domicílio e

⁸ GIL MOREIRA DOS SANTOS, *Princípios e Prática Processual Penal*, 2014, p. 60.

⁹ TERESA PIZARRO BELEZA, *Apontamentos de Direito Processual Penal, II Volume*, 1993, p. 21.

¹⁰ Vd., *Ibidem*.

da correspondência»). Embora haja outros, que estão relacionados indiretamente com o processo penal, como por exemplo o art. 1.º (epígrafe: «República Portuguesa», estabelecendo que «Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária»); art. 2.º (epígrafe: «Estado de direito democrático», consagrando que «a República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa»); art. 13.º (epígrafe: «Princípio da igualdade»); art. 17.º (epígrafe: «Regime dos direitos, liberdades e garantias»); art. 18.º (epígrafe: «Força jurídica», segundo o n.º 1 «os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas». O n.º 2 determina que «a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos». Conforme o previsto no n.º 3, «as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais». É inegável que existe uma relação entre a CRP e o processo penal. Jorge de Figueiredo Dias, ao citar H. Henkel, escreve que «o direito processual penal é verdadeiro direito *constitucional aplicado*. Numa dupla dimensão, aliás: naquela, já caracterizada, derivada de os fundamentos do direito processual penal serem, simultaneamente, os alicerces Constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente¹¹». O direito processual penal é verdadeiro direito constitucional aplicado pois tem os seus fundamentos na CRP e simultaneamente por esses fundamentos serem a base sólida do Estado de Direito, mais ainda, os problemas suscitados quanto à regulamentação do processo penal serão tratados em conformidade com a CRP, daqui decorre uma garantia para os cidadãos de que os seus direitos constitucionalmente garantidos não serão violados, e «de que a lei ordinária nunca elimine o *núcleo essencial* de tais direitos, mesmo quando a

¹¹ H. HENKEL, *apud*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Clássicos Jurídicos: Direito Processual Penal*, 1974, p. 74.

Constituição conceda àquela lei liberdade para os regulamentar¹²»; o processo penal tem todos os seus princípios consagrados na CRP.

Com o processo penal põem-se em causa direitos, liberdades e garantias do cidadão. Ora, temos de admitir, desde logo, que este tem de estar em concreta conformação com a Constituição.

4 - A Estrutura do Processo Penal

A relação existente entre o Processo Penal e a Constituição da República Portuguesa exige uma breve explicação da mesma. A estrutura do Processo Penal está prevista na CRP no n.º 5 do art. 32.^o¹³, como estrutura acusatória. É sobretudo importante assinalar o processo histórico da evolução da estrutura do Processo Penal, num primeiro momento, como estrutura inquisitória, em que a Igreja tinha poder e o monarca dependia do Papa. O Papa continha o poder sobre a monarquia e, assim, parte dos crimes que ofendessem moralmente eram crimes considerados como pecados graves, previstos no código, supervisionados pela Igreja, e os restantes pelo Estado. Todos os crimes de natureza moral, ou seja, tudo o que para a Igreja fosse considerado pecado, eram punidos por esta. Nesta altura, o processo, era secreto e escrito¹⁴.

No processo inquisitório¹⁵, o arguido praticamente não tem direitos, pois está à mercê do julgador. Sendo este investigador, acusador e julgador, a imparcialidade que lhe é exigida fica posta em causa, e dificilmente será um julgamento imparcial.

No sistema inquisitório, não é necessária acusação, o juiz investiga oficiosamente e procede a julgamento com as provas que recolheu. O arguido está sujeito à autoridade do juiz; visto este deduzir a acusação, a imparcialidade do juiz é posta em causa para proferir uma sentença.

¹² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Clássicos Jurídicos: Direito Processual Penal*, 1974, p. 74.

¹³ Art. 32.º «Garantias de processo criminal»

5- «O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório».

¹⁴ A motivação da estrutura inquisitória era a busca pela verdade e a defesa da sociedade, apenas no início do século XIX surgiram as prisões, até então, as penas eram corporais.

¹⁵ O modelo inquisitório vigorou em países de regime político autoritário até ao século XX. O processo inquisitório está ligado ao Tribunal do Santo Ofício e à Inquisição: No período da Inquisição muitas vezes as pessoas eram investigadas de forma secreta, sem terem a noção de que existia um processo contra elas. Não existindo restrições, todas as formas de investigação eram consideradas lícitas e legítimas, incluindo a tortura.

«Temos, indubitavelmente, o exemplo-padrão de um processo sem partes, já que a investigação da verdade e, em suma, a consecução do fim do processo se depositam exclusivamente nas mãos do juiz, (...) que toma para si todas as funções que aquele caberiam¹⁶».

Seguidamente, assiste-se à estrutura acusatória liberal. Na época liberal instaura-se o processo de tipo misto, por um lado a fase de inquérito tem características marcadamente de estrutura inquisitória, sendo secreto e escrito, e por outro, a fase de julgamento, tem características de estrutura acusatória, sendo público e oral.

Após o 25 de Abril, a CRP consagrou o processo penal de sistema acusatório. Posteriormente, em 1987, o CPP consagrou o processo penal de estrutura acusatória, integrado pelo princípio da investigação.

No século XXI, segundo o n.º 5 do art. 32.º da CRP, o processo penal português será de estrutura basicamente acusatória, mas integrado por um princípio da investigação. Nas palavras elucidativas de Germano Marques da Silva, «o *princípio da investigação* significa que, em última instância, recai sobre o juiz o encargo de investigar e esclarecer officiosamente o facto submetido a julgamento¹⁷».

Paulo de Sousa Mendes entende que «o nosso processo penal tem estrutura acusatória, como resulta do artigo 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa (CRP). Não corresponde a um modelo acusatório puro, mas antes ao chamado modelo misto¹⁸». A estrutura mista¹⁹ inclui o acusatório e o inquisitório. Na fase do inquérito, em regra, é secreto e escrito, já o julgamento, é público e oral.

A ideia a reter será, pois, a de que temos um processo penal de estrutura mista, visto que a fase de inquérito tem características marcadamente de estrutura inquisitória, sendo o processo

¹⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS *apud* FRANCISCO MARCOLINO DE JESUS, *Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*, 2011, p. 45.

¹⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal, Vol. II*, 2011, p. 57.

¹⁸ PAULO DE SOUSA MENDES, «O processo penal entre a eficácia e as garantias», in MARIA FERNANDA PALMA, [et al.] coord. - *Direito da Investigação criminal e da prova*, 2014, p. 68.

¹⁹ *Ibidem* «[...] o modelo misto surgiu com o processo reformado ou napoleónico, através do *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808. A estrutura do modelo misto era essencialmente acusatória, mas o processo foi dividido em duas fases separadas: a instrução e o julgamento. A fase de instrução, destinada a investigar o crime e os seus agentes, era dirigida por um magistrado especializado, o *juge d'instruction*, ficando a iniciativa e a titularidade da ação penal nas mãos de um oficial do poder executivo junto do poder judicial, o *procureur de la République*. Em obediência à tradição inquisitória, a instrução era escrita, secreta e não contraditória. Nessa fase definia-se o objeto do processo e a partir da acusação pública os factos ficavam fixados de tal maneira que eram esses e não outros que teriam de ser julgados. A fase de julgamento, destinada ao apuramento das responsabilidades do réu, estava organizada segundo o modelo acusatório. O tribunal orientava-se pela busca da verdade, à luz do contraditório».

por um lado secreto e escrito, na medida em que nesta fase se investiga os indícios contra determinada pessoa; por outro lado, público e oral, devendo notar-se que a fase de julgamento é de estrutura acusatória. A Alemanha, França, Espanha e Itália são exemplos de ordenamentos jurídicos com sistemas de tipo misto. Estados Unidos da América e Inglaterra são exemplificativos de ordenamentos jurídicos de sistema acusatório puro²⁰. Todavia, há que não confundir sistema de tipo acusatório com princípio de acusação²¹. A estrutura acusatória do processo penal encontra-se ligada ao princípio acusatório na medida em que a entidade que investiga e acusa, o Ministério Público, tem de ser uma entidade diferente de quem julga, e que a entidade julgadora, o juiz, só pode conhecer dos factos que foram trazidos pela acusação. Sendo o princípio acusatório um dos princípios base da constituição processual penal encontra-se previsto no n.º 5 do art. 32.º da CRP. A primeira parte do n.º 5 do referido artigo significa que: «[...] só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento. Trata-se de uma garantia essencial do julgamento independente e imparcial. [...] Rigorosamente considerada, a estrutura acusatória do processo penal implica: (a) proibição de acumulações orgânicas a *montante* do processo, ou seja, que o juiz de instrução seja também o órgão de acusação; (b) proibição de acumulação subjetiva a *jusante* do processo, isto é, que o órgão de acusação seja também órgão julgador; (c) proibição de acumulação orgânica na instrução e julgamento, isto é, o órgão que faz a instrução não faz a audiência de discussão e julgamento e vice-versa²²».

«O sistema acusatório procura a igualdade de poderes de actuação processual entre a acusação e a defesa, ficando o julgador numa situação de independência, super «partes». O processo inicia-se com a acusação pelo ofendido ou quem o represente e desenvolve-se com pleno contraditório entre o acusador e o acusado, pública e oralmente, perante a passividade do juiz que não tem qualquer iniciativa em ordem à aquisição da prova, recaindo o encargo da prova sobre o acusador²³».

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Vd. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Clássicos Jurídicos: Direito Processual Penal*, 1974, p. 137.

²² J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 2007, p. 522.

²³ FRANCISCO MARCOLINO DE JESUS, *Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*, 2011, p. 44.

«O processo penal de estrutura acusatória, decorrência do moderno Estado de Direito Democrático, tem como principais finalidades a realização da justiça no estrito respeito pelos direitos fundamentais com o objectivo último da descoberta da verdade material²⁴».

Num processo de tipo acusatório puro a produção de prova pertence às partes, num processo de tipo inquisitório a produção de prova pertence principalmente ao tribunal. O nosso processo, como já foi referido, é de estrutura acusatória, integrado pelo princípio da investigação, o tribunal tem o dever de recorrer a outros meios de prova, além dos que foram apresentados pelos sujeitos processuais. Consagrado no n.º 1 do art. 340.º do CPP que dispõe que «o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa». Com este princípio da investigação permite-se ao juiz de julgamento recolher provas sobre os factos já constantes da acusação, este princípio traduz «o poder-dever que impende sobre o tribunal de investigar e esclarecer oficiosamente o facto submetido a julgamento [...]»²⁵. Como ensina o Professor Jorge de Figueiredo Dias²⁶, o princípio da investigação não se opõe à estrutura acusatória do processo penal, visto não limitar a atividade probatória do Ministério Público, do assistente e do arguido e o seu aproveitamento pelo tribunal. «Só significa que – ao contrário do que sucede com o princípio de discussão – a atividade investigatória do tribunal não é limitada pelo material de facto aduzido pelos outros sujeitos processuais, antes se estende *autonomamente a todas* as circunstâncias que devam reputar-se relevantes²⁷».

Têm-se vindo a frisar, através das reformas ao CPP, as garantias de defesa do arguido, reconhecendo-o como sujeito processual durante todo o processo, com vista à afirmação do princípio do contraditório consagrado no n.º 5 do art. 32.º da CRP, onde se lê que «este princípio traduz o direito que tem a acusação e a defesa de oferecerem provas para provarem as suas teses processuais e se pronunciarem sobre as alegações, as iniciativas, os actos ou quaisquer atitudes processuais de qualquer delas²⁸». É de ser relevado que «o CPP não consagra, porém, uma estrutura acusatória pura²⁹». Em verdade, a acusação e a defesa não estão as duas numa situação de igualdade, apenas na fase de instrução e julgamento, visto que

²⁴ ANA RITA FIDALGO, «Autorização Judicial e Legalidade nas Buscas Domiciliárias», in TERESA PIZARRO BELEZA; FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO coord. - *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, 2010, p. 162.

²⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal, Vol. I*, 2008, p. 78.

²⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Clássicos Jurídicos: Direito Processual Penal*, 1974, p. 192.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal, Vol. I*, 2008, p. 76.

²⁹ *Ibidem*, p. 61.

na fase de inquérito, a estrutura é basicamente inquisitória e quem exerce o domínio é o MP. Outra restrição será a possibilidade de o arguido ver ser-lhe aplicada uma medida de coação com base em provas recolhidas pela acusação, sem ocasião de as refutar antes de lhes sofrer os efeitos. Não se pode olvidar que o inquisitório é restrito, através dos métodos de prova proibidos, consagrados no art. 32.º, n.º 8, da CRP e art. 126.º do CPP.

Jorge de Figueiredo Dias refere a «[...] estrutura acusatória, realizada na sua máxima medida, significa muita coisa: desde a impossibilidade de o juiz manipular, por qualquer forma, o objecto do processo que lhe é proposto pela acusação, à atribuição de eficácia conformadora do destino do processo aos requerimentos de prova da acusação e da defesa; desde o carácter subsidiário do princípio da investigação judicial, à proibição de princípio de valoração das provas que não tenham sido produzidas em julgamento; desde a estrutura da audiência segundo o modelo da contrariedade total e imediata (*adversary system*), à máxima eficácia possível da manifestação de vontade livre do arguido, nomeadamente em tema de "confissão"; desde o reconhecimento, ao longo de todo o processo, de um consistente direito de defesa do arguido, ao respeito pela vontade do ministério público, do assistente e do defensor de conformação da decisão final do processo³⁰».

4.1 - Princípio da Publicidade

Outro princípio que gostaria de juntar à colação é o princípio da publicidade, previsto e consagrado no art. 206.º da CRP e no art. 86.º e seguintes do CPP. A CRP no art. 206.º proclama: «As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento». A nível infraconstitucional também a Declaração Universal dos Direitos do Homem no art. 10.^{o31}, bem como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem no art. 6.º, n.º 1³² determinam a publicidade da audiência. Ora, as

³⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os Sujeitos Processuais no novo Código de Processo Penal», in *O novo Código de Processo Penal: I Jornadas de direito processual penal*, 1997, p. 33.

³¹ Art. 10.º - «Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida».

³² Art. 6.º - «Direito a um processo equitativo»

1 – «Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser

audiências dos tribunais são públicas, portanto todo o cidadão tem direito de assistir a audiência de julgamento, excetuando-se as situações acima descritas e os casos previstos no art. 87.º do CPP³³. A razão de ser da publicidade da audiência e a sua justificação encontra-se desde logo no facto de que com a publicidade pretende-se dissipar, afastar a desconfiança sobre a independência e sobre a imparcialidade da justiça penal.

Contudo, na fase de inquérito, o processo pode ser submetido a segredo de justiça, visando acautelar os interesses da investigação e os direitos dos participantes processuais³⁴.

4.2 – Princípio da Oralidade

«O princípio da oralidade significa essencialmente que só as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência de julgamento podem servir de fundamento à decisão³⁵». Não está explicitamente em nenhuma norma positiva, contudo existem critérios reguladores da

proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça».

³³ Art. 87.º «Assistência do público a actos processuais»

1 – «Aos actos processuais declarados públicos pela lei, nomeadamente às audiências, pode assistir qualquer pessoa. Oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do arguido ou do assistente pode, porém, o juiz decidir, por despacho, restringir a livre assistência do público ou que o acto, ou parte dele, decorra com exclusão da publicidade.

2 – O despacho referido na segunda parte do número anterior deve fundar-se em factos ou circunstâncias concretas que façam presumir que a publicidade causaria grave dano à dignidade das pessoas, à moral pública ou ao normal decurso do acto e deve ser revogado logo que cessarem os motivos que lhe deram causa.

3 – Em caso de processo por crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual, os actos processuais decorrem, em regra, com exclusão da publicidade.

4 – Decorrendo o acto com exclusão da publicidade, apenas podem assistir as pessoas que nele tiverem de intervir, bem como outras que o juiz admitir por razões atendíveis, nomeadamente de ordem profissional ou científica.

5 – A exclusão da publicidade não abrange, em caso algum, a leitura da sentença.

6 – Não implica restrição ou exclusão da publicidade, para efeito do disposto nos números anteriores, a proibição, pelo juiz, da assistência de menor de 18 anos ou de quem, pelo seu comportamento, puser em causa a dignidade ou a disciplina do acto».

³⁴ Art. 86.º do CPP - «Publicidade do processo e segredo de justiça»

2 - «O juiz de instrução pode, mediante requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido e ouvido o Ministério Público, determinar, por despacho irrecorrível, a sujeição do processo, durante a fase de inquérito, a segredo de justiça, quando entenda que a publicidade prejudica os direitos daqueles sujeitos ou participantes processuais.

3 – Sempre que o Ministério Público entender que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justifiquem, pode determinar a aplicação ao processo, durante a fase de inquérito, do segredo de justiça, ficando essa decisão sujeita a validação pelo juiz de instrução no prazo máximo de setenta e duas horas.»

³⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 2008, p. 88.

audiência de discussão e julgamento que indicam, desde logo, o princípio da oralidade³⁶, sendo que a atividade processual é exercida na presença das partes processuais e por isso oral. Hoje em dia o princípio da oralidade está consagrado no nosso ordenamento jurídico e presente na maioria dos sistemas processuais europeus. Já acima nos referimos, até ao século XIX o processo era maioritariamente escrito. Em verdade «o processo será dominado pelo *princípio da escrita* quando o juiz profere a decisão na base de actos processuais que foram produzidos por escrito (atas, protocolos, etc.); será pelo contrário dominado pelo *princípio da oralidade* quando a decisão é proferida com base em uma audiência de discussão oral da matéria a considerar³⁷». Os atos processuais são orais, atinge-se a decisão através de forma oral, isto é ouvindo o depoimento das testemunhas, fazendo o interrogatório, e depois lendo inclusivamente a própria decisão – a sentença. Por conseguinte a decisão é proferida com base numa audiência de discussão oral da matéria.

³⁶ Art. 96.º CPP - «Oralidade dos actos»

1 – «Salvo quando a lei dispuser de modo diferente, a prestação de quaisquer declarações processa-se por forma oral, não sendo autorizada a leitura de documentos escritos previamente elaborados para aquele efeito».

³⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Clássicos Jurídicos: Direito Processual Penal*, 1974, pp. 231 e 232.

Capítulo II - Enquadramento Constitucional - Buscas Domiciliárias

1 - O Princípio da Dignidade e os Direitos Fundamentais

O direito é para as pessoas: segundo o n.º 1 do art. 70.º do CC «a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral». Daqui se infere que o direito é para as pessoas, o que está em causa é a pessoa humana.

Como já foi referido, o direito processual penal é direito constitucional aplicado, assim sendo vai buscar o seu fundamento à CRP, sempre baseado na dignidade da pessoa humana. Logo no art. 1.º da CRP, passo a citar, «Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária». Deste preceito retira-se que a República é baseada na dignidade da pessoa humana, que esta terá de assentar primeiramente na pessoa humana e só depois na organização política, como escreve Gomes Canotilho: «[...] a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios³⁸». Daqui retiram-se inúmeras consequências, como por exemplo a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, prevista no art. 13.º da CRP³⁹, bem como o princípio da universalidade consagrado no art. 12.º da CRP consagrando que «todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição⁴⁰».

É nos direitos fundamentais⁴¹ que mais se faz notar a concretização da dignidade da pessoa humana, estando esses direitos fundamentais protegidos pela CRP. Uma demonstração é a proibição em qualquer circunstância da pena de morte, consagrada no n.º 2 do art. 24.º da CRP, sendo que o valor reconhecido individualmente a cada pessoa conduz à proibição em qualquer circunstância da pena de morte. Esta proibição da pena de morte deriva do direito à

³⁸ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 225.

³⁹ Art. 13.º - «Princípio da Igualdade»

1 - «Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2 - Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual».

⁴⁰ Art. 12.º - «Princípio da universalidade»

1 - «Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.

2 - As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza».

⁴¹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, 2008, p. 9, refere: «por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas activas das *pessoas* enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição [...]».

vida, consagrado no art. 24.º, n.º 1, pois a vida humana é inviolável; deste preceito provém também a não extradição e não entrega de cidadãos para países onde haja pena de morte⁴². Sendo a tortura a forma mais grave de tratamento desumano, a CRP autonomizou no n.º 2 do art. 25.º estatuinto que «ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos». Ou seja, exerce a função de garante da dignidade da pessoa humana, considerando-a como limite, para que não venham a acontecer, como pode observar-se ao longo da história, verdadeiros atentados contra a dignidade humana, como são os casos da escravatura, inquisição, nazismo, estalinismo, genocídios étnicos... Como afirma João Conde Correia, «a dignidade da pessoa humana é uma das bases da República Portuguesa, enquanto fundamento e limite do Estado de Direito Democrático. No entanto, para além desta tutela genérica, ampla e antecipada, a Constituição protege, individualmente, as manifestações mais importantes da personalidade, consagrando-as como verdadeiros e autónomos direitos fundamentais⁴³» (...) a reserva da intimidade da vida privada e familiar e a inviolabilidade do domicílio.

2 - Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada

As buscas constituem meios de obtenção de prova. Estas realizam-se em locais reservados ou não acessíveis ao público. Como veremos de seguida, o regime das buscas domiciliárias é suscetível de lesar direitos fundamentais dos cidadãos, como a reserva da intimidade da vida privada e familiar e o direito à inviolabilidade do domicílio, direitos estes constitucionalmente consagrados. O carácter potencialmente lesivo das buscas domiciliárias é um dos pontos que pretendemos explanar neste trabalho. Para isso faremos um enquadramento constitucional, tentando demonstrar em que medida é que o recurso a este meio de obtenção de prova é lesivo, podendo mesmo violar direitos fundamentais acima referidos. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é recente no nosso ordenamento jurídico, foi consagrado em 1966 no art. 80.º do CC, cujo n.º 1 estatui que «todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem⁴⁴». Posteriormente a Lei n.º 3/73 de 5 de abril de 1973,

⁴² Vd. art. 33.º, n.º 6, da CRP.

⁴³ JOÃO CONDE CORREIA, «Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art.º 32.º, n.º 8, 2ª parte, da C.R.P.)?», in *Revista do Ministério Público*, ano 20.º, n.º 79, 1999, p. 47.

⁴⁴ Art. 80.º «Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada»

2- «A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas».

passou a criminalizar as condutas suscetíveis de lesarem a intimidade da vida privada, tais como a gravação de voz ou de imagem, os bancos de dados ou as comunicações telefónicas⁴⁵. O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar está proclamado na CRP no n.º 1 do art. 26.º: «A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2- A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3- A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

4- A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos».

O art. 34.º da CRP, ainda que de modo indireto, também visa proteger a vida privada das pessoas.

No entanto, o direito à reserva da vida privada está igualmente consagrado a nível internacional, como é o caso do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁴⁶, adotada em Roma a 4 de novembro de 1950, entrando em vigor na ordem jurídica internacional a 3 de setembro de 1953 e na ordem jurídica portuguesa a 22 de outubro de 1976, o caso do art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela

⁴⁵ Vd. Lei n.º 3/73 de 5 de abril de 1973, Base I 1: «Será punido com prisão até um ano e multa correspondente aquele que, sem justa causa e com o propósito de devassar a intimidade da vida privada de outrem: a) Intercepte, escute, registre, utilize, transmita ou divulgue, sem consentimento de quem nela participe, qualquer conversa ou comunicação particular; b) Capte, registre ou divulgue a imagem de pessoas ou de seus bens, sem o consentimento delas; c) Observe, às ocultas, as pessoas que se encontrem em lugar privado. 2- Quando o agente utilizar instrumento especialmente adequado à prática da infracção, a pena será a de prisão e multa correspondente.

Base II 1: Será igualmente punido com prisão até um ano e multa correspondente aquele que, devassando sem justa causa a intimidade da vida privada de outrem e sem o seu consentimento, forneça elementos a um ficheiro, base ou banco de dados, gerido por ordenador ou por outro equipamento fundado nos princípios da cibernética.

2. As mesmas penas serão aplicadas àquele que fizer uso dos elementos referidos no número anterior para fins não consentidos por lei.

Base III: Será punido com prisão até seis meses e multa correspondente aquele que, sem justa causa e com o propósito de importunar alguém, se lhe dirija pelo telefone, ou através de mensagens ou se apresente diante do seu domicílio ou de outro lugar privado».

⁴⁶ Art. 8.º, n.º 1 - «Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência» sendo que o n.º 2 determina que «não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros».

Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948⁴⁷, e do art. 17.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, que entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a 15 de setembro de 1978⁴⁸. Ao nível infraconstitucional destaca-se o Livro II, Título I, do Capítulo VII do CP que tem como epígrafe «Dos crimes contra a reserva da vida privada» e o referido art. 80.º do Código Civil.

Este direito supra referido, protegido pela CRP, visa tutelar «[...] o interesse de cada pessoa em controlar a informação sobre a sua vida privada, impedindo que terceiros possam, sem o seu acordo, tomar conhecimento ou divulgar essa informação⁴⁹». Sem dúvida, que o domicílio é o espaço onde ocorrem mais atos da vida privada das pessoas, mas não só, questão essa que abordaremos no decurso do trabalho.

É difícil definir o direito à reserva da intimidade da vida privada, contudo Paulo Mota Pinto aponta para uma definição, tratando-se, segundo ele, «[...]do interesse em impedir ou em controlar a tomada de conhecimento, a divulgação ou, simplesmente, a circulação de *informação* sobre a pessoa, isto é, sobre factos, comunicações ou situações relativos (ou próximos) ao indivíduo, e que *previsivelmente ele considere* como íntimos, confidenciais ou reservados. Trata-se do interesse na *autodeterminação informativa*, entendida como controlo sobre a informação relativa à pessoa. Paralelamente a este interesse, podemos também sublinhar a *subtracção* à atenção dos outros (anonimato *lato sensu*) ou interesse na "solidão" ("solitude"), isto é, na exclusão do acesso físico dos outros à pessoa do titular⁵⁰».

«A todos são reconhecidos os direitos [...] à reserva da intimidade da vida privada e familiar», pelo que «o domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis⁵¹».

⁴⁷Art. 12.º - «Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei».

⁴⁸Art. 17.º, n.º 1- «Ninguém será objecto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação. 2 – Toda e qualquer pessoa tem direito à protecção da lei contra tais intervenções ou tais atentados».

⁴⁹ ANA LUÍSA PINTO, «Aspectos Problemáticos do Regime das Buscas Domiciliárias», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15.º, n.º 3, 2005, p. 417.

⁵⁰ PAULO MOTA PINTO, «A protecção da vida privada e a Constituição», in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Volume LXXVI*, 2000, p. 164.

⁵¹ Vd. art. 26.º, n.º 1 e art. 34.º, n.º 1 da CRP.

No conceito de vida privada não está incluído o direito à imagem nem o direito à palavra, direitos que derivam do direito à vida privada; contudo são autonomizáveis, com dignidade constitucional e previstos no n.º 1 do art. 26.º da CRP.

3 – Evolução do Direito à Inviolabilidade do Domicílio

Um modo de restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada é a entrada no domicílio dos cidadãos, assim a inviolabilidade do domicílio está intimamente relacionada com o direito à intimidade da vida privada. Por ser uma questão de grande importância, a CRP autonomizou a proteção da inviolabilidade do domicílio no n.º 1 do art. 34.^{o52}. O Ac. n.º 507/94 do Tribunal Constitucional refere que o direito à inviolabilidade do domicílio tutela o direito à intimidade pessoal, prevista no art. 26.º da CRP. Ora, uma das formas de violação do direito à reserva da vida privada pode ocorrer através de uma busca domiciliária.

O direito à inviolabilidade do domicílio está consagrado na CRP no n.º 1 do art. 34.º. No que concerne ao direito substantivo consubstancia um ilícito criminal previsto no art. 190.º do CP, a nível internacional no art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art. 17.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, como um direito inviolável, ou seja, a regra é a da inviolabilidade do domicílio, embora haja restrições. Com a quinta revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/2001 de 12 de dezembro) a regra da inviolabilidade sofreu várias restrições. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira⁵³, no período noturno, antes da revisão constitucional, a inviolabilidade do domicílio era absoluta, com a revisão foram introduzidas exceções, passando a prever a entrada no domicílio de terceiro durante a noite sem o seu consentimento «[...] 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 estupefacientes⁵⁴».

Marcelo Caetano afirma que «[...] dentro da povoação há ainda uma protecção jurídica particularmente forte dada à moradia do vizinho: é a *paz da casa* (*Pax domestica*). A ideia da inviolabilidade do domicílio aflora com vigor nas disposições dos forais e nos costumes

⁵² Art. 34.º «Inviolabilidade do domicílio e da correspondência»

1 - «O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis».

⁵³ Em anotação ao art. 34.º da CRP, J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 2007, p. 542.

⁵⁴ Art. 34.º, n.º 3, da CRP, *in fine*.

registados nos foros. A casa era asilo onde o criminoso, quando nela conseguisse refugiar-se, ficava ao abrigo dos seus inimigos. Se alguém nela penetrasse violentamente, ou contra a vontade do dono, praticava o crime de violação de domicílio, denominado nos forais *domus disrupta* ou *casa derota*, sempre severamente punido e com mais gravidade ainda se os violadores fossem armados⁵⁵». Como já foi referido, a evolução das sociedades levou a que este antigo direito dos cidadãos fosse sofrendo restrições ao longo do tempo. A Constituição de 1822 previa no art. 5.º que «a casa de todo o Português é para ele um asilo. Nenhum oficial público poderá entrar nela sem ordem escrita de competente Autoridade, salvo nos casos, e pelo modo que a lei determinar».

A Carta Constitucional de 1826 no art. 145.º determinava que: «A inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos cidadãos Portugueses, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Reino, pela maneira seguinte:

6.º - Todo o Cidadão tem em sua Casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela senão por seu consentimento, ou em caso de reclamação feita de dentro; ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira que a Lei determinar».

As posteriores Constituições continuaram a garantir a inviolabilidade do domicílio. O art. 16.º da Constituição de 1838 estatua: «A casa do Cidadão é inviolável. De noite somente se poderá entrar nela:

I - Por seu consentimento;

II - Em caso de reclamação feita de dentro;

III - Por necessidade de socorro;

IV - Para aboletamento de tropa feito por ordem da competente autoridade. De dia somente se pode entrar na casa do Cidadão nos casos e pelo modo que a Lei determinar».

Por seu lado, na Constituição de 1911, no Título III- «Dos Direitos e Garantias Individuais», o art. 3.º assegurava: «A Constituição garante a portugueses e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵⁵ MARCELO CAETANO, *Lições de História do Direito Português*, 1962, p. 117.

15.º - É garantida a inviolabilidade do domicílio. De noite e sem consentimento do cidadão, só se poderá entrar na casa deste a reclamação feita de dentro, ou para acudir a vítimas de crimes ou desastres; de dia, só nos casos e pela forma que a lei determinar».

A Constituição de 1933 no art. 8.º, n.º 6, consagrava que «constituem direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses: a inviolabilidade do domicílio e o sigilo da correspondência, nos termos que a lei determinar». A inviolabilidade do domicílio durante a noite deixou de ser absoluta, passando a legislação ordinária a definir as situações em que se podia verificar.

Posteriormente, na versão originária da Constituição de 1976, no n.º 3 do art. 34.º, ressurgiu a inviolabilidade, absoluta, do domicílio durante a noite, sem o consentimento do domiciliado, que passo a citar: «Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento». Com as seguintes revisões constitucionais de 1982, 1989 e 1992 manteve-se a mesma redação do artigo. Só com a revisão de 1997 é que o art. 34.º recebeu um acréscimo constante do seu n.º 4: «É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal», o qual teve em vista proteger outras formas de comunicação que surgiram com a evolução das telecomunicações, abrangendo desta forma as formas de comunicação através da Internet, como o correio eletrónico.

Portugal, sendo uma sociedade moderna, vê-se confrontado com novos perigos; e para responder eficazmente a estes problemas, os Estados respondem com mais autoridade, limitando direitos liberdades e garantias dos cidadãos.

Com a revisão constitucional de 2001, operada pela Lei n.º 1/2001 de 12 de dezembro, devido ao período difícil que o mundo passava, nomeadamente os atentados perpetrados contra os Estados Unidos da América a 11 de Setembro de 2001, restringe-se novamente o direito à inviolabilidade do domicílio no período noturno, ditando o n.º 3 do art. 34.º que «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». Remetendo para o legislador ordinário a regulação das situações e em que condições se podem verificar, encontrando-se estas reguladas no CPP nos arts. 174.º a 177.º do CPP.

A última grande revisão ao Código de Processo Penal ocorreu em 2007; ainda assim, em outubro de 2010, entrou em vigor a Lei n.º 26/2010 de 30 de agosto, aprovada pelo DL n.º 78/87 de 17 de fevereiro, que procedeu à redefinição dos conceitos de criminalidade violenta, criminalidade especialmente violenta e criminalidade altamente organizada, encontrando-se previstos nas alíneas j), l), m) do art. 1.º do CPP.

Cumpre-nos numa primeira abordagem observar o conceito de crime previsto no art. 1.º, al. a) do CPP. Por crime entende-se «o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais».

Segundo a al. i), do art. 1.º, do CPP, por terrorismo entende-se «as condutas que integrarem os crimes de organização terrorista, terrorismo e terrorismo internacional⁵⁶»; Por criminalidade violenta entende-se «as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos⁵⁷»; A definição de criminalidade especialmente violenta foi introduzida pela revisão ao CPP em 2007, para que o CPP esteja em consonância com a Constituição, visto que a revisão constitucional operada em 2001 prevê no art. 34.º, n.º 3⁵⁸ a entrada no domicílio durante a noite em casos de criminalidade especialmente violenta. Por criminalidade especialmente violenta entende-se, segundo o art. 1.º, al. l) do CPP, «as condutas previstas na alínea anterior puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 8 anos», ou seja, o previsto para a situação de criminalidade violenta, com a ressalva de esta ser punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 8 anos⁵⁹. Nos termos do disposto no art. 1.º, al. m) do CPP, por criminalidade altamente organizada entende-se «as condutas que integrarem crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em

⁵⁶ A décima quinta alteração ao CPP, ocorrida em 2007 pela Lei n.º 48/2007, atualizou a definição de terrorismo prevista no art. 1.º do CPP.

⁵⁷ A al. j) do art. 1.º, do CPP foi atualizada em 2007, através da décima quinta alteração ao CPP, contido em 29 de outubro de 2010 entrou em vigor a Lei n.º 26/2010 de 30 de agosto, que procedeu à décima nona alteração ao CPP e redefiniu este conceito passando a incluir a liberdade sexual.

⁵⁸ Art. 34.º «Inviolabilidade do domicílio e da correspondência»

3 – «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».

⁵⁹ A noção de criminalidade especialmente violenta foi acrescentada em 2007, através da décima quinta alteração ao CPP.

negócio ou branqueamento⁶⁰». Oportuno se torna dizer que em certas situações, como inundações, incêndios, epidemias, o estado de necessidade pode justificar a entrada no domicílio durante a noite. Ana Luísa Pinto⁶¹ sustenta que, mesmo antes da referida revisão constitucional de 2001, a inviolabilidade do domicílio era relativa e não absoluta, independentemente de a CRP, no n.º 3 do art. 34.º, proibir a entrada no domicílio de uma pessoa durante a noite, sem o seu consentimento, seria possível, baseado no art. 18.º da CRP, que permite «na medida do estritamente necessário e sem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos constitucionalmente consagrados, restringir ou limitar o conteúdo de direitos fundamentais. Assim, em face de circunstâncias excepcionalmente graves, de ameaça de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, como a vida ou a integridade pessoal, poderia ser legítima e justificada a realização de uma busca domiciliária durante o período noturno⁶²». Como se pode notar, com a revisão constitucional de 2001 esta questão tornou-se mais clara.

É de ser relevada a questão do consentimento: fora dos casos de «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 estupefacientes⁶³», só se pode entrar no domicílio do cidadão com o seu consentimento (cf. art. 34.º, n. 3, da CRP).

O n.º 2 do art. 18.º da CRP diz que «a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos». Ora, estamos perante um conflito de direitos, mas a CRP resolve-o, para que não haja dúvidas de qual direito prevalecerá, dizendo que a lei somente poderá restringir esses direitos liberdades e garantias onde está incluído o direito à inviolabilidade do domicílio apenas nos casos expressamente previstos na CRP.

A CRP no n.º 1 do art. 34.º consagra o princípio da inviolabilidade do domicílio, no entanto, o n.º 2 e 3 do mesmo preceito legal concedem ao legislador ordinário que se encarregue de vários aspetos, transferindo-lhe as situações e em que condições se podem verificar.

⁶⁰ A al. m) do art. 1.º, do CPP, foi atualizada em 2007, através da décima quinta alteração ao CPP, porém em 2010, através da décima nona alteração ao CPP, o conceito foi redefinido passando a incluir a participação económica em negócio.

⁶¹ ANA LUÍSA PINTO, «Aspectos Problemáticos do Regime das Buscas Domiciliárias», *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15.º, n.º 3, 2005, pp. 418 e 419.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Art. 34.º, n. 3, da CRP, *in fine*.

Por ser de grande relevância «*in casu*» o art. 34.º da CRP merece ser transcrito na íntegra.

Art. 34.º «Inviolabilidade do domicílio e da correspondência»

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

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

3- 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.

4- É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal».

No âmbito do direito constitucional comparado, a Constituição da República Italiana de 1947⁶⁴ consagra no art. 14.⁶⁵ que o domicílio é inviolável, salvo nos casos e formas estabelecidos por Lei. Ora, o direito à inviolabilidade do domicílio não é absoluto, pois contém exceções. Na Constituição da República Federativa do Brasil⁶⁶ de 1988, no Título II dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, o Capítulo I trata dos direitos e deveres individuais e coletivos sendo que o art. 5.º prescreve: «Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial». Do exposto, podemos afirmar que a entrada no domicílio dos cidadãos só é possível mediante o seu consentimento, ou durante o dia «em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro» (art. 5.º, XI da Constituição Brasileira), ou ainda por determinação judicial, sendo que no período noturno é

⁶⁴ A Constituição da República Italiana foi promulgada em Assembleia Constituinte em 22 de setembro de 1947.

⁶⁵ Art. 14.º- «O domicílio é inviolável. Nele não podem ser efectuadas inspecções ou perseguições ou sequestros, salvo nos casos e formas estabelecidos por lei, segundo as garantias prescritas para a tutela da liberdade pessoal. As averiguações e inspecções por motivos de saúde e de incolumidade pública ou para fins económicos e fiscais são regulamentadas por leis especiais».

⁶⁶ Promulgada em 5 de outubro de 1988.

mais restrito pois a lei não prevê a entrada no domicílio durante a noite através de determinação judicial, apenas podendo entrar no domicílio mediante consentimento do morador ou em situação de flagrante delito, ou desastre, ou para prestar socorro.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no art. 13.⁶⁷, determina a inviolabilidade do domicílio. Contudo as buscas domiciliárias só podem ser ordenadas pelo juiz e no caso de a demora acarretar perigo, também pelos demais órgãos previstos pela legislação e apenas na forma nela estipulada.

A Constituição de Timor, de 2002, no art. 37.⁶⁸, cuja epígrafe é «Inviolabilidade do domicílio e da correspondência», determina que o domicílio é inviolável, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

⁶⁷Art. 13.º «Inviolabilidade do domicílio»

1– «O domicílio é inviolável.

2– Buscas só podem ser ordenadas pelo juiz e, caso a demora implique em perigo, também pelos demais órgãos previstos na legislação e somente na forma nela estipulada».

⁶⁸Art. 37.º «Inviolabilidade do domicílio e da correspondência»

1– «O domicílio, a correspondência e quaisquer meios de comunicação privados são invioláveis, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

2– A entrada no domicílio de qualquer pessoa contra sua vontade só pode ter lugar por ordem escrita da autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas prescritas na lei.

3– A entrada no domicílio de qualquer pessoa durante a noite, contra a sua vontade, é expressamente proibida, salvo em caso de ameaça grave para a vida ou para a integridade física de alguém que se encontre no interior desse domicílio».

Capítulo III - A Prova

O direito processual penal tem fundamento nos princípios constitucionais através do respeito pela dignidade da pessoa humana. É precisamente através desse valor que a temática da prova se estrutura.

A prova é uma matéria de grande importância para o processo penal, desde logo, por ser através da recolha de indícios que se confirma ou elimina a suspeita que recai sobre o arguido.

O CPP faz referência à prova em vários sítios. Desde logo no Livro III, do art. 124.º ao art. 190.º.

Segundo o art. 124.º do CPP, cuja epígrafe é «Objecto da prova», «constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis». Nos termos previstos no n.º 2 do referido artigo, «[...] constituem igualmente objecto da prova os factos relevantes para a determinação da responsabilidade civil» quando houver lugar a pedido de indemnização cível.

Por seu turno, o art. 341.º do CC estatui que «as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos».

No processo penal a prova é «[...] o *esforço metódico* através do qual são demonstrados os factos relevantes para a existência do crime, a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis [...]»⁶⁹.

Para Germano Marques da Silva a finalidade imediata e essencial da prova em processo penal «[...] é a *demonstração da realidade dos factos* [...]»⁷⁰, contudo não considera a sua única finalidade. A palavra prova pode ser usada em três acepções: A prova enquanto atividade probatória prevista no n.º 1 do art. 124.º, do CPP é germanística de um processo justo, em que a verdade não será procurada a qualquer preço, nem com recurso a meios de obtenção de prova proibidos, «[...] através da obrigatoriedade de fundamentação das decisões de facto permite a sua fiscalização através dos diversos mecanismos de controlo de que dispõe a sociedade»⁷¹. A prova como resultado é «a convicção da entidade decisora formada no

⁶⁹ PAULO DE SOUSA MENDES, «As Proibições de Prova no Processo Penal», in MARIA FERNANDA PALMA, coord. - *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, 2004, p.133.

⁷⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal, Vol. II*, 2011, p. 140.

⁷¹ *Ibidem*, p. 141.

processo sobre a existência ou não de uma dada situação de facto; Prova como meio: o instrumento probatório para formar aquela convicção⁷²».

1 – Objeto da Prova

«O objecto da prova é o "facto juridicamente relevante". A relevância do facto é definida em função do objectivo do processo: apurar a existência do crime e a punibilidade do arguido e determinar as consequências do crime. Mas também abrange os factos relevantes para a verificação dos pressupostos processuais, das nulidades, das irregularidades e das proibições de prova⁷³».

2 – A Regra da Admissibilidade de Qualquer Meio de Prova

No art. 125.º do CPP⁷⁴, cuja epígrafe é «Legalidade da prova», o legislador consagrou a regra da admissibilidade de qualquer meio de prova utilizado, e de toda a forma da sua obtenção, desde que não seja proibido por lei. Nas palavras de Teresa Beleza, «não há no Direito Português actual um catálogo fechado de meios de prova admissíveis. A regra é da *atipicidade*⁷⁵». Como se depreende, existe um princípio de livre escolha de provas, estando este limitado à legalidade das mesmas, para que não venha a suceder ofensa ou mesmo violação de direitos e garantias consagradas na CRP em prol dos cidadãos. O art. 125.º do CPP, como já foi referido, consagra a regra da admissibilidade de qualquer meio de prova utilizado, excetuando na segunda parte, as provas que forem proibidas por lei.

A propósito o art. 126.º do CPP cuja epígrafe «Métodos proibidos de prova», no n.º 1 estatui que «são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas». O n.º 3 do citado artigo vem dizer que «ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser

⁷² *Ibidem*, p. 144.

⁷³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2009, p. 314.

⁷⁴ Art. 125.º «Legalidade da prova»

«São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei».

⁷⁵ TERESA PIZARRO BELEZA, «Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português, *in Revista do Ministério Público*, ano 19.º, n.º 74, 1998, p. 40.

utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular». Também a CRP no art. 32.º, n.º 8 comina com nulidade as provas obtidas com recurso a métodos proibidos de prova. E o art. 34.º n.º 4 estatui que «é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal». Em virtude destas considerações podemos dizer que, em princípio, todas as provas são admissíveis, desde que não sejam proibidas por lei; mais ainda, o princípio da admissibilidade de qualquer meio de prova está subordinado aos limites constitucionais e legais.

3 – Proibição de Prova

No art. 126.º do CPP, como referido anteriormente, estão descritos os métodos proibidos de prova, consagrando como consequência a nulidade das provas obtidas através desses métodos.

Estas proibições de prova têm desde logo fundamento constitucional, no art. 1.º ao proclamar a proteção da dignidade da pessoa humana. A proteção da dignidade da pessoa humana é considerada no seu todo, visto a lei proteger tanto a integridade física como a moral.

O regime consagrado para as buscas domiciliárias previsto no art. 177.º do CPP encontra-se delimitado por normas constitucionais, desde logo, na dignidade da pessoa humana, proclamada no art. 1.º da CRP e nos princípios fundamentais de um Estado de Direito Democrático, conseqüentemente não se pode obter prova se for às custas da violação de direitos fundamentais consagrados. Daqui resulta a nulidade das provas obtidas mediante a ofensa da reserva da vida privada e familiar e do domicílio.

Das proibições de prova resulta a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e a imposição de limites à descoberta da verdade material. O Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa (Processo n.º 10210/2008-9) de 28 de maio de 2009 vem precisamente dizer que "as proibições de prova representam meios processuais de imposição da tutela de direitos materiais, constituindo limites à descoberta da verdade que têm em si subjacente o fim de tutela de um direito. Nesta perspectiva, as proibições de prova representam, portanto, «meios processuais de imposição do direito material» que visam «prevenir determinadas manifestações de danosidade social» e garantem «a integridade de bens jurídicos prevalentemente pessoais»".

Sendo o direito processual penal direito constitucional aplicado, a CRP consagra os princípios e normas do regime das proibições de prova; segundo o n.º 8 do art. 32.º, da CRP «são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações». O legislador constituinte permite ao legislador ordinário no que concerne à «[...] abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações [...]»⁷⁶ uma larga margem normativa quanto ao regime das proibições de prova relativamente a estas matérias. Convém ressaltar que a entrada no domicílio dos cidadãos, a intromissão na vida privada, na correspondência ou nas telecomunicações, apenas concerne uma proibição de prova quando a intromissão for abusiva. No tocante às «[...] provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa [...]»⁷⁷ consubstanciam sempre uma proibição de prova, não podendo ser utilizadas.

Conforme o estipulado no art. 32.º n.º 8 da CRP, as provas obtidas por métodos proibidos originam provas nulas, no entanto a nulidade das provas proibidas cumpre um regime próprio estabelecido no art. 126.º do CPP. Sendo «[...] as provas obtidas mediante tortura⁷⁸, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas⁷⁹» absolutamente proibidas, não podendo ser utilizadas. O n.º 2 especifica o que se deve entender por provas ofensivas da integridade física ou moral das pessoas⁸⁰. O legislador distingue as proibições de prova

⁷⁶ Art. 32.º, n.º 8, da CRP.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ As Nações Unidas têm um papel deveras importante no combate à prática da tortura. A Declaração Universal dos Direitos do Homem no art. 5.º estabelece: «Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes». A 10 de dezembro de 1984 a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, codificando normas de combate à prática da tortura. Instituíram o Comité contra a Tortura, funcionando como um órgão de controlo, que tem por função certificar-se de que a Convenção está a ser respeitada. A Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes no seu art. 1.º consagra o significado de tortura. «I. Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" significa qualquer acto por meio do qual uma dor ou sofrimento agudos, físicos ou mentais são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um acto que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados».

⁷⁹ Art. 126.º, n.º 1, do CPP.

⁸⁰ Art. 126.º «Métodos proibidos de prova»

2 – «São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante:

- a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;
- b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;
- c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;

absolutas, que constam no art. 126.º, n.º 1, das proibições de prova relativas estabelecidas no n.º 3 do art. 126.º. Nas situações previstas no n.º 1 o que está em causa são direitos que a CRP consagra como invioláveis⁸¹, deste modo, mesmo que o titular desses direitos preste o seu consentimento, este será irrelevante.

Contrariamente ao que sucede às situações previstas no n.º 3 do referido artigo: "Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular»; nesta medida estamos perante provas relativamente proibidas, pois nestas situações o que está em causa são bens jurídicos disponíveis. E nessa medida as provas só serão nulas se as respetivas intromissões forem abusivas, ou seja, se forem obtidas sem o consentimento do respetivo titular e sem ser nos casos em que a lei expressamente autoriza, por exemplo, uma busca domiciliária efetuada com o respetivo consentimento do visado, não é nula, porque nesse caso estamos perante um bem jurídico disponível.

Não será assim se estivermos perante uma busca domiciliária, quer seja diurna ou noturna, sob tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral, independentemente do visado prestar o seu consentimento, estamos perante o regime de proibição de prova, sendo esta considerada nula, não podendo ser utilizada tal prova. Esta apenas poderá ser utilizada contra quem a obteve.

3.1 - Proibição de Prova versus Regime das Nulidades

De referir «*en passant*» que o regime das proibições de prova português teve influência de dois modelos distintos; são eles: o alemão (*Bewiesverbote*) e o americano (*Exclusionary Rules*).

As «*Bewiesverbote*» do direito alemão são principalmente um instrumento de defesa dos direitos fundamentais. Por outro lado, as «*Exclusionary Rules*» americanas são dirigidas para a

d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;

e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível».

⁸¹ Art. 25.º da CRP «Direito à integridade pessoal»

1– «A integridade moral e física das pessoas é inviolável.

2– Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos».

proteção e garantia do «*due processo of law*». Esta diferenciação é importante a nível prático. À guisa de exemplo podemos citar Manuel da Costa Andrade, «se em causa está a valoração de um *diário pessoal*, na América cura-se fundamentalmente de saber se ele chegou ao processo por meios lícitos. Já na Alemanha tudo se decide em determinar a relevância do diário do ponto de vista da reserva e sobretudo da área nuclear irredutível da vida íntima⁸²». Indubitável é que no problema do efeito-à-distância nas proibições de prova é onde se denota a maior diferença entre os dois modelos.

As proibições de prova estão consagradas, desde logo, na Lei Fundamental como um meio para proteger os cidadãos contra ingerências abusivas nos seus direitos, bem como limitar a descoberta da verdade material. Se com a obtenção de provas são violados direitos dos cidadãos, essas provas não podem ser consideradas no processo, são proibidas.

Contudo, é verdade que com a proibição da prova pode-se sacrificar a descoberta da verdade, v.g., a prova que tenha sido relevante para a condenação do arguido, sendo uma prova proibida, o julgador não pode formar a sua convicção baseada nessa prova.

Em 1987 o legislador positivou as proibições de prova. «[...] As proibições de prova contendem com as manifestações de conflitualidade mais radicais da ordenação comunitária. Particularmente, do conflito irredutível entre a ordem e a liberdade. Nesta linha as proibições de prova contendem com os direitos fundamentais da pessoa, a começar com a sua imponderável *dignidade*; e, por outro lado, com as instituições basilares do Estado de direito democrático⁸³».

O legislador deu os primeiros passos em relação a esta temática, contudo de uma forma inacabada, deixando em aberto alguns problemas dogmáticos e prático-jurídicos como, por exemplo, o efeito-à-distância e os conhecimentos fortuitos (estaremos perante a figura do efeito-à-distância sempre que o conhecimento dos factos seja adquirido de modo ilegal, e perante os conhecimentos fortuitos sempre que sejam adquiridos de modo legal). O legislador de 1987 recorreu ao direito alemão mais especificamente ao modelo das «*Beweisverbote*» (proibições de prova), inobstante isso associou as proibições de prova ao regime das nulidades, já a CRP de 1976 sugeria essa associação no art. 32.º, n.º 8 cominando como consequência a nulidade das provas obtidas através de «tortura, coacção, ofensa da

⁸² MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Proibições da Prova em Processo Penal (Conceitos e Princípios Fundamentais)», in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 13, 2008, p. 149.

⁸³ *Ibidem.*, p. 143.

integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações».

Tanto no art. 32.º, n.º 8 da CRP como no art. 126 do CPP o legislador comina com nulidade as provas proibidas, não podendo ser utilizadas, salvo em determinadas circunstâncias⁸⁴.

Embora o regime das proibições de prova e as nulidades estarem associados, são sistemas autónomos^{85 86}. Sendo o direito processual penal direito constitucional aplicado, a CRP consagra os princípios e normas do regime das proibições de prova, segundo o n.º 8 do art. 32.º da CRP: «são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações».

Como referido anteriormente, o legislador constituinte no art. 32.º, n.º 8 determina a nulidade das provas obtidas mediante abusiva intromissão no domicílio, e no CPP o art. 126.º determina no n.º 3 que: «Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular». Ora, o legislador utiliza a palavra «nulas» para cominar as proibições de prova, situação que tem gerado conflitos entre o conceito de nulidades e proibições de prova.

O CPP tem vários artigos que dizem respeito às nulidades. Um deles é o art. 118.º, cuja epígrafe é: «Princípio da legalidade», e segundo o n.º 1 «a violação ou a inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei». Portanto um ato ilegal é nulo quando for expressamente determinado por lei. Porém, segundo o art. 120.º, n.º 1, do CPP, essa nulidade em princípio é

⁸⁴ Referimo-nos à temática do efeito-à-distância. Assunto esse que não iremos abordar, apenas mencionar o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 14538/10.4TFLSB.L.1.5, de 3 de julho de 2012. Tem-se vindo a sustentar a inadmissibilidade das provas derivadas de provas ilícitas, dado que os vícios presentes na prova ilícita se transmitem às provas que derivaram dela. Uma das teorias mais importante para esta temática é a doutrina dos «fruit of poisonous», «[...] segundo a qual a prova ilícita é uma árvore que se contaminou com uma mancha (um vício) e, em decorrência, todas as outras provas que derivem daquela "árvore envenenada", ainda que a sua obtenção tenha ocorrido de forma lícita, também ficam contaminadas pela ilicitude da prova originária». Cf. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 14538/10.4TFLSB.L.1.5, de 3 de julho de 2012.

⁸⁵ Neste sentido MANUEL DA COSTA ANDRADE, *"Bruscamente no Verão Passado", A Reforma do Código de Processo Penal: Observações Críticas Sobre uma Lei que Podia e Devia ter sido Diferente*, 2009, p. 133 e ss.

⁸⁶ Vd. art. 118.º, n.º 3, do CPP «Princípio da legalidade»

1— «A violação ou a inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei.

2— Nos casos em que a lei não cominar com a nulidade, o acto ilegal é irregular.

3— As disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova».

sanável, dependendo de arguição pelos interessados, só será insanável e oficiosamente declarada nos casos em que a lei impuser. O n.º 2 do art. 118.º consagra o princípio da irregularidade dos demais atos processuais, ao estabelecer que «nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular». Como se depreende, o CPP prevê para os atos ilegais três diferentes consequências: nulidade relativa, nulidade insanável e irregularidade. E o n.º 3 do art. 118.º é que estabelece a diferença entre o regime das nulidades das proibições de prova estatuidando que «as disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova».

Nas palavras de Luís Pedro Martins de Oliveira, «[...] a CRP e o CPP estabelecem a nulidade como o efeito decorrente da obtenção de uma prova que a lei proíbe, o que faria com que o regime das nulidades fosse aplicável. Por outro lado, no mesmo CPP, tem-se a preocupação de esclarecer que as normas relativas às nulidades não lesam as normas referentes a proibições de prova, o que aponta para uma divergência de regimes⁸⁷». O n.º 3 do art. 118.º, do CPP, referido anteriormente, consagra que «as disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova». Podemos concluir que, de facto, o legislador distingue o regime das nulidades do regime das proibições de prova, ou seja, pretende que sejam regimes autónomos. Contudo a delimitação entre as nulidades e as proibições de prova não é simples. Desde logo, porque o legislador estabelece no art. 32.º, n.º 8, da CRP a nulidade das «provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações», sendo que o art. 126.º comina também com nulidade as provas obtidas mediante as situações supra referidas. «Daqui se depreende que o legislador utiliza a expressão "nulas" para consagrar verdadeiras proibições de prova, o que potencia os conflitos, já existentes entre o conceito de proibições de prova e de nulidades⁸⁸».

Contudo a opinião da doutrina em relação a esta questão é unânime, pois distingue o regime das proibições de prova do regime das nulidades.

⁸⁷ LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA, «Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova», in TERESA PIZARRO BELEZA; FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, coord. - *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, 2010, p. 258.

⁸⁸ ANTÓNIO DE JESUS TEIXEIRA, *Os Limites do Efeito-à-Distância: nas Proibições de Prova no Processo Penal Português*, 2014, p. 21.

Neste sentido Paulo Pinto de Albuquerque entende que de proibições de prova resultam provas nulas. Como escreve o Autor, «a nulidade das provas proibidas obedece a um regime distinto da nulidade insanável e nulidade sanável⁸⁹».

Neste sentido Germano Marques da Silva escreve: «Parece que o regime das proibições de prova não há-de reconduzir-se pura e simplesmente ao regime das nulidades, pois se assim fora seria dificilmente explicável o n.º 3 do art. 118.º [...]»⁹⁰.

Nas palavras de Manuel da Costa Andrade, «a ligação estreita das proibições de prova à doutrina e ao regime das *nulidades* não deve, todavia, ser entendida como a homogeneização pura e simples das duas figuras, reconduzindo-se as proibições de prova a meras manifestações tipificadas de *nulidade*. Como se o regime das nulidades pudesse oferecer a resposta de plano e sem resíduos à extensa área problemática das proibições de prova⁹¹».

O art. 126.º, n.º 1 estabelece os métodos proibidos de prova e considera nulas as provas resultantes de tais métodos, provas essas que tenham sido obtidas mediante tortura, coação ou ofensa à integridade física ou moral das pessoas, nunca podem ser utilizadas, mesmo que tenham sido obtidas com consentimento, pois em causa estão bem jurídicos indisponíveis para o seu titular e nessa medida estamos perante uma proibição absoluta. Segundo Manuel Monteiro Guedes Valente, as provas que forem obtidas com recurso aos métodos previstos no n.º 1 e 2 do art. 126.º «[...] estão feridas de nulidade absoluta, insanável e de conhecimento oficioso, como se retira do n.º 1 do art.º 126.º, ao prescrever imperativamente "não podendo ser utilizadas", excepto como prova contra quem as obteve de tal forma censurável e ilegal⁹²». Neste mesmo sentido Marques Ferreira escreve, «de acordo com a estrutura desta norma são *absolutamente proibidos* os métodos de prova que contendem directamente com a dignidade e integridade física ou moral do homem enquanto direitos indisponíveis para o próprio titular (art. 126.º n.º 1 e n.º 2)⁹³». Na mesma esteira Germano Marques da Silva entende que o art. 126.º, n.º 1 do CPP estabelece provas absolutamente proibidas e que nunca podem ser utilizadas⁹⁴.

⁸⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2009, p. 319.

⁹⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal, Vol. II*, 2011, p. 178.

⁹¹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 2013, p. 194.

⁹² MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Revistas e Buscas*, 2005, p. 139.

⁹³ MARQUES FERREIRA, «Meios de Prova», in *O Novo Código de Processo Penal: I Jornadas de Direito Processual Penal*, 1997, p. 224.

⁹⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal, Vol. II*, 2011, p. 174.

O problema reside é quanto ao n.º 3 do art. 126.º, que, como foi referido, nesta situação estão em causa bens jurídicos disponíveis. Existindo autores que defendem que neste caso tratando-se de uma nulidade relativa, as provas serão nulas, porém, essa nulidade é sanável, dependendo de arguição do interessado, estando assim ao abrigo das disposições legais previstas nos arts. 120.º e 121.º do CPP. Para outros autores o entendimento é de que o n.º 3 do art. 126.º enquadra-se no âmbito de provas absolutamente proibidas.

M. Maia Gonçalves, relativamente ao art. 126.º, n.º 1 e 3, entende tratar-se «[...] de dois graus de desvalor de provas obtidas contra as cominações legais, sendo maior o desvalor ético-jurídico das provas obtidas mediante os processos referidos no n.º 1, e tal diferente grau de desvalor tem reflexo nas nulidades cominadas: enquanto as provas obtidas pelos processos referidos no n.º 1 estão fulminadas com uma nulidade absoluta, insanável e de conhecimento oficioso, que embora como tal não esteja consagrada no art. 119.º o está neste artigo 126.º; através da expressão imperativa não podendo ser *utilizadas*, já as provas obtidas mediante o processo descrito no n.º 3 são dependentes de arguição, e portanto sanáveis, pois que não são apontadas como insanáveis no artigo 119.º ou em qualquer outra disposição da lei. Em relação a estas últimas provas, obtidas mediante os processos aludidos no n.º 3, a lei atendeu em algum modo à vontade do titular do interesse ofendido e ao princípio *volenti non fiat injuria*⁹⁵».

No entendimento de Paulo Pinto Albuquerque «a **nulidade das provas obtidas** obedece a um regime distinto da nulidade insanável e da nulidade sanável. Trata-se de um regime complexo, que distingue dois tipos de proibições de provas consoante as provas atinjam a integridade física e moral da pessoa humana ou a privacidade da pessoa humana⁹⁶». Para o Autor o regime da nulidade da prova proibida será o seguinte: «a nulidade da prova proibida que atinge o **direito à integridade física e moral** previsto no artigo 126.º, n. 1 e 2 do CPP é **insanável**; a nulidade da prova proibida que atinge os **direitos à privacidade** previstos no art. 126º, n.º 3 é **sanável pelo consentimento** do titular do direito. A legitimidade para o consentimento depende da titularidade do direito em relação ao qual se verificou a intromissão ilegal. O consentimento pode ser dado *ex ante* ou *post facto*⁹⁷».

⁹⁵ M. MAIA GONÇALVES, «Meios de Prova», in *O Novo Código de Processo Penal: I Jornadas de Direito Processual Penal*, 1997, p. 195.

⁹⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2009, p. 319.

⁹⁷ *Ibidem*.

Neste sentido Gomes Canotilho e Vital Moreira em anotação ao art. 32.º da CRP, «a interdição é absoluta no caso do direito à integridade pessoal [...] e, relativa nos restantes casos, devendo ter-se por *abusiva* a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial [...], quando desnecessária ou desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos [...]»⁹⁸.

O Ac. do Tribunal da Relação de Évora (Processo n.º 549/08.7PBBJA-A.E1) de 17 de setembro de 2009⁹⁹ releva um caso em que uma busca domiciliária foi efetuada sem o consentimento do visado e sem prévia autorização da competente autoridade judiciária determinando que «[...] no caso do n.º 3 as provas só serão nulas quando os métodos utilizados para a sua obtenção não obtiveram o consentimento do respectivo titular, porque se reportam a bens jurídicos disponíveis. Da diferente qualificação dos bens em causa e da respectiva disponibilidade ou indisponibilidade para o seu titular resultam regimes ou consequências diversas. As provas obtidas por métodos absolutamente proibidos não poderão nunca ser utilizadas no processo mesmo com o consentimento daquele; pelo contrário, se tais métodos foram apenas relativamente proibidos, enquanto susceptíveis de consentimento relevante do respectivo titular, as provas obtidas também serão nulas, mas tal nulidade, porque sanável, depende de arguição do interessado, ficando sujeito à disciplina do art.º 120.º e 121.º do Código de Processo Penal¹⁰⁰».

Como se nota, resultam regimes ou consequências diferentes. As provas obtidas por métodos absolutamente proibidos são nulas e conseqüentemente não podem ser utilizadas no processo, se as provas forem obtidas por métodos relativamente proibidos, dependendo de consentimento do respectivo titular, as mesmas também serão nulas, porém, essa nulidade é sanável, dependendo de arguição do interessado, estando assim ao abrigo das disposições legais previstas nos arts. 120.º e 121.º do CPP.

Para estes autores no caso da realização de uma busca domiciliária realizada sem autorização judicial, não se enquadrando nas situações elencadas no art. 174.º, n.º 5 e sem o consentimento do visado, a busca será nula e as provas decorrentes da busca também serão

⁹⁸ J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 2007, p. 524.

⁹⁹ Em sentido idêntico cito o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 047084, de 8 de fevereiro de 1995, que determina: «As provas recolhidas através da busca domiciliária levada a cabo sem autorização da competente autoridade judiciária, nem com o consentimento do visado, serão nulas. Porém, tal nulidade, porque sanável, fica sujeita à disciplina dos artigos 120 e 121 do C. P. Penal, dependendo, assim, da arguição do interessado».

¹⁰⁰ Ac. do Tribunal da Relação de Évora, processo n.º 549/08.7PBBJA-A.E.1, de 17 de setembro de 2009.

nulas, porém essa nulidade sendo sanável, depende de arguição do interessado, integrando o disposto nos arts. 120.º e 121.º, ambos do CPP.

Teresa Pizarro Beleza tem entendimento diferente. A Autora defende em relação ao art. 126.º, do CPP «[...] que se alguém - o M.P., a P.J. ou seja quem for - obtiver qualquer prova através de um destes métodos proibidos, essa prova será totalmente inútil *porque em absoluto não utilizável*. Ou melhor, ela poderá ser utilizada com o fim exclusivo de basear uma condenação da pessoa que ilegalmente a obteve: o magistrado, ou o polícia, ou o particular - é que dispõe o n.º 4 do art. 126.º. [...] É em parte o facto de existir o n.º 4 do art. 126.º que me leva a rejeitar o entendimento do Dr. Maia Gonçalves, que nas Jornadas defendeu que a nulidade estatuída no n.º 3 do art. 126.º seria uma nulidade sanável. Mas, além disso, parece-me que o raciocínio do Dr. Maia Gonçalves põe de lado o estatuído no art. 118.º, n.º 3. Não creio, por outro lado, que a expressão "são igualmente nulas" do n.º 3 seja argumento, como defendeu o Dr. Curado Neves no seu ensino em anos anteriores. Julgo que o sentido dessa frase é apenas o de "também"¹⁰¹».

No mesmo sentido Germano Marques da Silva escreve que «como ensina o Doutor Manuel da Costa Andrade há uma imbricação íntima entre as proibições de prova e o regime das nulidades. Com efeito, é no título dedicado às nulidades que o CPP inscreve o preceito segundo o qual *as disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova* (art. 118.º, n.º 3) e frequentemente a lei enuncia as proibições de prova, cominando com a sanção da nulidade a violação dos pertinentes imperativos legais (v.g., arts. 126.º, n.º 1 e 2; 134.º, n.º 2; 126.º, n.º 3; e 190.º). São, porém, realidades distintas e autónomas¹⁰²».

Manuel Guedes Valente acompanha o entendimento de Teresa Beleza e Germano Marques da Silva acrescentando que «as proibições de prova previstas no n.º 3 do art. 126.º se referem ao que de mais íntimo se deve preservar - a reserva da intimidade da vida privada -, sendo que a aceitação da sua violação funcionaria como uma legitimação para as polícias ou o MP poderem desenvolver actos com a finalidade de obtenção de provas mesmo que essa obtenção ferisse o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana¹⁰³».

O legislador através da reforma operada em 2007 ao introduzir a al. e) do n.º 1 do art. 449.º pretendeu demarcar a diferença existente entre o regime das nulidades e proibição de prova,

¹⁰¹ TERESA PIZARRO BELEZA, *Apontamentos de Direito Processual Penal, II Volume*, 1993, p. 151.

¹⁰² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal, Vol. II*, 2011, p. 177.

¹⁰³ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Revistas e Buscas*, 2005, p. 145.

estabelecendo que «a revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando: e) Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.ºs 1 a 3 do artigo 126.º». Luís Pedro Martins de Oliveira refere que «assim mesmo que já não seja admissível recurso ordinário, é permitida, a todo o tempo, a apresentação de um requerimento a pedir a revisão da sentença com base na utilização de provas proibidas na fundamentação da decisão, o que constitui um recurso extraordinário, que não tem paralelo para as nulidades sanáveis¹⁰⁴».

Como foi dito anteriormente, as proibições de prova são verdadeiros limites à descoberta da verdade material e nessa medida as decisões devem ser baseadas em provas processualmente admissíveis e válidas e portanto se alguma decisão foi tomada tendo em conta provas proibidas esta deve ser destruída através do recurso de revisão¹⁰⁵.

¹⁰⁴ LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 268.

¹⁰⁵ Neste sentido, ANTÓNIO DE JESUS TEIXEIRA, ob. cit., p. 30.

Capítulo IV - Busca como Meio de Obtenção de Prova

1 - Meios de Prova versus Meios de Obtenção de Prova

O CPP não estatui uma definição de meios de prova, antes, consagra um princípio de admissibilidade de todos os meios de prova que não sejam proibidos por lei. No livro III do CPP estão elencados os meios de prova, sendo eles: a prova testemunhal (arts. 128.º a 139.º do CPP), as declarações do arguido, do assistente e das partes civis (arts. 140.º a 145.º do CPP), a acareação (art. 146.º do CPP), o reconhecimento (art. 147.º do CPP), a reconstituição do facto (art. 150.º), a prova pericial (art. 151.º e ss do CPP), e a prova documental (art. 164.º e ss do CPP).

O Direito Processual Penal Português distingue os meios de obtenção de prova dos meios de prova (art. 171.º e ss; art. 126.º do CPP).

Os meios de prova distinguem-se dos meios de obtenção de prova, sendo estes: o exame (art. 171.º a 173.º), a revista e busca (art. 174.º a 177.º), a apreensão (art. 178.º e ss) e a escuta telefónica (art. 187.º e ss).

Tanto os meios de obtenção de prova, como as buscas domiciliárias, como os meios de prova, como as perícias levantam problemas semelhantes de conflito entre o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e a investigação, a descoberta da verdade e a prevenção de futuros crimes.

O Professor Germano Marques da Silva distingue meios de prova de meios de obtenção de prova.

Para o Autor «os meios de obtenção de prova distinguem-se dos meios de prova numa dupla perspectiva: *lógica e técnico-operativa*.

Na perspectiva lógica os meios de prova caracterizam-se 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.

Na perspectiva técnico-operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito¹⁰⁶».

«Os meios de obtenção de prova visam a detecção de indícios da prática do crime, constituindo um meio de aquisição para o processo de uma prova "pré-existente" e, em regra, contemporânea ou preparatória do crime. Os meios de prova formam-se no momento da sua própria produção no processo, visando a "reprodução" ("avaliação") do facto e, nessa medida, constituindo um meio de aquisição para o processo de uma prova "posterior" à prática do crime¹⁰⁷».

Nas palavras de Germano Marques da Silva os meios de obtenção de prova são, «instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias e órgãos de polícia-criminal para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, não são meios de prova, são instrumentos para recolher no processo esses instrumentos¹⁰⁸».

Como se infere, o meio de obtenção de prova – buscas domiciliárias regulamentado no nosso CPP, é um método de recolha de prova que facilmente colide com direitos liberdades e garantias dos cidadãos, constitucionalmente garantidos, daí existir um rigoroso princípio de legalidade, consagrado constitucionalmente no n.º 8 do art. 32.º da CRP e também se encontra consagrado nos arts. 125.º e 126.º ambos do CPP.

«Qualquer restrição aos direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se: (1) For autorizada pela Constituição; (2) Estiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado; (3) Visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido; (4) For necessária a essa salvaguarda, adequada para o efeito e proporcional a esse objetivo; (5) Tiver carácter geral e abstracto, não tiver efeito retroactivo e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Assim o impõe o art. 18.º n.º 2 da CRP¹⁰⁹».

O art. 125.º do CPP estatui o princípio de legalidade da prova, primeiramente este princípio é concretizado por a lei exigir o cumprimento de certas exigências para que a prova possa ser obtida e valorada, sob pena de essa mesma prova não poder vir a ser valorada. Este princípio,

¹⁰⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 2011, p. 280.

¹⁰⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2009, p. 315.

¹⁰⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 2011, p. 280.

¹⁰⁹ FRANCISCO MARCOLINO DE JESUS, ob. cit., pp. 139 e 140.

como já foi dito, também consagra a admissibilidade de todos os meios de prova, desde que não sejam proibidos por lei.

O art. 126.º do CPP consagra os métodos proibidos de prova, ou seja, verificada alguma das situações previstas neste artigo, o juiz não pode basear a sua decisão com base nessas provas, podendo mesmo afirmar-se que nesta situação existe uma exceção ao princípio previsto no art. 127.º do CPP, o princípio da livre convicção do juiz.

2 - Buscas

Passando à análise do tema que nos propomos tratar – as buscas domiciliárias - devemos começar por referir que estas serão aqui tratadas como um meio de obtenção de prova.

O meio de obtenção de prova que nos propusemos estudar é uma matéria de direito penal adjetivo – buscas domiciliárias.

A este importante meio de obtenção de prova reportam-se os arts. 174.º a 177.º do CPP.

Pela importância que reveste para o presente tema de dissertação, tem cabimento a transcrição do art. 174.º do CPP.

Art. 174.º «Pressupostos»

1- «Quando houver indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova, é ordenada revista.

2- Quando houver indícios de que os objectos 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, é ordenada busca.

3- As revistas e as buscas são autorizadas ou ordenadas por despacho pela autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência.

4- O despacho previsto no número anterior tem um prazo de validade máxima de 30 dias, sob pena de nulidade.

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

- a) De terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa;
- b) Em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; ou
- c) Aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão.

6- Nos casos referidos na alínea a) do número anterior, a realização da diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada ao juiz de instrução e por este apreciada em ordem à sua validação».

Não é uma questão pacífica, tal como sucede com os outros meios de obtenção de prova, consagrados no Título III do CPP, desde logo por estar em conflito a busca pela verdade material com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. No caso do meio de obtenção de prova, a ser tratado neste estudo, - busca domiciliária - contende, desde logo, com direitos fundamentais consagrados na Constituição, sendo eles o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e o direito à inviolabilidade do domicílio.

Antes de mais, é importante referir que existem dois tipos de buscas: as domiciliárias previstas no art. 177.º do CPP e as não domiciliárias, geralmente previstas no n.º 2 do art. 174.º do CPP. Contudo neste trabalho abordaremos apenas as buscas domiciliárias. Em todas as tipologias de busca «[...] se procura delimitar o campo de intervenção da diligência que violará a reserva da intimidade da vida privada da pessoa e da família e a inviolabilidade de domicílio evitando-se que, mesmo quando legal e legítima, não ofenda o conteúdo mínimo ou essencial de direitos fundamentais afectados¹¹⁰».

O CPP estabelece como meio de obtenção da prova as buscas, previstas nos arts. 174.º e ss do CPP; estas são efetuadas em locais reservados ou não livremente acessíveis ao público, quando haja indícios de que nesse local se encontrem objetos relacionados com a prática de um crime ou que o arguido ou outra pessoa que deva ser detida se encontra nesse local. O nosso CPP já foi mais específico no que diz respeito à figura da busca. O CPP de 1929 no art. 203.º continha uma descrição mais pormenorizada do que era considerado busca: «Quando haja indícios de que alguma pessoa tem em seu poder ou que se encontram em algum lugar, cujo acesso não seja livre, papéis ou outros objectos cuja apreensão fôr necessária para a

¹¹⁰ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, «Revistas e Buscas: Que Viagem Queremos Fazer?» in *I Congresso de Processo Penal*, 2005, pp. 300 e 301.

instrução do processo, ou quando o arguido ou outra pessoa que deva ser presa se tenha refugiado em lugares daquela natureza 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». A busca para captura encontrava-se prevista nos arts. 300.º a 302.º ambos do CPP de 1929.

Nas palavras de João Davin, «a busca será a actuação levada a cabo pela autoridade judiciária ou pelo órgão de polícia criminal competente, em cumprimento com o anteriormente ordenado, visando a obtenção de material probatório que se encontre no local identificado (reservado ou não livremente acessível ao público) relevantes para a prova e para o esclarecimento da verdade¹¹¹».

O Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, (Processo n.º 041565) de 5 de junho de 1991, considera que «as buscas realizam-se em lugares reservados ou não livremente acessíveis ao público, pelo que apenas podem ter lugar nas condições previstas na lei ou com o consentimento de quem tiver a livre disponibilidade em relação a esse lugar [...]», se assim não for, não estamos perante a figura buscas.

Nas palavras de Ana Luísa Pinto «a busca consiste numa diligência processual penal que visa a recolha de informação relativa à prática de um crime, ou seja, é um meio de obtenção de prova¹¹²». A busca é desenvolvida pela autoridade judiciária ou por órgão de polícia criminal e visa a obtenção de indícios probatórios, a título de exemplo, objetos da prática do crime; a motivação do crime, entre outros, para os juntar ao processo para que se consiga atingir o fim do processo penal.

Segundo o disposto no art. 283.º, n.º 2 do CPP, «consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança».

Para que se ordene a realização de uma busca domiciliária, decorre da lei apenas a exigência da existência de indícios de que os objetos relacionados com um crime ou que possam

¹¹¹ JOÃO DAVIN, «O Regime das Buscas Domiciliárias», in *Estudos Comemorativos dos 25 anos do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna em Homenagem ao Superintendente-Chefe Afonso de Almeida*, 2009, p. 630.

¹¹² ANA LUÍSA PINTO, «Aspectos Problemáticos do Regime das Buscas Domiciliárias», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15.º, n.º 3, 2005, p. 415.

servir de prova se encontram no domicílio, não sendo necessário que os mencionados «indícios» exigidos no art. 174.º do CPP sejam indícios suficientes¹¹³, ou fortes indícios.

A jurisprudência tem-se pronunciado sobre a questão de saber se para efeitos de realização de uma busca domiciliária é necessário que haja indícios suficientes ou, apenas, indícios.

A respeito desta temática merece relevar o Ac. do Tribunal da Relação de Évora (Processo n.º 1119/04-18) de 8 junho de 2004, em que o Tribunal *a quo* determinou que a busca domiciliária apenas deverá ter lugar quando haja indícios suficientes da prática de determinado ilícito, precisamente por esta diligência restringir direitos constitucionalmente protegidos, não se bastando apenas com «indícios»¹¹⁴. Ao passo que o MP, de opinião contrária, recorreu, alegando que não resulta da lei tal exigência, que para a realização de uma busca domiciliária seja necessário a existência de indícios suficientes, conforme o disposto no art. 174.º, n.º 2, do CPP¹¹⁵. O Tribunal *ad quem* decidiu dar provimento ao recurso, considerando que a lei não impõe «[...] que a realização das buscas domiciliárias dependa da existência prévia de outra prova indiciária dos crimes praticados pelos denunciados, nem que estes devam previamente ser constituídos como arguidos. As buscas domiciliárias constituem um meio de obtenção de prova, podem ser realizadas quando houver indícios de que quaisquer objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova, se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, como é o domicílio¹¹⁶».

Quanto a esta temática importa ainda referir o Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 29 de novembro de 2006 (Processo n.º 0645900), de cujo teor destacamos: «Com vista à determinação de uma busca podem valer como indícios os elementos constantes de uma informação policial. [...] Para ser ordenada a busca e a apreensão não é necessário que os indícios da prática do crime sejam suficientes ou fortes. Nesse caso já existiria prova suficiente para deduzir a acusação [...]. O que se pretende com tal busca é a recolha de elementos de prova que confirmem ou infirmem os factos participados. [...] Desde que tais indícios se verifiquem o direito à inviolabilidade, previsto no artº 34.º da CRP, deve ceder perante o interesse da investigação criminal para a boa aplicação da justiça».

¹¹³ Indícios suficientes são exigidos para a acusação, segundo o disposto no art. 283.º, n.º 1, do CPP e para despacho de pronúncia ou de não pronúncia, conforme o disposto no art. 308.º do CPP.

¹¹⁴ Vd. Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 8 de junho de 2004: «Nunca é demais realçar que, por envolver uma clara restrição de direitos, a busca domiciliária só deverá ser desencadeada quando o processo reúne indícios suficientes da prática de determinado ilícito».

¹¹⁵ *Ibidem*. «A existência (ou não existência) de indícios suficientes da prática de crime não é pressuposto legal da autorização judicial para realização de busca domiciliária [...]».

¹¹⁶ *Ibidem*.

Na mesma esteira o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de maio de 2007 (Processo n.º 3/07.4GBCNT-A.C1), determina: «Para realização de uma busca a lei exige apenas a existência de *indícios* e não *indícios suficientes ou fortes indícios*, pelo que a busca domiciliária não está subordinada à condição de existência de indícios ou prova suficiente da prática de qualquer crime».

Mais recentemente o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 3 de março de 2010 (Processo n.º 359/09.4GBOBR-A.C1) pronunciou-se no mesmo sentido, dizendo que «[...] a materialização da suspeita ou dos indícios não tem de coincidir forçosamente com a existência prévia de prova mas com um estado de coisas que indique, em face das regras da experiência, que essa prova é possível, como seja uma queixa apresentada e devidamente circunstanciada, vigilância efectuada pelas entidades policiais que dê conhecimento de factos integradores de crime e possa posteriormente materializar-se em prova, testemunhos recolhidos informalmente que posteriormente se possam materializar em prova e obviamente meios de prova previamente produzidos. Ou seja, é perante a existência de uma suspeita consistente da prática de um crime que se pode e deve concluir pela necessidade de uma busca e que se pode concluir pela sua adequação e racionalidade. E bem se compreende que assim deva ser, não obstante as citadas garantias constitucionais, porque exigir mais do que uma suspeita fundamentada ou se se quiser mais do que indícios, seria negar à busca o que dela se pretende e a sua razão de ser, a obtenção de prova».

Vinício Ribeiro sustenta que «[...] as buscas são operações desenvolvidas pela autoridade judiciária ou por órgão de polícia criminal com o objetivo de obter elementos probatórios materiais da prática de um crime. Como operações têm ínsita a procura, uma atividade, um facere, por parte da entidade que a elas procede¹¹⁷».

Este meio de obtenção de prova tem características próprias, que as permite distinguir de outros meios de obtenção de prova, desde logo por estas se realizarem em locais reservados ou não livremente acessíveis ao público, quando haja indícios de que nesse local se encontrem objetos relacionados com a prática de um crime ou que o arguido ou outra pessoa que deva ser detida se encontra nesse local.

Com a busca pretende-se comprovar os indícios que foram reunidos nos autos e levam a crer que naquele local se pode encontrar material probatório de relevo para a investigação.

¹¹⁷ VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal: Notas e Comentários*, 2011, pp. 457 e 458.

3 – Diferença entre Busca e Revista

O CPP consagra outro meio de obtenção de prova semelhante à figura das buscas, são as revistas «[...] que consistem em proceder ao exame ou à inspecção minuciosa de uma pessoa, a qualquer hora do dia ou da noite, para se verificar se a mesma oculta ou não objectos relacionados com o crime ou que possam servir de prova daquele [...]»¹¹⁸. A revista pressupõe a existência de «indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova» (Vd. n.º 1 do art. 174.º, do CPP).

A distinção entre a revista e a busca consiste em que a revista se destina às pessoas enquanto a busca se realiza em coisas, como se retira do exposto no art. 174.º, n.º 2, do CPP. Nas palavras de Ana Luísa Pinto a distinção entre estes dois meios de obtenção de prova faz-se na medida em que a revista «[...] visa descobrir indícios da prática de crime não num espaço físico mas na própria pessoa. Consiste no exame ou inspecção minuciosa de uma pessoa, a qualquer hora do dia ou da noite, para verificar se a mesma oculta ou não objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova daquele»¹¹⁹.

4 – Diferença entre Busca e Apreensão de Objeto

De igual forma será pertinente distinguir a busca do ato de apreensão de objetos. A apreensão de objeto também é um meio de obtenção de prova previsto no art. 178.º do CPP e pode ocorrer no âmbito de uma busca ou de uma revista, como estabelece o n.º 4 do referido artigo¹²⁰, e ainda ocorrer em situações de urgência ou perigo na demora.

As buscas têm características próprias que as permite distinguir de outros meios de obtenção de prova, como se observa, por serem realizadas em locais reservados ou não livremente acessíveis ao público, para além disso, é necessário que haja indícios de que: «[...] nele se encontram objectos relacionados com a prática de um facto qualificado como crime e que são

¹¹⁸ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Revistas e Buscas*, 2005, pp. 19 e 20.

¹¹⁹ ANA LUÍSA PINTO, «Aspectos Problemáticos do Regime das Buscas Domiciliárias», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15.º, n.º 3, 2005, p. 423.

¹²⁰ Art. 178.º «Objectos susceptíveis de apreensão e pressupostos desta»

4 – «Os órgãos de polícia criminal podem efectuar apreensões no decurso de revistas ou de buscas ou quando haja urgência ou perigo na demora, nos termos previstos na alínea c) do n.º 2 do artigo 249.º».

susceptíveis de servirem de prova no processo-crime em curso; ou nele se escondem pessoas que devem ser detidas, para serem presentes à autoridade judiciária competente¹²¹».

5 – Buscas não Domiciliárias

Como já foi referido, existem dois tipos de buscas: as domiciliárias e as não domiciliárias, por conseguinte existem dois regimes distintos. O regime geral das buscas não domiciliárias encontra-se previsto no art. 174.º do CPP. As buscas previstas no art. 251.º do CPP¹²² inserem-se no âmbito das buscas não domiciliárias. São buscas que os OPC realizam sem autorização da autoridade judiciária e assim é, pelo seu carácter urgente de salvaguardar os meios de prova, contudo, após a sua realização e sob pena de nulidade, comunicadas ao JIC e por este apreciadas em ordem à sua validação.

Visto o nosso trabalho incidir sobre as buscas domiciliárias, apenas faremos uma breve alusão aos locais onde se realizam as buscas não domiciliárias. O art. 174.º, n.º 1 e 2 estipula que se pode proceder a buscas não domiciliárias sempre que o arguido ou outra pessoa que deva ser detida, ou objetos relacionados com o crime ou que possam servir de prova deste, se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público. Esta norma exclui o domicílio. «Podem tratar-se de automóveis, garagens, quintais, entre outros espaços, que não cumpram a função de domicílio. Acresce que esses espaços não têm que ser da propriedade do autor da infração ou dos seus cúmplices, bastando que haja indícios de que neles se encontrem objectos com aptidão probatória¹²³». O Ac. do Tribunal Constitucional n.º 192/2001 de 08 de maio de 2001 considerou como busca não domiciliária a busca efetuada em «[...] espaços

¹²¹ ANA LUÍSA PINTO, «Aspectos Problemáticos do Regime das Buscas Domiciliárias», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15.º, n.º 3, 2005, pp. 422 e 423.

¹²² Art. 251.º «Revistas e buscas»

1 – «Para além dos casos previstos no n.º 5 do artigo 174.º, os órgãos de polícia criminal podem proceder, sem prévia autorização da autoridade judiciária:

a) À revista de suspeitos em caso de fuga iminente ou de detenção e a buscas no lugar em que se encontrarem, salvo tratando-se de busca domiciliária, sempre que tiverem fundada razão para crer que neles se ocultam objectos relacionados com o crime, susceptíveis de servirem a prova e que de outra forma poderiam perder-se;

b) À revista de pessoas que tenham de participar ou pretendam assistir a qualquer acto processual ou que, na qualidade de suspeitos, devam ser conduzidos a posto policial, sempre que houver razões para crer que ocultam armas ou outros objectos com os quais possam praticar actos de violência.

2 – É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 6 do artigo 174.º».

¹²³ ANA LUÍSA PINTO, «As buscas não domiciliárias no direito processual penal português», in *Revista do Ministério Público*, ano 28.º, n.º 109, 2007, p. 35.

comuns do recinto de uma oficina de reparação de veículos automóveis e barracões anexos¹²⁴
[...]]».

¹²⁴ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 192/2001 de 8 de maio de 2001.

Capítulo V – Regime Jurídico das Buscas Domiciliárias

Passemos então à análise do regime jurídico das buscas domiciliárias propriamente dito, que se encontra previsto no art. 177.º do CPP, donde resultam restrições específicas à realização de buscas domiciliárias, em conformidade com o art. 34.º da Lei Fundamental, que consagra o direito à inviolabilidade do domicílio.

Pela sua importância para o desenvolvimento do trabalho, passo a citar o art. 177.º do CPP.

Art. 177.º «Busca domiciliária»

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

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

a) Terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada;

b) Consentimento do visado, documentado por qualquer forma;

c) Flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos.

3 - As buscas domiciliárias podem também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuadas por órgão de polícia criminal:

a) Nos casos referidos no n.º 5 do artigo 174.º, entre as 7 e as 21 horas;

b) Nos casos referidos nas alíneas b) e c) do número anterior, entre as 21 e as 7 horas.

4 - É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 6 do artigo 174.º nos casos em que a busca domiciliária for efectuada por órgão de polícia criminal sem consentimento do visado e fora de flagrante delito.

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

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

O regime jurídico das buscas domiciliárias (portanto, busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada) sofreu alterações pela Lei n.º 48/2007; procedeu-se a uma tentativa de harmonização do texto constitucional com a lei ordinária, mais especificamente no que concerne ao regime das buscas domiciliárias noturnas. Visto até então, o estabelecido na Constituição, no que toca ao regime das buscas domiciliárias, não estava em consonância com o CPP, estabelecendo a Constituição um regime mais amplo.

O art. 177.º n.º 1, anterior à referida alteração operada pela Lei n.º 48/2007, dispunha que as buscas domiciliárias só podiam ser efetuadas entre as 7 e as 21 horas, ao passo que a CRP com a revisão constitucional operada em 2001, passou a prever no art. 34.º n.º 3 a possibilidade de buscas domiciliárias noturnas, no caso «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» (art. 34.º, n.º 3 da CRP).

O art. 177.º do CPP estabelece o regime jurídico das buscas domiciliárias, conjugado com os arts. 174.º e ss do CPP, os quais deverão ser articulados com as normas da Constituição da República Portuguesa. Os preceitos legais supra referidos são resultado do art. 34.º da CRP que consagra a garantia da inviolabilidade do domicílio.

A partir do momento em que o juiz autoriza uma busca domiciliária, este está a permitir a restrição do direito à inviolabilidade do domicílio, direito este que não é absoluto, conforme o art. 34.º n.º 2 da CRP.

No art. 18.º da CRP estão consagrados os meios de proteção dos direitos fundamentais, contudo o n.º 2 do artigo supra referido admite a sua restrição, proclamando: «A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos». Nessa medida se estivermos perante uma colisão de direitos fundamentais, a lei restritiva deve subordinar-se a outros direitos constitucionalmente protegidos.

O regime restritivo para a realização de buscas domiciliárias estabelecido no art. 177.º do CPP, tem a sua origem no art. 34.º da CRP que consagra o direito à inviolabilidade do domicílio, como direito, liberdade e garantia fundamental dos cidadãos. A Constituição no art. 34.º, n.º 1 determina: «O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis». Inobstante isso, o n.º 2 do referido artigo dispõe que «a

entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei». Nas palavras elucidativas de Gomes Canotilho e Vital Moreira, «O regime próprio dos direitos, liberdades e garantias não proíbe de todo em todo a possibilidade de **restrição**, por via de lei, do exercício dos direitos, liberdades e garantias. Mas submete tais restrições a vários e severos requisitos. Para que a restrição seja constitucionalmente legítima, torna-se necessária a verificação *cumulativa* das seguintes condições: (a) que a restrição esteja expressamente admitida (ou, eventualmente, imposta) pela Constituição, ela mesma (n.º 2, 1ª parte); (b) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (n.º 2, *in fine*); (c) que a restrição seja exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo (n.º 2, 2.ª parte); (d) que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respectivo preceito (n.º 3, *in fine*)¹²⁵».

Ademais o art. 32.º, cuja epígrafe é «Garantias de processo criminal», estabelece no n.º 1 que «o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso» e no n.º 8 que «são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações». Em razão disso podemos afirmar que o direito à inviolabilidade do domicílio consagrado na CRP visa tutelar o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, consagrado no art. 26.º da CRP.

Do regime estipulado no n.º 1 do art. 177.º do CPP, passo a citar: «A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz e efectuada entre as 7 e as 21 horas», deste preceito legal conjugado com o art. 174.º, n.º 2 retira-se que se podem realizar buscas domiciliárias, sempre que haja indícios de que numa casa habitada ou numa sua dependência fechada se encontram objetos relacionados com um crime ou que possam servir de prova, e que só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz. Assinala-se, ainda, que em princípio, só poderá ser efectuada entre as 7 e as 21 horas, matéria a que voltaremos.

Este é o regime regra das buscas domiciliárias: de que têm de ser autorizadas pelo juiz, e efectuadas entre as 7 e as 21 horas; contudo, existem exceções, previstas no n.º 2 do art. 177.^{o126}, em que mediante despacho do juiz é possível a realização de busca domiciliária entre

¹²⁵ J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 2007, p. 388.

¹²⁶ O n.º 2 do art. 177.º do CPP foi introduzido em 2007, com a décima quinta alteração ao CPP, operada pela Lei n.º 48/2007 de 29 de agosto, e entrou em vigor no dia 15 de setembro de 2007.

as 21 e as 7 horas nos casos de: «terrorismo, ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada¹²⁷; consentimento do visado, documentado por qualquer forma¹²⁸; flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos¹²⁹».

Como se pode notar, no caso das buscas domiciliárias, até por imperativo constitucional, art. 34.º da CRP, o art. 177.º do CPP, fixa pressupostos de validade mais elevados do que no caso das buscas não domiciliárias, pois para as buscas domiciliárias a autorização compete à autoridade judiciária, ou seja, ao juiz, fará todo o sentido, uma vez que as buscas domiciliárias contendem diretamente com direitos fundamentais. O que está em causa é o seu domicílio, lugar onde mais se pratica atos de natureza íntima e privada.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 48/2007 de 29 de agosto, o novo regime das buscas domiciliárias previsto no art. 177.º do CPP, passou a ser um instrumento mais eficaz na luta contra o crime, pois concede aos OPC uma atuação mais eficiente na obtenção de prova. «Conseguindo-se, assim, um maior equilíbrio entre os interesses dos suspeitos/arguidos e os das suas vítimas/lesados, e também as condições para termos um Sistema de Justiça mais eficaz e eficiente, logo com maior qualidade, como é incumbência do Estado e um direito dos cidadãos/contribuintes, desde que se faça no respeito pelos Direitos, Liberdades e Garantias de todos, como parece ser o caso. Logo, temos, agora e por esta via, razões acrescidas para termos uma **Justiça mais Justa**¹³⁰».

1 - Conceito de Domicílio

Etimologicamente, domicílio (*domicilium*) provém da palavra casa (*domus*). O domicílio surge no Direito Romano. «Uma casa ou uma residência é, no seu sentido mais comum, um conjunto de paredes construídas pelo ser humano cuja função é constituir um espaço de moradia para um indivíduo ou conjunto de indivíduos, de tal forma que eles estejam protegidos dos fenômenos naturais exteriores (como a precipitação, o vento, calor e frio, entre outros), além de servir de refúgio contra ataques de terceiros. Apesar de seu caráter artificial

¹²⁷ Art. 177.º, n.º 2, al. a).

¹²⁸ Art. 177.º, n.º 2, al. b).

¹²⁹ Art. 177.º, n.º 2, al. c).

¹³⁰ FRANCISCO ANTÓNIO CARRILHO BAGINA, «Notas ao Regime Legal das buscas domiciliárias», in *Polícia Portuguesa*, n.º 8, III Série, 2008, p. 37.

em relação às construções naturais, originalmente o homem utilizou-se de formações naturais, como cavernas, para suprimir as demandas de uma residência, porém estas estruturas tendem a caracterizar-se mais como um abrigo que como um lar. Neste sentido, a casa é entendida como a estrutura que para além de constituir-se como abrigo, define-se como uma construção cultural de uma dada sociedade¹³¹».

Questão importante a saber é o que se considera domicílio para efeitos deste meio de obtenção de prova – busca domiciliária-, dado que o nosso ordenamento jurídico não enuncia claramente o conceito de domicílio, levantando algumas dúvidas quanto ao mesmo conceito.

A Constituição não define domicílio. Logo o n.º 1 do art. 177.º do CPP qualifica como domicílio tanto a «casa habitada» como a «sua dependência fechada».

Segundo Paulo Pinto de Albuquerque a «dependência fechada» «[...] tem de ser fisicamente contínua à zona de habitação e manter-se no espaço de reserva da vida íntima do visado para merecer a protecção do artigo 177.º. Não é uma dependência do domicílio do visado uma garagem colectiva de um condomínio que se encontra fechada, mas que todos os condóminos usufruem igualmente (acórdão do TC n.º 67/97), nem um quarto anexo a uma discoteca onde se praticam actos de natureza sexual (acórdão do TC n.º 364/2006), mas é uma dependência do domicílio a garagem fechada arrendada conjuntamente com o apartamento pelo arguido (acórdão do STJ, de 20.9.2006).

A dependência é "**fechada**", mesmo que não tenha uma fechadura e se encontre apenas isolada (por qualquer modo) do mundo exterior¹³²».

Indubitável é que em certas situações estamos claramente face ao conceito de domicílio, será o caso o local de residência de uma família, ao passo que existem outras situações dúbias. Por exemplo, uma viatura automóvel, uma caravana, um contentor pode ou não ser considerado domicílio para efeitos da diligência de busca domiciliária.

O CC consagra nos arts. 82.º a 88.º vários tipos de domicílio:

Por domicílio geral, também chamado de domicílio voluntário, consagrado no art. 82.º, n.º 1, do CC, entende-se o domicílio geral da pessoa, a residência habitual. «A residência habitual situa-se no local onde a pessoa fixa o centro da sua vida pessoal e onde habitualmente

¹³¹ [Http://pt.wikipedia.org/wiki/casa](http://pt.wikipedia.org/wiki/casa)

¹³²PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2009, p. 482.

reside¹³³». Segundo o disposto no art. 82.º, n.º 1, «a pessoa tem domicílio no lugar da sua residência habitual; se residir alternadamente, em diversos lugares, tem-se por domiciliada em qualquer deles». Nos termos do n.º 2 do artigo supracitado, «na falta de residência habitual, considera-se domiciliada no lugar da sua residência ocasional ou, se esta não puder ser determinada, no lugar onde se encontrar^{134 135}».

O CC também prevê o domicílio profissional¹³⁶ no art. 83.º, n.º 1: «A pessoa que exerce uma profissão tem, quanto às relações que a esta se referem, domicílio profissional no lugar onde a profissão é exercida¹³⁷». O domicílio profissional corresponde ao lugar onde é exercida a profissão.

Domicílio Eletivo ou Convencional encontra-se previsto no art. 84.^{o138}, onde as partes interessadas num contrato convencionam um domicílio para efeito de determinado negócio. De ressaltar que é exigência da lei que a estipulação do domicílio eletivo seja reduzida a escrito. O Ac. do Supremo Tribunal de Justiça (Processo n.º 738/08.4.TVLSB.L1.S1) de 19 de setembro de 2013 diz-nos que «domicílio electivo é uma convenção que tem na sua base a vinculação das partes a um determinado local geográfico para a prática de actos de execução ou cumprimento do negócio jurídico que esteve na sua base, bem como para a produção de determinadas declarações negociais relativas a esse mesmo negócio jurídico».

O Domicílio Legal está consagrado nos arts. 85.º a 88.º do CC. Conforme o estipulado no art. 85.^{o139} o domicílio dos menores e interditos é o lugar da residência da família ou dos seus

¹³³ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2005, p. 98.

¹³⁴ Quanto a este preceito Pires de Lima e Antunes Varela, em anotação ao art. 82.º do CC, escreveram: «A residência *habitual* não é a residência *permanente* nem a residência *ocasional*, como o mostram os n.ºs 1 e 2 deste artigo. [...] O preceito do n.º 2 é aplicável àqueles que, como certos vendedores ambulantes, artistas de circo, operários ou trabalhadores em certos empreendimentos, ciganos, etc., não têm paradeiro fixo». PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*. Vol. I, 1987, p. 111.

¹³⁵ Vd. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do direito civil*, Vol. I., 1978, p. 204, o autor entende que «*Paradeiro* é o sítio onde uma pessoa singular em certo momento se encontra. Cada pessoa singular tem sempre um paradeiro e só um». O mesmo autor defende que «*Residência* é um sítio preparado para servir de base de vida a uma pessoa singular. A residência habitual é o domicílio, como se vê do artigo 82.º. Ora, pode suceder que a pessoa singular não tenha um sítio de residência habitual, mas dois ou três – por exemplo, vive sistematicamente seis meses em casa dum filho e seis meses em casa de outro. Ou então, como os ciganos, ou artistas de circo, vivem deambulando de um lugar para outro».

¹³⁶ Domicílio profissional foi introduzido no CC de 1966.

¹³⁷ Vd. art. 83.º n.º 2 – «Se exercer a profissão em lugares diversos, cada um deles constitui domicílio para as relações que lhe correspondem».

¹³⁸ Vd. art. 84.º - «É permitido estipular domicílio particular para determinados negócios, contanto que a estipulação seja reduzida a escrito».

¹³⁹ Art. 85.º «Domicílio legal dos menores e interditos»

1- «O menor tem domicílio no lugar da residência da família; se ela não existir, tem por domicílio o do progenitor a cuja guarda estiver.

2 – O domicílio do menor que em virtude de decisão judicial foi confiado a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência é o do progenitor que exerce o poder paternal.

representantes legais. Quanto aos inabilitados a lei é omissa, «[...] pelo que se deve entender que a sua domiciliação se faz do mesmo modo da generalidade das pessoas. Quando, porém, a administração dos seus bens seja entregue, no todo ou em parte, ao curador, tal como previsto no art. 145.º do Código Civil, deve entender-se que, no que respeita a essa administração, o inabilitado se tem por domiciliado no domicílio do curador, por analogia com o estatuído no artigo 85.º, n.º 4 do Código Civil¹⁴⁰».

Em relação aos empregados públicos, civis ou militares, o art. 87.º¹⁴¹ estabelece que têm domicílio necessário no local onde desempenham as funções.

Relativamente aos agentes diplomáticos portugueses, nos termos do art. 88.º do CC, «quando invoquem a extraterritorialidade, consideram-se domiciliados em Lisboa».

Não parece que o sentido constitucional dado ao «domicílio», para efeitos deste meio de obtenção de prova – busca domiciliária – seja o sentido civilístico¹⁴², pois o sentido constitucional dado a este preceito é mais amplo, ou seja, é o de local onde se habita, quer a habitação seja permanente ou eventual, seja primária ou secundária, onde os cidadãos livremente desenvolvem uma série de condutas da sua vida privada.

No que concerne ao direito penal não existe uma definição para «domicílio», mas o CP tipifica criminalmente a sua violação no capítulo VII dedicado aos crimes contra a reserva da vida privada, no art. 190.º, cuja epígrafe é «Violação de domicílio ou perturbação da vida privada», determinando no art. 1.º que «quem, sem consentimento, se introduzir na habitação de outra pessoa ou nela permanecer depois de intimado a retirar-se é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias¹⁴³». Acrescenta o n.º 3: «Se o crime

3 – O domicílio do menor sujeito a tutela e o do interdito é o do respectivo tutor.

4 – Quando tenha sido instituído o regime de administração de bens, o domicílio do menor ou do interdito é o do administrador, nas relações a que essa administração se refere.

5 – Não são aplicáveis as regras dos números anteriores se delas resultar que o menor ou interdito não tem domicílio em território nacional».

¹⁴⁰ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 100.

¹⁴¹ Art. 87.º «Domicílio legal dos empregados públicos»

1- «Os empregados públicos, civis ou militares, quando haja lugar certo para o exercício dos seus empregos, têm nele domicílio necessário, sem prejuízo do seu domicílio voluntário no lugar da residência habitual.

2 – O domicílio necessário é determinado pela posse do cargo ou pelo exercício das respectivas funções».

¹⁴² Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, 2012, p. 1011, refere: "Habitação/domicílio assume na linguagem corrente um sentido que não se confunde com o que lhe é adscrito na linguagem técnico-jurídica, doutrinal ou jurisprudencial. Mesmo deste lado, são diferentes os significados do conceito nos diferentes ramos de direito. Resumidamente, os conceitos constitucional, penal e processual-penal, tendencialmente sobreponíveis entre si, distinguem-se claramente do conceito de domicílio ou residência do plano civilístico [...]».

¹⁴³ Em 1995 o legislador agravou a pena prevista, passando de pena de prisão até seis meses ou pena de multa até 120 dias para pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.

previsto no n.º 1 for cometido de noite ou em lugar ermo, por meio de violência ou ameaça de violência, com uso de arma ou por meio de arrombamento, escalamento ou chave falsa, ou por três ou mais pessoas, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa¹⁴⁴». O preceito legal apenas na epígrafe utiliza o vocábulo «domicílio», sendo que depois alude a «habitação de outra pessoa».

De igual forma, se existir violação de domicílio por parte de um funcionário¹⁴⁵ no exercício de funções públicas, abusando dos poderes inerentes às suas funções, portanto, sem consentimento, será punido com pena de prisão ou com pena de multa¹⁴⁶.

Também o código de processo penal não define domicílio. No art. 177.º para efeitos de busca domiciliária pode ser ordenada busca em «casa habitada ou numa sua dependência fechada».

Ora, não existindo um conceito legal de «domicílio» para efeitos do art. 34.º da CRP, socorremo-nos assim de alguns acórdãos.

Neste sentido, o Ac. do Tribunal da Relação do Porto (Processo n.º 0645900) de 29 de novembro de 2006, citando o Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 15 de março de 2000 refere que "[...] o valor cuja protecção está subjacente à criação desse especial regime (dos arts. 174º e 177º do C.P.P.) é o da tranquilidade e segurança da vida íntima ou privada do ser humano. Por isso é que o legislador restringiu o campo da sua aplicação àquele restrito espaço - casa habitada ou uma sua dependência, fechada - que é o local reservado à vida íntima de qualquer pessoa, à sua actividade privada. Daí dever considerar-se que a expressão «busca domiciliária» se reporta àquele preciso espaço e não ao «domicílio civil», tal como este está definido no art. 82º do C.C. que pode, ou não, coincidir com aquele".

Por isso, a doutrina e a jurisprudência não têm opinião unânime no que toca ao conceito de domicílio, e existem dois entendimentos quanto ao conceito do mesmo. Discute-se na doutrina se o conceito de domicílio constitucionalmente consagrado limita-se à residência

¹⁴⁴ Quanto a este assunto Manuel da Costa Andrade defende que as codificações penais que mais diretamente influenciaram o legislador português (alemã, austríaca e suíça) não integram a infração correspondente no capítulo dos crimes contra a reserva da intimidade da vida privada. Nas palavras elucidativas do autor «Enquanto os códigos austríaco e suíço arrumam a Hausfriedensbruch no capítulo dos *crimes contra a liberdade*, o código alemão insere-a no capítulo dos crimes *contra a ordem* pública, vocacionado para a proteção de bens jurídicos supra – individuais. E isto não obstante na Alemanha ser hoje consensual o entendimento de que o 123 protege um bem jurídico pessoal: "um bem jurídico de natureza *sui generis*" [...]. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, 2012, pp. 1000 e 1001.

¹⁴⁵ O conceito de funcionário para efeitos da lei penal encontra-se previsto no art. 386.º do CP.

¹⁴⁶ Vd. art. 378.º do CP «Violação de domicílio por funcionário»

«O funcionário que, abusando dos poderes inerentes às suas funções, praticar o crime previsto no n.º 1 do artigo 190.º, ou violar o domicílio profissional de quem, pela natureza da sua actividade, estiver vinculado ao dever de sigilo, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa».

habitual ou temporária, independentemente de esta ser precária, como as tendas, roulotés, ou se o conceito de domicílio é extensível ao domicílio profissional. Como veremos, Gomes Canotilho, Vital Moreira, Manuel Monteiro Guedes Valente, entre outros, entendem que sim. Por outro lado J. Martins da Fonseca e João Conde Correia excluem do conceito de domicílio o domicílio profissional e a sede das pessoas coletivas.

Primeiramente faremos uma abordagem quanto ao conceito de domicílio numa perspetiva ampla, e de seguida, abordaremos o conceito de domicílio numa perspetiva restrita.

Uma das decisões mais importantes do Tribunal Constitucional acerca desta matéria é o Ac. n.º 452/89, de 28 de junho. Na decisão do Ac. referido, para efeitos de inviolabilidade de domicílio, prevista nos arts. 34.º e 26.º, n.º 1, da CRP, o Tribunal adotou uma conceção ampla do conceito de domicílio, tendo «[...] por objecto 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 familiar¹⁴⁷[...]». Desta maneira o Tribunal decidiu que deverá entender-se para efeito de domicílio «[...] as componentes com vocação habitacional ainda que precária (caso, por exemplo, do habitáculo das auto-vivendas, *roulottes*, carroções e tendas), quando estacionadas ou armadas, constituem necessariamente o seu domicílio, beneficiando tais pessoas, aí verdadeiramente domiciliadas e, por tal facto, da garantia constante do artigo 34.º da CRP¹⁴⁸». Outra questão relevante no referido Ac. é em relação «[...] aos segmentos materiais, com vocação habitacional, dos grupos e caravanas de nómadas¹⁴⁹ [...]» quando se encontram em trânsito. O Tribunal considerou que independentemente de se encontrarem em trânsito ou estacionadas são qualificadas como domicílio. «Ora, esses segmentos habitacionais dos grupos e caravanas de nómadas, mesmo a rodar nas estradas, mesmo sem gente dentro, constituem a habitação dos nómadas que os conduzem ou rebocam, e, por isso mesmo, não podem deixar de estar tutelados, ainda nessas circunstâncias, pelo art. 34.º da CRP¹⁵⁰».

Por outro lado, o Juiz Conselheiro Antero Monteiro Dinis na declaração de voto do citado Ac. «[...] considera que tais segmentos habitacionais, quando se deslocam "em trânsito" não integram já o objecto do conceito constitucionalmente adequado de domicílio, não beneficiando da tutela concedida por aquele normativo constitucional».

¹⁴⁷ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 452/89 de 28 de junho de 1989.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

É nesta visão ampla de conceito de domicílio que Gomes Canotilho e Vital Moreira se inserem, em anotação ao art. 34.º da CRP defendem que «[...] tem de entender-se por domicílio, desde logo, o local onde se habita – a habitação -, seja permanente, seja eventual; seja principal ou secundária. Por isso, ele não pode equivaler ao sentido civilístico, que restringe o domicílio à residência habitual (mas, certamente incluindo também as habitações precárias, como tendas, roulotes, embarcações), abrangendo também a residência ocasional (como o quarto de hotel) ou, ainda, os locais de trabalho (escritórios, etc.). Dada a sua função constitucional, esta garantia deve estender-se quer ao domicílio voluntário geral, quer ao domicílio profissional (CCivil, arts. 82.º e 83.º). A protecção do domicílio é também extensível, na medida do que seja equiparável, aos locais de trabalho (escritórios, etc.)¹⁵¹».

Para Manuel Monteiro Guedes Valente «dever-se-á considerar como *domicílio*, para efeitos processuais penais, todo o espaço delimitado fisicamente – moradia, andar, cabana, contentor, viatura, roulotte, túnel, vão de escada, banco de jardim delimitado com esferovite e/ou cartão, (etc.) – onde se projeta a dimensão "comunicativa e intersubjetiva" da dignidade da pessoa humana por meio da tutela da reserva da intimidade da vida privada e familiar¹⁵²». O Autor também partilha de um entendimento amplo do conceito de domicílio, considerando «[...] que não se pode interpretar restritivamente o conceito constitucional de domicílio, pois o domicílio profissional pode também ser domicílio voluntário geral ou o nosso simples carro pode funcionar como domicílio habitacional¹⁵³ [...]».

Nesta perspetiva os citados Autores defendem um conceito amplo de domicílio, abrangendo também o domicílio das pessoas coletivas, bem como o domicílio profissional.

Outra parte da doutrina adota um conceito mais restrito de domicílio, afastando a hipótese de se encontrar abrangido pelo art. 34.º da CRP, o domicílio profissional e a sede das pessoas coletivas. Entendimento esse seguido por J. Martins da Fonseca ao considerar que os bens jurídicos protegidos no domicílio profissional são diferentes; o Autor sustenta que "[...] a residência (habitual ou não) está ligada à vida íntima da pessoa e o domicílio profissional aos seus negócios. São assim indiscutivelmente diversos os bens protegidos. Num caso a privacidade do cidadão, noutra a esfera profissional com incidência fundamentalmente patrimonial. Os direitos garantidos têm objecto diverso. O primeiro garante o direito à intimidade, a preservação da esfera da liberdade individual e familiar, em resumo, «a paz da

¹⁵¹ J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I.*, 2007, p. 540.

¹⁵² MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal, Tomo I*, 2010, p. 401.

¹⁵³ *Idem, Revistas e Buscas*, 2005, p. 104.

casa». O segundo a actividade profissional, os negócios, o próprio segredo profissional¹⁵⁴. Para o autor tanto o domicílio profissional como a sede das pessoas coletivas não se encontram abrangidos para efeitos de domicílio estabelecido no art. 34.º da CRP.

A corroborar este entendimento João Conde Correia afirma que «[...] enquanto a protecção da residência é uma garantia antecipada da inviolabilidade da reserva da vida privada e familiar, nomeadamente do seu núcleo essencial constituído pela intimidade, a inviolabilidade do domicílio profissional e da sede das pessoas coletivas, tutelaria as relações profissionais, de índole económica e patrimonial. Ora, a tutela destes interesses, nomeadamente das relações de confiança estabelecidas e essenciais para o desenvolvimento de determinadas profissões, resulta fundamentalmente da consagração do segredo profissional e não da intimidade¹⁵⁵».

Situação distinta é o caso das buscas referidas anteriormente, previstas no art. 177.º, n.º 5 e 6, que tem subjacente a protecção do sigilo profissional do advogado e o segredo médico. «Não está, assim em causa uma injustificada e desigual protecção do domicílio profissional, mas sim a defesa de outros valores com dimensão equivalente¹⁵⁶».

Cumpramos, neste passo, o que se entende por domicílio de pessoa coletiva. Segundo o art. 12.º n.º 3 do código das sociedades comerciais, «a sede da sociedade constitui o seu domicílio, sem prejuízo de no contrato se estipular domicílio particular para determinados negócios». Assim sendo, a sede da pessoa coletiva seria o seu domicílio, no entanto, o código civil, no art. 159.º, estabelece que «a sede da pessoa colectiva é a que os respectivos estatutos fixarem ou, na falta de designação estatutária, o lugar em que funciona normalmente a administração principal», e o art. 3.º, n.º 1 do código das sociedades comerciais determina: «As sociedades comerciais têm como lei pessoal a lei do Estado onde se encontre situada a sede principal e efectiva da sua administração. A sociedade que tenha em Portugal a sede estatutária não pode, contudo, opor a terceiros a sua sujeição a lei diferente da lei portuguesa». A *ratio* da norma prevista no art. 34.º da CRP é a protecção do sossego, da serenidade do cidadão e da sua vida familiar e com isto, a protecção do seu lar, contudo o cidadão pode ter várias residências (casa de férias), e mais, como já foi referido, há pessoas que vivem em tendas, caravanas, automóveis, etc., quer estejam paradas ou em trânsito, quer

¹⁵⁴ J. MARTINS DA FONSECA, «Conceito de domicílio, face ao art.º 34.º da Constituição da República», in *Revista do Ministério Público*, ano 12.º, n.º 45, 1991, p. 60.

¹⁵⁵ JOÃO CONDE CORREIA, ob. cit., p. 51.

¹⁵⁶ JOSÉ ANTÓNIO HENRIQUES DOS SANTOS CABRAL, *Código de Processo Penal Comentado*, 2014, p. 751.

estejam com pessoas dentro ou não, constituem a habitação dessas pessoas e nem por isso, estas pessoas deixam de estar abrangidas pelo art. 34.º da CRP.

No direito processual penal italiano, no conceito de domicílio está incluído tanto o automóvel como a caravana, desde que idóneo a que aí se desenvolva a intimidade do ser humano. Nas palavras de Antonio Amorth «[...] alla libertà personale si determina la libertà di domicilio, che è da ritenersi come una specie di protezione spaziale della persona e che viene tutelata di fronte al potere di ispezione e di perquisizione^{157 158} [...]». Ora, os atrelados, caravanas, etc., desde que tenham a referida «vocaçãõ habitacional» e sejam essa projeçãõ espacial de quem lá habita, serão considerados de domicílio.

Quanto ao direito processual penal espanhol, adota também um conceito amplo de domicílio, baseado em «la absoluta privacidad de la actividad desarrollada en su interior y la capacidad de excluir a terceros de la entrada en el ámbito familiar^{159 160}».

No direito luso-brasileiro, segundo Zeno Veloso «[...] não pode haver caso de ausência de domicílio, de falta de domicílio. Toda pessoa tem domicílio¹⁶¹».

Para as situações em que a pessoa não tem residênciã habitual, o código civil brasileiro no art. 73.º dispõẽ: «Ter-se-ã por domicílio da pessoa natural, que não tenha residênciã habitual, o lugar onde for encontrada». Ora, a norma visa alcançãr as situações em que a pessoa não tem residênciã habitual, «[...] visa alcançãr o vagabundo (em sentido técnico), sinónimo de vagabundo, a quem Tito Lívio denominou *erroneus*. Sãõ os nómadas, os ciganos, os andarilhos, os ambulantes. Quer seja por uma tendênciã do espírito – como diz Caio Mário -, por uma característicã da personalidade, por força de atavismo e até por imperativo da profissãõ (como os artistas de circo, os caixeiros viajantes, os condutores de caminhãõ), factõ é que existem pessoas que não se fixam em nenhum lugar, que não se estabelecem em nenhuma localidãde, com ânimo definitivo, com a intençãõ de ali permanecer e ficar. Tecnicamente, e conforme os princípios, tais pessoas não teriam domicílio. *Quid juris?* Nosso

¹⁵⁷ ANTONIO AMORTH, *La Costituzione Italiana: Commento Sistematico*, 1948, p. 62.

¹⁵⁸ «[...] à liberdade pessoal determina-se a liberdade de domicílio, que deve ser considerada como uma espécie de projeçãõ espacial da pessoa e que é tutelada perante o poder de inspeçãõ e de busca [...]». [Traduçãõ nossa]

¹⁵⁹ J. I. PRIETO RODRÍGUEZ, «Entrada y Registro domiciliarios en el proceso penal», in *Revista de Derecho Penal y Criminologia*, n.º 6, 1996, p. 880.

¹⁶⁰ «a absoluta privacidad da atividade desenvolvida no seu interior e a capacidade de excluir terceiros da entrada no âmbito familiar». [Traduçãõ nossa]

¹⁶¹ ZENO VELOSO, «O domicílio no Direito Brasileiro, no Português e no Projecto de Código Civil do Brasil», in *Scientia Juridica*, Tomo. XXXIV, n.º 197-198, 1985, p. 322.

Código resolve, dizendo que se terá por domicílio de tais pessoas o lugar onde forem encontradas¹⁶²».

Como se pode constatar em vários ordenamentos jurídicos é considerado o conceito de domicílio nómada, considerando «[...] grupos ou caravanas de nómadas, ou, mais exactamente, dos segmentos desses grupos ou caravanas com vocação habitacional, quando sediados, como seu domicílio¹⁶³ [...]».

Recuperando o supracitado Ac n.º 452/89 do Tribunal Constitucional face ao conceito de domicílio, determina que a norma do n.º 2 do art. 81.º, (da parte III do Regulamento da GNR), «[...] na medida em que, em situação de viagem, consente que se efectuem buscas, sem observância das regras constitucionalmente definidas, nesses espaços fechados em que a personalidade humana se projecta mais privadamente, mais livremente, infringe, também nesse ponto, o preceituado no artigo 34º da CRP», assim sendo, o n.º 2 do art. 81.º do Regulamento da GNR foi declarado inconstitucional com força obrigatória geral.

O direito à inviolabilidade do domicílio plasmado no art. 34.º da CRP é "[...] um direito à liberdade da pessoa [...]. Assim, é que a Constituição considera «a sua **vontade**» e «o seu **consentimento**» (n.º 2 e 3) como condição *sine qua non* da possibilidade de entrada do domicílio dos cidadãos fora dos casos de mandado judicial e de «flagrante delito»¹⁶⁴".

Apelamos a um importante Ac. do Tribunal Constitucional n.º 364/2006 de 8 de junho, sobre uma busca efetuada aos «reservados» da discoteca «Palace Night Club». A questão levantada neste Ac. é precisamente a de saber quais as situações abrangidas pelo conceito de domicílio, apurar se uma busca realizada nas dependências «reservadas» de uma discoteca de alterne, onde as alternadeiras se deslocam com os seus clientes no período de funcionamento da mesma, ou seja, durante o período noturno, para única e exclusivamente manterem relações sexuais, se pode enquadrar no conceito de domicílio. O Tribunal Constitucional declarou que não, alegando que o facto de se praticar atos de natureza sexual num determinado local será insuficiente para o qualificar como domicílio. Alegando que o n.º 8 do art. 32.º da CRP distingue a intromissão na vida privada da intromissão no domicílio, «[...] se sempre que houvesse intromissão na vida privada houvesse intromissão no domicílio, nenhum motivo haveria para autonomizar a intromissão neste. É o que decorre também dos artigos 26.º, n.º 1,

¹⁶² *Ibidem*, pp. 321 e 322.

¹⁶³ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 452/89, de 28 de junho de 1989.

¹⁶⁴ J. J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2007, p. 541.

e 34.º da Constituição que, ao tutelarem o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e o direito à inviolabilidade do domicílio, claramente os autonomizam. É certo que a tutela da inviolabilidade do domicílio protege também a intimidade e a vida privada: mas não é possível daí concluir, face às citadas normas constitucionais, que basta a prática de actos de natureza íntima num espaço fechado para qualificar o local em causa como domicílio¹⁶⁵». Neste sentido as buscas efetuadas enquadram-se na figura das buscas não domiciliárias.

Em sentido oposto, Manuel da Costa Andrade, em relação ao citado Ac., defende que os quartos anexos da discoteca «Palace Night Club» onde as alternadeiras se deslocam com os seus clientes a fim de praticarem atos de natureza sexual, pelo menos, enquanto a alternadeira e o cliente lá se encontrarem a praticarem tais atos sexuais, são tidos como domicílio¹⁶⁶.

Nas palavras de Manuel da Costa Andrade «*Domicílio*, para este efeito, é todo o espaço física e exteriormente circunscrito e fisicamente delimitado em que a pessoa – só ou com outros por si escolhidos – se entrincheira para dar livre curso à expressão da sua privacidade/intimidade¹⁶⁷». E por isso, o conceito de domicílio vai para além da casa e das suas dependências fechadas, tanto um quarto de hotel, independentemente do tempo que a pessoa esteja, como uma roulotte, ou até mesmo uma tenda devem ser considerados no conceito de domicílio. Assim sendo, para o referido Autor, também está incluído no conceito de domicílio «[...] os quartos em que as prostitutas se recolhem recebendo clientes para com eles praticarem actos sexuais, pelo tempo em que tal acontece. Precisamente porque em tais constelações ninguém pode ter dúvidas de que prostitutas e clientes se refugiam num espaço fisicamente delimitado e fechado de um quarto, em nome da realização da sua intimidade¹⁶⁸».

É sobretudo importante assinalar uma situação em que agentes da PSP empurram um contentor sem fundo que servia de refúgio para um casal de toxicodependentes colina abaixo, com o pretexto de, não existindo contentor, ficando apenas o colchão, estes estariam desprovidos de habitação, e nesse caso os agentes da PSP podem efetuar buscas.

Os agentes da PSP consideraram que o contentor seria o domicílio do casal, não havendo contentor, poderiam realizar a busca, o fato de este casal ter ficado sem «paredes», não por

¹⁶⁵ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 364/2006 de 8 de junho de 2006.

¹⁶⁶ MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Tribunal Constitucional - Acórdão n.º 364/2006, de 8 de Junho. (*Domicílio, intimidade e Constituição*)», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 138.º, n.º 3953, 2008, p. 104 e ss.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 114.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 112.

vontade própria, não significa que tenham ficado sem domicílio¹⁶⁹. Diante deste caso, a conclusão que retiramos é a de que o conceito de domicílio não se resume às paredes onde acontecem atos da vida das pessoas, mas sim a toda a intimidade que o espaço em que se vive comporta, pois a inviolabilidade do domicílio protege a intimidade da vida privada e só em casos excepcionais pode ser violada.

Cumpre-nos assinalar que o direito à inviolabilidade do domicílio é extensível a todas as pessoas que tenham domicílio, independentemente de no mesmo domicílio coabitarem várias pessoas, cada uma delas dispõe de domicílio. É a ideia a reter segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira em anotação ao art. 34.º, n.º 1 e 2, ao afirmarem que «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 respectiva nacionalidade¹⁷⁰».

Outra situação que gostaria de juntar à colação é acerca do entendimento relativamente a uma cela prisional para efeito do direito à inviolabilidade do domicílio. Questão essa que tem merecido discussão na jurisprudência e doutrina alemã. A doutrina não é unânime, pois existem autores a defenderem que o recluso dentro da sua cela goza do direito de inviolabilidade do domicílio. Entendimento em sentido contrário tem a jurisprudência e outra parte da doutrina alemã, pois consideram que assiste à administração do estabelecimento prisional o direito de entrar livremente nas celas dos reclusos, independentemente de estes prestarem, ou não, consentimento. Porém, consideram que a administração do estabelecimento prisional, bem como os seus agentes devem respeitar, na medida do possível, a intimidade e privacidade do recluso, procurando dar a perceber ao recluso que vai entrar na cela, v.g., antes de abrir a cela fazer barulho com as chaves, para que o recluso perceba que vai entrar¹⁷¹.

Como vimos a definição constitucional de domicílio é muito importante para sabermos a quem e em que circunstâncias se pode aplicar.

¹⁶⁹ Neste sentido vd. FERNANDO GONÇALVES; MANUEL JOÃO ALVES; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Lei E Crime - O agente Infiltrado Versus o Agente Provocador - Os Princípios do Processo Penal*, 2001, p. 228.

¹⁷⁰ J. J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 2007, p. 541.

¹⁷¹ A este respeito vd. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, 2012, pp. 1012 a 1014.

2 - Formalidades das Buscas Domiciliárias

Passemos então à análise das formalidades da busca domiciliária; o procedimento para esta diligência varia segundo estas serem autorizadas ou não.

Conforme consta no n.º 1 do art.176.º do CPP, «antes de se proceder a busca, é entregue, salvo nos casos do n.º 5 do artigo 174.º, a quem tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência se realiza, cópia do despacho que a determinou, na qual se faz menção de que pode assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança e que se apresente sem delonga».

O n.º 2 do supramencionado artigo determina que se as pessoas referidas no n.º 1 do mesmo art. não estiverem presentes, a cópia do despacho que a determinou «é, sempre que possível, entregue a um parente, a um vizinho, ao porteiro ou a alguém que o substitua¹⁷²».

No caso das buscas domiciliárias sem autorização prévia, ou seja, sem despacho que a autorize, os OPC para procederem à busca têm de ter o consentimento do visado. Excetuando-se os casos previstos no art. 174.º, n.º 5, são eles: «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»; de flagrante delito, por crime a que corresponda pena de prisão e com o consentimento dado pelo visado, o consentimento é obrigatório para que a busca domiciliária seja válida, ou seja, não é uma mera formalidade, mas sim um pressuposto de validade.

Assim sendo, os OPC antes de iniciarem a busca domiciliária (com exceção das situações previstas no n.º 5 do art. 174.º do CPP e referidas anteriormente) devem entregar cópia do despacho que a determinou «a quem tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência se realiza¹⁷³»; ao visado, concordamos com Manuel Guedes Valente, «utilizamos o visado, porque muitas das vezes quem tem a disponibilidade do lugar não é sobre quem recai a suspeita de esconder os objetos relacionados com um crime ou que possam servir de prova ou a pessoa que deverá ser detida [...] quando existe um visado e o disponente do lugar da busca

¹⁷² Art. 176.º «Formalidades da busca»

2- «Faltando as pessoas referidas no número anterior, a cópia é, sempre que possível, entregue a um parente, a um vizinho, ao porteiro ou a alguém que o substitua».

¹⁷³ Cf. art. 176.º, n.º 1, do CPP.

dever-se-á dar uma cópia aos dois¹⁷⁴». Ou na falta deste, estipula o art. 176.º, n.º 2, do CPP a um parente, a um vizinho, ao porteiro ou a alguém que o substitua.

A presença do visado para a efetivação da busca não é obrigatória, contudo, deve ser-lhe comunicada para que possa assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança, desde que se apresente sem delonga, conforme o previsto no n.º 1 do art.176.º, do CPP. Com isto, o legislador por um lado, assegura a descoberta da prática de um crime e por outro lado, assegura que a atuação dos OPC respeita os direitos do visado.

O Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 1998 (Processo n.º 98P1081) considera «[...] incontroverso, face ao disposto no artigo 176.º n.º 1 do CPP, não ser a presença do arguido obrigatória aquando da realização da busca, sem embargo de, em observância do preceituado neste mesmo normativo, dever ter-lhe sido dado conhecimento de que podia assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança. Mas a omissão desta formalidade não é cominada pela lei como nulidade, pelo que constitui mera irregularidade [...]». O despacho que autoriza a busca domiciliária deve conter as razões que fundamentam a busca, «a entrega da cópia do despacho visa garantir ao visado o direito de conhecer os fundamentos do despacho que a determinou¹⁷⁵». O Tribunal Constitucional no Ac. n.º 16/97, de 14 de janeiro de 1997 pronunciou-se no sentido, a nosso ver corretamente, de não ser obrigatória a presença do visado aquando da realização de uma busca domiciliária, no caso de a busca ser autorizada pelo juiz, nesta situação, não é exigida a presença nem o consentimento da pessoa visada, contudo devem ser cumpridas as formalidades previstas no art. 176.º do CPP.

O juiz que autoriza a busca domiciliária ou os OPC que a realizam, podem proceder a revista de pessoas que se encontrem no lugar, conforme consta no n.º 3 do art. 176.º do CPP, no caso de haver «indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova¹⁷⁶».

¹⁷⁴ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal, Tomo I*, 2010, p. 379, em nota de pé de página.

¹⁷⁵ ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO, *A Tramitação Processual Penal*, 2000, p. 392.

¹⁷⁶ Cf. art. 174.º, n.º 1, do CPP.

Podem igualmente determinar que alguma ou algumas pessoas permaneçam no local onde irá ser realizada a busca, se necessário podem recorrer a força pública, no caso da sua presença ser indispensável¹⁷⁷.

Quanto à questão da não entrega à pessoa da cópia do despacho que fundamentou a busca e da omissão da possibilidade de assistir ou fazer-se substituir, tanto a doutrina como a jurisprudência consideram que constitui uma mera irregularidade, sujeita ao regime do art. 123.º do CPP. É notório no Ac. do Supremo Tribunal de Justiça (Processo n.º 048038) de 8 de Novembro de 1995 que, no caso da omissão destas formalidades por parte do OPC que presidiu à busca, constitui uma irregularidade submetida ao regime do art. 123.º do CPP.

O Ac. do Supremo Tribunal de Justiça (Processo n.º 14/07.0TRLSB.S1)) de 11 de junho de 2014, vem dizer que «é o conteúdo do próprio despacho de autorização que actua como garante dos dois direitos fundamentais das partes e não a mera e necessária intervenção do juiz, pelo que aquele deve respeitar certos requisitos para que possa ser assegurada a legalidade de prova obtida por este meio».

A alteração efetuada ao art. 176.º, n.º 1 pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, impõe que o juiz deve indicar no mandado de busca que a pessoa que tiver a disponibilidade do lugar onde a diligência se realizará, pode fazer-se acompanhar, por exemplo, por um familiar, amigo ou substituir por pessoa da sua confiança, desde que essa pessoa se apresente sem delonga.

Como regra o incumprimento das formalidades para a realização das buscas domiciliárias acima referidas gera mera irregularidade, na medida em que a lei (cf. art. 123.º do CPP) não comina com nulidade. Neste sentido o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça (Processo n.º 042974) de 15 de Julho de 1992 determina que «a inobservância das formalidades enunciadas no artigo 176.º do Código de Processo Penal constitui mera irregularidade».

No entanto, a busca será nula, não podendo ser utilizadas as provas obtidas se tiver havido tortura coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, e no caso de terem sido obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, (cf. o art. 32.º, n.º 8, da CRP e o art. 126.º, n.º 3, do CPP). No caso de

¹⁷⁷ Cf. o art. 176.º, n.º 3, do CPP – «Juntamente com a busca ou durante ela pode proceder-se a revista de pessoas que se encontrem no lugar, se quem ordenar ou efectuar a busca tiver razões para presumir que se verificam os pressupostos do n.º 1 do artigo 174.º. Pode igualmente proceder-se como se dispõe no artigo 173.º».

Por sua vez determina o art. 173.º n.º 1: «A autoridade judiciária ou o órgão de polícia criminal competentes podem determinar que alguma ou algumas pessoas se não afastem do local do exame e obrigar, com o auxílio da força pública, se necessário, as que pretenderem afastar-se a que nele se conservem enquanto o exame não terminar e a sua presença for indispensável».

haver ofensa ao pudor e à dignidade da pessoa, a solução seguida por Marques Ferreira¹⁷⁸ da qual partilhamos, é a da aplicação analógica do n.º 2 do art. 175.º do CPP¹⁷⁹ relativamente às revistas, que neste caso as buscas devem respeitar a dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor do visado. No caso de sucederem tais ofensas, estamos perante uma proibição de prova, seguindo o regime do art. 126.º do CPP.

3 - Busca em Escritório de Advogado e Estabelecimento Oficial de Saúde

É de ser relevado que existem formalidades acrescidas para as buscas realizadas em escritório de advogado, consultório médico e estabelecimento oficial de saúde.

Importa referir que o CPP no n.º 5 e 6 do art. 177.º autonomiza as buscas realizadas em locais especiais, são estes: escritório de advogado, consultório médico e estabelecimento oficial de saúde. Apesar de estas constarem no art. 177.º do CPP que tem como epígrafe «Busca domiciliária», seguem um regime especial (n.º 5 e 6 do art. 177.º do CPP). Esta diligência por contender com regras deontológicas, nomeadamente o sigilo profissional que está inerente a estas profissões, segue formalidades próprias. Nestes casos o que se pretende proteger é o segredo profissional do advogado e do médico e não a reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Relativamente às buscas em escritório de advogado ou em consultório médico, para além dos pressupostos gerais, sob pena de nulidade, estas têm de ser ordenadas e obrigatoriamente presididas por um juiz, caso em que se exige a presença física do juiz, avisando previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente. (cf. art. 268.º, n.º 1 alínea c) e art. 177.º, n.º 5 ambos do CPP)¹⁸⁰.

O Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa (Processo n.º 81/07.6TELSB-C.L1-3) de 21 de outubro de 2009 estabelece que «a exigência da presidência pessoal do juiz na busca a escritório de advogado não significa que tem de ser o juiz quem, pessoalmente, percorre todas

¹⁷⁸ MARQUES FERREIRA, ob.cit., pp. 264 e 265.

¹⁷⁹ Art. 175.º «Formalidades da revista»

2- «A revista deve respeitar a dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor do visado».

¹⁸⁰ Art. 268.º «Actos a praticar pelo juiz de instrução»

1 – «Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução:

c) Proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos do n.º 3 do artigo 177.º, do n.º 1 do artigo 180.º e do artigo 181.º».

as divisões do escritório e quem materialmente procede à apreensão do que se lhe afigurar de relevo em função da finalidade da busca, não sendo estritamente necessário que o juiz mantenha contacto visual com cada um dos elementos policiais que realizam a busca, ainda por cima quando está presente o próprio buscado e um representante da Ordem dos Advogados. É apenas preciso que o juiz, estando presente, mantenha o controlo do que está a ser feito, pelos órgãos de polícia criminal, a quem nos termos do art.º 55.º, n.º 1 do CPP compete coadjuvar aquele, sem que tal signifique qualquer delegação ou substituição de competências, e que vá resolvendo no local todas as questões que aí sejam suscitadas com vista a não permitir quebras ou violações do segredo profissional ou intromissões indevidas na actividade profissional do advogado, dessa forma conferindo total legalidade ao acto».

Nos termos do art. 70.º do Estatuto da Ordem dos Advogados a imposição de selos, o arrolamento, as buscas e diligências equivalentes em escritório de advogados só podem ser decretadas e presididas pelo juiz competente¹⁸¹. Conforme o n.º 2 do citado art. o juiz deve convocar, com a necessária antecedência, «[...] para assistir à imposição de selos, ao arrolamento, às buscas e diligências equivalentes, o advogado a ela sujeito, bem como o presidente do conselho distrital, o presidente da delegação ou delegado da Ordem dos Advogados, dependendo dos casos, sendo que os mesmos podem delegar em outro membro do conselho distrital ou da delegação». No caso do advogado representante da Ordem dos Advogados não comparecer, o juiz deverá nomear qualquer advogado que possa comparecer imediatamente¹⁸².

O Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de abril de 2012 refere que o objeto da busca que incida em escritório de advogado ou em local onde este faça arquivo tem «[...] de estar minimamente concretizado, incluindo as razões para a mesma, não se impõe que, previamente à diligência, se dê o mesmo a conhecer ao advogado ou ao representante da Ordem dos Advogados, limitando intoleravelmente a sua utilidade e eficácia».

¹⁸¹ Art. 70.º «Imposição de selos, arrolamentos e buscas em escritórios de advogados»

1- «A imposição de selos, o arrolamento, as buscas e diligências equivalentes no escritório de advogados ou em qualquer outro local onde faça arquivo, assim como a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações, através de telefone ou endereço electrónico, utilizados pelo advogado no exercício da profissão, constantes do registo da Ordem dos Advogados, só podem ser decretados e presididos pelo juiz competente».

¹⁸² Cf. art. 70.º, n.º 3: «Na falta de comparência do advogado representante da Ordem dos Advogados ou havendo urgência incompatível com os trâmites do número anterior, o juiz deve nomear qualquer advogado que possa comparecer imediatamente, de preferência de entre os que hajam feito parte dos órgãos da Ordem dos Advogados ou, quando não seja possível, o que for indicado pelo advogado a quem o escritório ou arquivo pertencer».

Quanto às buscas em estabelecimento oficial de saúde, para além dos pressupostos gerais, é obrigatório avisar-se previamente o presidente do conselho diretivo ou de gestão do estabelecimento ou a quem legamente o substituir (cf. o disposto no n.º 6 do art. 177.º, do CPP).

Tal como foi referido na obra levada a cabo pelos magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, também é aplicado para a busca em estabelecimento oficial de saúde a presença do juiz, apesar de o n.º 6 do art. 177.º do CPP não o dizer claramente¹⁸³. «E sendo presididas por juiz, estas buscas devem ser também por ele *ordenadas*, até por lhe caber a si, em exclusivo, proceder às mesmas (art. 268º n.º 1 c))¹⁸⁴».

Ana Luísa Pinto tem opinião contrária, a Autora defende que, ao contrário das buscas em escritório de advogado ou em consultório médico, estas não carecem de ser presididas por um juiz¹⁸⁵. «Os condicionalismos impostos às buscas em consultórios médicos, escritórios de advogados e estabelecimentos de saúde visam a compatibilização do interesse na descoberta da verdade e na realização da justiça criminal com as regras deontológicas do exercício da advocacia e da medicina, designadamente, as relativas ao segredo profissional. A necessidade de avisar previamente o presidente do conselho local da Ordem profissional respectiva, para que este ou um seu representante possa estar presente na diligência, é uma manifestação da procura desse equilíbrio¹⁸⁶».

Embora as buscas em escritório de advogado, em consultório médico ou em estabelecimento oficial de saúde estejam consagradas no art. 177.º do CPP que tem como epígrafe «Busca domiciliária», na opinião de Ana Luísa Pinto, a qual acompanhamos, não se lhes aplica a restrição temporal destas últimas, sendo que podem ser realizadas a qualquer hora do dia ou da noite¹⁸⁷. Em sentido contrário Paulo Pinto de Albuquerque defende que as buscas em escritório de advogado, em consultório médico ou em estabelecimento oficial de saúde não podem ser efetuadas entre o período compreendido entre as 21 e as 7 horas, a não ser que seja nas situações previstas para a realização de busca domiciliária noturna¹⁸⁸.

¹⁸³ MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal: Comentários e Notas Práticas*, 2009, p. 459.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ Neste sentido ANA LUÍSA PINTO, «As buscas não domiciliárias no direito processual penal português, in *Revista do Ministério Público*, ano 28.º, n.º 109, 2007, p. 46.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ Neste sentido PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2009, p. 484.

4 - A Necessidade de Autorização Judicial Prévia

O regime padrão para o caso das buscas domiciliárias é o da necessidade de autorização judicial prévia, ou seja, autorizada pelo juiz, conforme o n.º 1 do art. 177.º do CPP, regime distinto do das buscas não domiciliárias, em que a autorização pode ser dada pela autoridade judiciária. O art. 1.º, al. b) do CPP define autoridade judiciária como sendo «o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos actos processuais que cabem na sua competência». Conforme o disposto nos artigos 268.º e 269.º a *contrario sensu* e o art. 174.º, n.º 3 do CPP conclui-se que as buscas não domiciliárias podem ser ordenadas ou autorizadas pelo Ministério Público, sendo que este tipo de ato não consta nas listas de atos a praticar pelo juiz de instrução na fase de inquérito.

A exigência prevista no art. 177.º, n.º 1 de que as buscas domiciliárias têm de ser ordenadas ou autorizadas pelo juiz decorre da imposição dos artigos 32.º n.º 4 e 34.º n.º 2, da CRP¹⁸⁹. A busca domiciliária autorizada por juiz pode realizar-se entre as 7 e as 21 horas, em relação a qualquer crime; entre as 21 e as 7 horas, nos casos previstos no art. 177.º, n.º 2, são eles: «Terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada; consentimento do visado, documentado por qualquer forma; flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos».

No entanto as buscas domiciliárias podem ser ordenadas pelo MP ou efetuadas por órgão de polícia criminal¹⁹⁰, dispensando assim a autorização judicial prévia, como resulta do n.º 3 do art. 177.º do CPP¹⁹¹, no período compreendido entre as 7 e as 21 horas nos casos previstos nas alíneas a), b) e c) do n.º 5 do art. 174.º, do CPP são eles: 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 pessoa¹⁹²» (cf. art. 174.º, n.º 5, alínea a)); «em que os visados consentam, desde que o consentimento

¹⁸⁹ Art. 32.º «Garantias de processo criminal»

4 – «Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais».

Art. 34.º «Inviolabilidade do domicílio e da correspondência»

2 – «A entrada no domicílio dos cidadãos contra sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei».

¹⁹⁰ Cf. o art. 1.º, al. c) do CPP são «Órgãos de polícia criminal todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados por este Código».

¹⁹¹ Preceito legal introduzido pela décima quinta alteração ao CPP, no ano de 2007.

¹⁹² Os conceitos de terrorismo, criminalidade violenta, criminalidade especialmente violenta e criminalidade altamente organizada já foram enunciados anteriormente e estão consagrados no art. 1.º da alínea i) a j) do CPP.

prestado fique, por qualquer forma, documentado; ou» (cf. art. 174.º, n.º 5, alínea b)); «Aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão» (cf. art. 174.º, n.º 5 alínea c)); entre as 21 e as 7 horas nos casos previstos nas alíneas b) e c) do n.º 2, do art. 177.º, são eles: o «consentimento do visado, documentado por qualquer forma» (cf. art. 177.º, n.º 2, alínea b)) ou no caso de «flagrante delito¹⁹³ pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos» (cf. art. 177.º, n.º 2, alínea c)).

Em virtude dessas considerações podemos dizer que o MP só pode ordenar buscas domiciliárias nas situações mencionadas, ou seja, em situações excepcionais.

Se o OPC efetuar uma busca domiciliária diurna, ou seja, no período compreendido entre as 7 e as 21 horas, sem ter sido autorizada pelo juiz, e que não se enquadre em nenhuma das situações previstas no art. 174.º, n.º 5 do CPP, nesse caso estamos perante uma abusiva intromissão na vida privada e no domicílio e conseqüentemente a prova obtida será nula, não podendo ser utilizada (cf. art. 126.º, n.º 3, do CPP).

Quando em sede de busca domiciliária noturna, sendo esta autorizada por juiz, porém não recaindo sobre nenhuma situação prevista no art. 177.º, n.º 2, do CPP, constitui uma intromissão na vida privada e no domicílio e nessa medida a prova produzida será nula, não podendo ser utilizada (cf. art. 126, n.º 3, do CPP).

Anteriormente à revisão constitucional operada em 2001, os OPC só poderiam efetuar buscas domiciliárias sem autorização judicial, com o consentimento do visado e com autorização judicial apenas durante o dia. A revisão constitucional de 2001 alterou a redação do art. 34.º da CRP, prevendo a possibilidade de entrada no domicílio durante a noite «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». Contudo, apenas em 2007, com a alteração ao CPP, passou a existir uma articulação entre o CPP e a CRP.

Esta obrigatoriedade de ser o juiz a ordenar ou autorizar a busca domiciliária resulta desde logo da CRP no art. 32.º, n.º 4, ao determinar que «toda a instrução é da competência de um

¹⁹³ Art. 256.º «Flagrante delito»

1 – «É flagrante delito todo o crime que se está cometendo ou se acabou de cometer.

2 – Reputa-se também flagrante delito o caso em que o agente for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objectos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar.

3 – Em caso de crime permanente, o estado de flagrante delito só persiste enquanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar».

juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais».

As buscas domiciliárias são autorizadas pelo JIC, quando ocorram na fase de inquérito, normalmente sob proposta do MP e ordenadas pelo JIC na fase de instrução, de acordo com a Lei Fundamental, o CPP no art. 269.º, n.º 1, al. c) estabelece que «durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar: buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do artigo 177.º». Se na fase de inquérito as buscas domiciliárias são autorizadas pelo JIC, para a fase de instrução é aplicável *mutatis mutandis*.

«A intervenção do juiz é exigida pela preocupação de controlar a legalidade da diligência e, bem assim, garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, no caso, o direito à inviolabilidade do domicílio [...]»¹⁹⁴.

Conforme o disposto no n.º 2 do art. 268.º e n.º 2 do art. 269.º ambos do CPP, o JIC autoriza a busca domiciliária «a requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora».

O JIC dispõe de um prazo de 24 horas para se decidir sobre o requerimento para a realização da busca domiciliária (cf. art. 268.º n.º 4).

O legislador determinou expressamente no art. 177.º, n.º 1 do CPP que a busca domiciliária é ordenada ou autorizada pelo juiz, contudo a lei deixou em aberto a questão de quem a preside. No entendimento de Manuel Guedes Valente, «dever-se-á recorrer ao n.º 3 do art.º 174.º do CPP, que estipula que quem preside à diligência é a autoridade judiciária que a autorizou ou a ordenou. Todavia, neste mesmo preceito o legislador, sabendo de antemão da ‘pouca disponibilidade’ das autoridades judiciárias para presidirem e acompanharem estas diligências, prescreveu que essa presidência se verificaria *sempre que possível*, deixando margens de actuação aos operadores da justiça¹⁹⁵». O citado Autor defende que «[...] quem autorizou ou ordenou a diligência, nas buscas domiciliárias o juiz, deveria sempre acompanhar e presidir à diligência¹⁹⁶».

Outra alteração efetuada pela Lei n.º 48/2007 de 29 de agosto em relação a esta matéria, foi o facto de o legislador ter estipulado um prazo limite de 30 dias contados desde a respetiva assinatura, para o despacho judicial de autorização de buscas, sob pena de nulidade face ao

¹⁹⁴ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 114/95, de 23 de fevereiro de 1995.

¹⁹⁵ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Revistas e Buscas*, 2005, p. 109.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

disposto no n.º 3 do art. 126.º do CPP. Com esta alteração evita-se as situações em que a autoridade judiciária competente emitia o mandado para a realização da busca, e estas só eram realizadas meses depois. Situação essa demonstrada no Ac. do Tribunal da Relação do Porto (Processo n.º 0617261) de 14 de fevereiro de 2007, em que o arguido interpôs recurso requerendo a nulidade das buscas efetuadas, sendo que o juiz autorizou a realização de uma busca domiciliária em novembro de 2003 mas esta só veio a concretizar-se volvidos mais de dois anos, em novembro de 2005. O tribunal negou provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida, alegando que «a lei actual não estabelece qualquer prazo de validade para a decisão judicial que autoriza a busca domiciliária e tão pouco estabelece ou impõe a fixação de qualquer prazo para a sua execução¹⁹⁷».

Com a alteração efetuada ao regime das buscas domiciliárias, através da Lei n.º 48/2007 de 29 de agosto, evitam-se estas situações, em que o mandado de busca domiciliária não estava sujeito a prazo algum, deixando à mercê do MP e aos OPC a execução da diligência, após a nova lei, que aditou o n.º 4 ao art. 174.º do CPP, o mandado de busca, sob pena de nulidade, passa a ter como limite máximo o prazo de 30 dias.

O prazo de validade do despacho estipulado pelo legislador de 30 dias reflete-se no mandado de busca. Ou seja, a autoridade judiciária competente ordena que seja realizada uma busca e a secretaria lavra por escrito essa determinada ordem (mandado de busca), para que possa ser entregue ao OPC, para posteriormente proceder à realização da busca. Esta questão é deveras importante, porque a autoridade judiciária ordena a realização de busca e o mandado pode vir a ser elaborado dias depois.

Paulo Pinto de Albuquerque defende que «o mandado da autoridade judiciária tem **prazo de validade**, que não pode ultrapassar 30 dias contados desde a data da respectiva assinatura. Pretende-se evitar a prática nefasta de mandados sem prazo, que são executados meses depois da respectiva emissão¹⁹⁸». Ora, para o Autor o prazo de 30 dias será contado da data que consta no mandado. Contudo, João Davin tem opinião contrária, sustentando que «[...] o prazo deve ser contado, **sempre**, a partir da data aposta no despacho que ordenou a realização da diligência¹⁹⁹».

¹⁹⁷ Ac. do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 0617261 de 14 de fevereiro de 2007.

¹⁹⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2009, p. 472.

¹⁹⁹ JOÃO DAVIN, *ob. cit.*, p. 632.

No caso de o OPC não cumprir com o prazo estabelecido no n.º 4 do art. 174.º do CPP,²⁰⁰ segundo João Davin, «[...] deverá este proceder à sua devolução ao MP, com uma breve explanação sobre os motivos do não cumprimento, bem assim como formular (caso se justifique) novo pedido para a realização da diligência em apreço. Em circunstância alguma deverá proceder ao cumprimento do mandado após o decurso do prazo de 30 dias aposto no despacho, sob pena de nulidade insanável²⁰¹».

5 - Comunicação e Validação Judicial Posterior

A busca domiciliária realizada por OPC, sem consentimento do visado e fora de flagrante delito, ou seja, quando 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, é imediatamente comunicada ao JIC, para que este a aprecie em ordem à sua validação, sob pena de nulidade (cf. art. 174.º, n.º 6 por remissão do art. 177.º, n.º 4). É o que resulta do art. 177.º, n.º 4, do CPP que foi introduzido pela Lei n.º 48/2007 de 29 de agosto. A comunicação exigida ao juiz, a fim de este a validar, só é exigida nos casos em que a busca domiciliária tenha sido efetuada pelo OPC, dispensando-se assim tal exigência, quando a busca domiciliária for ordenada pelo MP. De ressaltar que a exigência de comunicação ao juiz para que este aprecie e valide a diligência, apenas é exigível nos casos em que a busca seja realizada por OPC e não nos casos em que tenha sido ordenada pelo MP e apenas no caso do art. 174.º n.º 5, alínea a).

A busca efetuada com o consentimento do visado ou efetuada em caso de flagrante delito não tem de ser comunicada ao juiz, para que este a aprecie em ordem à sua validação, conforme o n.º 4 do art. 177.º que remete para o n.º 6 do art. 174.º ambos do CPP. Com a nova redação do art. 177.º esta questão ficou esclarecida, visto que a anterior redação dava margem para dúvidas.

Nas palavras elucidativas de Paulo Pinto de Albuquerque, «[...] a busca domiciliária (diurna ou nocturna) efectuada pelo órgão de polícia criminal **com consentimento do visado** não tem de ser comunicada ao juiz nem por ele apreciada, mas deve ser imediatamente comunicada ao Ministério Público e por este apreciada. A busca domiciliária **nocturna** efectuada pelo órgão

²⁰⁰ Preceito legal introduzido pela décima quinta alteração ao CPP, no ano de 2007.

²⁰¹ JOÃO DAVIN, ob. cit., p. 633.

de polícia criminal sem consentimento do visado e **diante de flagrante delito** pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos não tem de ser comunicada ao juiz nem por ele apreciada, mas deve ser imediatamente comunicada ao Ministério Público e por este apreciada. A busca domiciliária **diurna** efectuada pelo órgão de polícia criminal sem consentimento do visado e **diante de flagrante delito** pela prática de crime punível com pena de prisão não tem de ser comunicada ao juiz nem por ele apreciada, mas deve ser imediatamente comunicada ao Ministério Público e por este apreciada. O controlo *a posteriori* pela "autoridade judiciária" da verificação dos pressupostos legais da busca domiciliária e do modo como a busca decorreu é uma garantia fundamental da privacidade do visado e uma garantia fundamental da defesa, caso da busca domiciliária resulte prova que se pretenda fazer valer no processo (artigos 34.º, n.º 2 e 3, e 32.º, n.º 1, da CRP). Por esta razão, o artigo 249.º, n.º 3, prevê expressamente a obrigação do órgão de polícia criminal comunicar imediatamente ao Ministério Público quaisquer novos meios de prova de que o órgão de polícia criminal tiver conhecimento. Se o Ministério Público não proceder a este controlo, o visado e a defesa ficam desprovidos do conteúdo mínimo das ditas garantias constitucionais²⁰²».

Ademais, a recusa da validação por parte do juiz tem como consequência a nulidade das provas, não podendo ser utilizadas, conforme o disposto no art. 32.º, n.º 8, da CRP e art. 126.º, n.º 3, do CPP.

Neste sentido Germano Marques da Silva, refere que «a validação respeita à verificação dos pressupostos e dos requisitos da validade da busca. A recusa da validação tem como efeito a *proibição de prova*, nos termos no art. 126.º, n.º 3²⁰³».

O Ac. do Tribunal Constitucional n.º 274/07, de 2 de maio, considerou que a apreciação e validação de uma busca domiciliária por parte do juiz pode ser tácita ou implícita, sustentando que «[...] fundamental será *apenas* que o tribunal tenha por válida a obtenção da prova materializada numa busca domiciliária: existindo essa validação, expressa ou implícita, ficará sempre sancionada, legitimada, a realização da diligência²⁰⁴».

Em virtude dessas considerações, será importante mencionar que o n.º 4 do art. 177.º, do CPP remete para o n.º 6 do art. 174.º que nos casos em que a busca seja efetuada por OPC nas

²⁰² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2009, pp. 483 e 484.

²⁰³ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 2011, p. 288.

²⁰⁴ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 274/07 de 2 de maio de 2007.

situações compreendidas na alínea a) do art. 174.º, são estas, no caso «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», «a realização da diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada ao juiz de instrução e por este apreciada em ordem à sua validação» (cf. n.º 6, do art. 174.º, do CPP). A comunicação ao juiz será desnecessária se o visado prestar o seu consentimento para a realização da busca domiciliária.

Não existe uma noção para a expressão «imediatamente comunicada» ao juiz ou ao MP; contudo o Tribunal Constitucional no Ac. n.º 278/2007 de 2 de maio pronunciou-se dizendo que "imediatamente significa «*no mais curto espaço de tempo*», «*de forma rápida*», «*sem qualquer demora*». [...] Se os arguidos têm de ser apresentados ao Juiz de Instrução no prazo máximo de 48 horas após a detenção, como impõe o artigo 28.º, n.º 1, da Constituição, não se nos afigura que o legislador pretendesse estabelecer um prazo mais curto para a comunicação da busca do que para a apresentação dos detidos para primeiro interrogatório judicial, uma vez que a privação da liberdade constitui uma restrição mais grave dos direitos dos cidadãos do que a restrição de quaisquer outros direitos".

6 - Horário

A noite é o período de descanso para a generalidade das pessoas, em que as famílias se recolhem para conviverem e se relacionarem de maneira íntima e privada e nessa medida a Constituição restringe a atuação dos agentes do Estado no período noturno.

A regra é de que as buscas domiciliárias só podem ser realizadas entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade, conforme consta do art. 177.º, n.º 1, do CPP, e visto que a CRP na primeira parte do n.º 3 do art. 34.º estatui que «ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento».

Contudo, com a revisão constitucional operada em 2001, o art. 34.º, n.º 3 passou a possibilitar buscas domiciliárias durante o período noturno. Passo a citar: «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». Com a revisão constitucional de 2001, passou a

prever-se a realização de buscas domiciliárias durante o período noturno, sendo que até à supra referida revisão constitucional havia uma proteção constitucional absoluta do domicílio, durante a noite.

Primeiramente teremos de saber qual o sentido pretendido dado pela CRP com a expressão noite, visto que o n.º 3 do art. 34.º utiliza o conceito noite, ao passo que o CPP refere-se à busca noturna no período compreendido entre as 21 e as 7 horas. Essa questão já suscitou divergência na doutrina. Adélio Pereira André defende que «[...] sendo noite, em Portugal, entre as 17 e as 21 horas, durante parte do ano – as buscas [...], se efetuadas nesse período horário, ofendem o n.º 3 do citado art. 34.^{o205}».

Atualmente a maioria da doutrina, a qual acompanhamos, em relação a esta questão defende que «o alcance e limites do termo noite utilizado pelo legislador constitucional não se fundamentam em razões de ordem naturalística ou meteorológica antes sendo necessário estabelecer o seu sentido normativo. Neste sentido, noite equivalerá ao "período de descanso" ou de "recolhimento" para esse efeito, que em Portugal ocorre entre as 21 e as 7 horas para a generalidade das pessoas, e não tem que coincidir necessariamente com a totalidade do período de ausência da luminosidade solar²⁰⁶». Germano Marques da Silva, no mesmo sentido, afirma que «o termo *noite* utilizado na CRP equivale ao período de recolhimento ou de descanso que o legislador ordinário considerou ocorrer entre as 21 e as 7 horas²⁰⁷».

O regime regra para a realização de uma busca domiciliária é a de que esta só pode ter início depois das 7 horas e tem de terminar antes das 21 horas.

Questão importante a saber se, iniciada uma busca antes das 21 horas, esta se pode prolongar para além deste limite temporal. Se a busca for demorada, o OPC inicia a busca o mais cedo possível, pois esta deverá terminar impreterivelmente antes das 21 horas e se for necessário recomeçar no dia seguinte, depois das 7 horas. Não será assim, se ocorrer alguma das causas legais que permitam a realização de buscas domiciliárias noturnas²⁰⁸.

O Supremo Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que as buscas domiciliárias com o respetivo consentimento devidamente documentado não estão sujeitas ao limite temporal previsto no art. 177.º, n.º1. do CPP. O Ac. do Supremo Tribunal de Justiça (Processo

²⁰⁵ ADÉLIO PEREIRA ANDRÉ, «Processo Penal, justiça criminal e garantias fundamentais», in *Jornadas de Processo Penal: Cadernos da revista do Ministério Público*, n.º 2, 1987, p. 56.

²⁰⁶ MARQUES FERREIRA, ob. cit., p. 266.

²⁰⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 2011, p. 287.

²⁰⁸ Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2009, p. 482.

n.º 98P1081) de 15 de dezembro de 1998, vem dizer precisamente: «Tendo a busca domiciliária sido autorizada em forma legal pelo arguido [...] deixa de funcionar a proibição da entrada no domicílio durante a noite, estabelecida pelo artigo 34.º n. 3 da CRP, pelo que não se lhe aplica a restrição temporal (entre as 7 e as 21 horas) imposta pelo artigo 177 n. 1 do CPP».

7 - Regime das Buscas Domiciliárias antes das alterações da Lei 48/2007 de 29 de agosto

Cumpramos examinar, neste passo, o regime das buscas domiciliárias noturnas antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007 de 29 de agosto.

Durante os anos de 1976 e 2001, as buscas domiciliárias noturnas eram absolutamente proibidas. A redação anterior à revisão constitucional de 2001 previa no art. 34.º, n.º 3 «ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento».

A inviolabilidade do domicílio durante o período noturno, antes da revisão constitucional de 2001, como já foi referido, era quase absoluta, porque por via do art. 18.º, n.º 2 da CRP podiam-se abrir exceções, o dito artigo estatui: «A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos». Posteriormente, com a revisão constitucional, foi aditado ao n.º 3 do art. 34.º da CRP exceções a esta proibição, «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». Assim a busca domiciliária noturna pode ser realizada nos casos de criminalidade mais grave. Praticamente estas situações aditadas à CRP são as constantes na alínea a) do n.º 5 do art. 174.º, tratando-se assim, segundo Manuel Guedes Valente, de uma «[...] aposição do determinado na al. a) do n.º 4 do art. 174.º do CPP, sendo contudo mais ampla a sua dimensão no preceito actual constitucional²⁰⁹». Neste aspeto a CRP é mais permissiva, não impondo a necessidade de estar «em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa» como está consagrado no art. 174.º, n.º 5 alínea a) do CPP.

²⁰⁹ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Revistas e Buscas*. 2005, p. 111.

Manuel Monteiro Guedes Valente²¹⁰ considera que quanto às situações de flagrante delito ou mediante autorização judicial não é qualquer tipo de crime que legitima a busca domiciliária no período noturno, apenas quando se está perante os casos de «criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefaciente» (cf. art. 34.º, n.º 3, da CRP). Uma das grandes alterações ao regime das buscas domiciliárias trazida com a Lei n.º 48/2007 de 29 de agosto, em conformidade com a CRP, foi a admissibilidade de buscas domiciliárias noturnas, prevista no n.º 2 do art. 177.º do CPP.

Assim sendo, as buscas domiciliárias noturnas são permitidas, com autorização judicial prévia, ou seja, autorizada por juiz, nos casos de: «Terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada»; (cf. art. 177.º, n.º 2, alínea a)); «consentimento do visado, documentado por qualquer forma» (cf. art. 177.º, n.º 2, alínea b) e «flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos» (cf. art. 177.º, n.º 2, alínea c)).

Gomes Canotilho e Vital Moreira em anotação ao art. 34.º da CRP levantam uma questão: segundo a opinião dos Autores, «[...] fica por esclarecer [...] em que termos é possível detectar flagrante delito dentro do domicílio²¹¹». Ora, só parece fazer sentido, estarmos perante uma busca domiciliária, sem autorização prévia, com uma situação de flagrante delito, dado que o flagrante delito pressupõe imprevisibilidade e indeterminação, não sendo, compatível com o mandado de busca domiciliária.

Em relação às buscas domiciliárias noturnas sem mandado judicial, ou seja, ordenadas pelo MP ou efetuada pelo OPC, durante a noite, pode ocorrer, com o consentimento do visado, desde que seja documentado e em flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo a 3 anos, de salientar a exigência de que o crime seja punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos. Não sendo suficiente que o crime seja punível com pena de prisão, como o previsto na c) do n.º 5 do art. 174 do CPP, é o que decorre do art. 177, n.º 3, alínea b) que remete para as alíneas b) e c) do n.º 2 do referido artigo.

Para além destas situações, Gomes Canotilho e Vital Moreira apontam que «[...] deve entender-se que em certas circunstâncias excepcionais (ex.: incêndios, inundações, epidemias)

²¹⁰ Vd. *Idem, Processo Penal, Tomo I*, 2010, p. 406.

²¹¹ J. J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I*, 2007, p. 542.

o estado de necessidade pode legitimar, nos termos gerais, a violação do domicílio, mesmo durante a noite²¹²».

Em relação às buscas domiciliárias diurnas, ou seja, entre as 7 e as 21 horas, sem autorização judicial prévia, isto é, ordenadas pelo MP ou efetuadas pelo OPC, estas podem ser efetuadas 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» (cf. art. 177.º, n.º 3, alínea a) que remete para o art. 174.º, n.º 5, do CPP). Alfredo Castanheira Neves afirma «esta solução é considerada como de equilibrada compatibilização de direitos e interesses fundamentais. Deve, assim, entender-se que o legislador constituinte não quis proteger mais o domicílio do que outros bens jurídicos, tais como a vida ou a integridade física (art. 24.º e 25.º da CRP). Por este motivo, em situações de conflito de direitos que seja iminente e imediato, os O.P.C. ou o M.P. podem actuar sem terem de esperar pela autorização do juiz²¹³». As buscas domiciliárias diurnas podem também ser efetuadas pelo OPC mediante o consentimento do visado, desde que fique por qualquer forma documentado, segundo o art. 177.º, n.º 3, alínea a) que remete para o art. 174.º n.º 5.

Para além destas situações, com a alteração introduzida pela Lei 48/2007 de 29 de agosto passou a prever-se a possibilidade de as buscas poderem serem feitas aquando de detenção em flagrante delito, por crime a que corresponda pena de prisão (cf. art. 177.º, n.º 3 alínea a) que remete para o art. 174.º, n.º 5). Para a situação de busca domiciliária diurna sem prévia autorização judicial no caso de flagrante delito, não existe a restrição de ser um crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos, como já foi mencionado; essa restrição existe para a busca domiciliária noturna em situação de flagrante delito²¹⁴. É aceitável esta diferença, pois estamos no âmbito de busca domiciliária diurna, sendo o período noturno mais restrito em relação às buscas domiciliárias, o legislador limitou a possibilidade de buscas domiciliárias noturnas em caso de flagrante delito por crime punível com pena de prisão superior no seu máximo a 3 anos, o legislador restringiu a possibilidade de buscas domiciliárias, pois não é possível para qualquer crime a que corresponda pena de prisão, apenas por crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos.

²¹² *Ibidem*, p. 543.

²¹³ ALFREDO CASTANHEIRA NEVES, «Dos meios de obtenção de prova: o caso das buscas domiciliárias», in *Politeia: Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Reforma Penal e Processo Penal, Jornadas de 2008, Ano VI/Ano VII, 2009-2010*, pp. 264 e 265.

²¹⁴ É a diferença entre o art. 174.º, n.º 5, alínea c), para o qual o art. 177.º, n.º 3, alínea a) remete e o art. 177.º, n.º 2, alínea c), para o qual remete a alínea b), do n.º 2 do art. 177.º.

Com a recente alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto, passou a existir uma maior articulação entre o CPP e a CRP, contudo a CRP no que concerne ao regime das buscas domiciliárias é mais permissiva do que o CPP, visto que no art. 34, n.º 3, a CRP refere apenas que «ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito», sendo que a opção do legislador ordinário foi a de limitar a atuação dos OPC no caso de flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos.

«[...] A opção do legislador foi a de equiparar o Ministério Público ao juiz no que respeita às buscas não domiciliárias e equiparar o Ministério Público ao órgão de polícia criminal no que respeita às buscas domiciliárias. Esta opção contraria o sistema constitucional, que só estabelece diferenças entre o Ministério Público e o juiz em relação às buscas domiciliárias nocturnas e equipara o Ministério Público e o juiz para efeito de buscas domiciliárias diurnas (ambos "autoridade judiciária" para os efeitos do artigo 34.º, n.º 2, da Constituição da República). Contudo, esta opção do legislador ordinário **não é inconstitucional**, porque ela é ainda mais garantística do que o sistema querido pela Constituição da República²¹⁵».

Quanto ao consentimento nas buscas domiciliárias noturnas, sendo estas consentidas pelo visado, documentado por qualquer forma, os OPC podem efetuar a diligência, sem autorização judicial prévia a qualquer hora do dia, não estando sujeitas ao limite temporal, previsto no art. 177.º, entre as 7 e as 21 horas, por remissão da alínea b) do n.º 5 do art. 174.º e entre as 21 e as 7 horas, por remissão da alínea b) do n.º anterior. Quando o visado com a busca presta o seu consentimento para que se proceda à diligência, não é necessário a autorização judicial prévia, visto que nesta situação não há violação de domicílio. Como foi dito anteriormente, também podem ser ordenadas buscas domiciliárias pelo MP ou serem efetuadas pelo OPC, no caso de flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos, durante o período noturno (cf. art. 177.º, n.º 3 alínea b).

²¹⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2007, p. 480.

8 – Consentimento

Como vimos, para além do despacho judicial a autorizar a realização de buscas domiciliárias, existe também o consentimento do visado, como sendo, uma das formas de legitimar também a realização de buscas domiciliárias (cf. art. 177.º, n.º 2 do CPP), independentemente do horário a que se efetuem, ou seja, quer diurnas, quer noturnas, bem como em relação a qualquer crime, sendo uma das formas de legitimar buscas domiciliárias sem mandado judicial, independentemente do horário.

Quem pode prestar o consentimento exigido na CRP, bem como no CPP a fim de legitimar as buscas domiciliárias, é uma das questões mais discutidas pela jurisprudência portuguesa.

No que concerne ao direito à reserva da intimidade da vida privada, quanto à questão da possibilidade de consentimento é assente «tratando-se de um direito disponível, as pessoas podem ainda consentir em limitações voluntárias do direito à protecção da vida privada. A forma e o grau de satisfação do interesse à protecção da vida privada não são estabelecidos pela ordem jurídica, previamente e *in abstracto*, de uma forma imperativa. Aliás, a própria ideia de controlo da informação implica que se reconheça que a satisfação deste interesse permanece dependente de juízos de valor do interessado²¹⁶».

Relativamente à inviolabilidade do domicílio, é exigido o consentimento para que se possa entrar no domicílio de um cidadão, fora os casos supramencionados previstos na lei.

A CRP no n.º 2 e 3 do art. 34.º e o CPP no art. 177.º, fazem referência ao consentimento do visado para que se possa proceder à realização de buscas domiciliárias. Contudo, Gomes Canotilho e Vital Moreira em anotação ao art. 34.º da CRP, consideram ser "[...] discutível se os enunciados linguísticos «contra a sua vontade» (n.º 2) e «sem o seu consentimento» (n.º 3) têm o mesmo sentido. O consentimento exigido para a entrada no domicílio durante a noite parece indiciar uma maior exigência quanto à manifestação de vontade do titular. Trata-se, porém, em qualquer dos casos, de uma exigência de *acordo* do titular do direito. A «manifestação de vontade» ou o «consentimento» só será jurídico-constitucionalmente

²¹⁶ PAULO MOTA PINTO, «A protecção da vida privada e a Constituição», in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Volume LXXVI*, 2000, p. 191.

relevante quando forem feitos em termos livres e pessoais, com conhecimento de todas as condições para a bondade da decisão²¹⁷».

Importa primeiramente ter presente quem é que se pode considerar visado, a fim de sabermos quem pode dar o consentimento aquando a realização de uma busca domiciliária. É importante sabermos quem é considerado visado para efeitos desta diligência, dado que, se o visado prestar consentimento, nesse caso, estamos perante a resolução de conflito de interesses, pois se por um lado temos a busca da verdade material, por outro a proteção de direitos proclamados na CRP, o direito à reserva da intimidade e vida privada do visado e a inviolabilidade do domicílio do mesmo.

Paulo Pinto de Albuquerque considera que «o visado pela busca é a pessoa **que ocupa o lugar e o utiliza para um fim que a autoridade suspeita ser ilícito**. É, pois, um suspeito e só a suspeita pode fundamentar a busca. [...] O **consentimento** só é relevante se prestado pelo visado²¹⁸».

Como referido anteriormente, importa saber de que forma deve ser interpretado o termo «visado», pois só assim saberemos quem pode prestar o consentimento, aquando a realização de uma busca domiciliária, consentimento esse exigido tanto na CRP, como no CPP, e que é bastante discutido quer na jurisprudência, quer na doutrina portuguesa.

Ora, existem dois entendimentos sobre esta temática; um que acolhe a asserção que para efeitos de uma busca domiciliária, o visado é «quem tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência se realiza» (cf. o disposto no art. 176.º do CPP), *e.g.*, o proprietário ou o arrendatário, e um segundo entendimento que acolhe que o termo «visado» se refere a quem é titular do direito da inviolabilidade de domicílio e do direito à reserva da vida privada, passando a redundância, é aquele que será visado pela diligência, ou seja, pessoa sobre a qual recai a suspeita.

O Supremo Tribunal de Justiça, é de opinião, e quanto a isso já se manifestou, de que quem deve prestar o consentimento será a pessoa que tiver a disponibilidade do lugar onde a busca se realizará.

Vejam-se a este propósito os acórdãos:

²¹⁷ J. J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 2007, pp. 541 e 542.

²¹⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2009, p. 473.

O Ac. do Supremo Tribunal de Justiça (Processo n.º 041565) de 5 de junho de 1991 vem considerar que «as buscas [...] podem ter lugar nas condições previstas na lei ou com o consentimento de quem tiver a livre disponibilidade em relação a esse lugar, que não é, necessariamente, a pessoa visada com a diligência»; neste sentido aponta também o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça (Processo n.º 042916), datado de 26 de novembro de 1992: no caso concreto a polícia de segurança pública realizou uma busca domiciliária à residência do arguido, legitimada pelo consentimento da mãe do arguido que também residia no mesmo local, por existirem fortes indícios de que este teria raptado e violado uma menor de onze anos. Este residia com os pais e nessa medida, aquando a diligência a mãe do arguido exibiu as peças de vestuário (as calças e um casaco) que este usara aquando o sucedido.

O recorrente alegou que a busca tinha sido ilegal por não ter sido autorizada pela autoridade judiciária competente e ter sido efetuada sem o seu consentimento mas apenas com o consentimento de sua mãe.

O Ac. supracitado pronunciou-se no sentido de ser legal «[...] a busca que se faça num domicílio, mediante o consentimento da respectiva dona de casa, consentimento esse que basta ser verbal²¹⁹».

Do Ac. supracitado o arguido interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, que deu origem ao Ac. n.º 507/94, de 14 de julho de 1994.

O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a questão, vindo a declarar a inconstitucionalidade dos arts. 174.º, n.º 4, al. b) e art. 177.º, n.º 2, ambos do CPP (com a redação que tinham antes da citada alteração legislativa) interpretados no sentido de que era suficiente o consentimento para a busca prestado pelo disponente do espaço e não do próprio visado, argumentando 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. Desconsidera-se a reserva de intimidade privada do arguido, concentrando a necessidade de autorização num terceiro, por se entender que quem pode vender, doar, ou abandonar a habitação deve poder autorizar com exclusividade, o acesso ou a devassa da mesma e a intromissão de terceiros. Com tal entendimento, repudia-se uma concepção de inviolabilidade de domicílio que faz radicar tal

²¹⁹ Sumário do Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 042916 de 26 de novembro de 1992.

direito ou garantia fundamental na personalidade do ser humano visado por uma medida probatória e que tinha já curso nos anos finais do regime deposto em 25 de Abril de 1974".

Neste sentido o Tribunal Constitucional se manifestou recentemente no Ac. n.º 126/2013, de 27 de fevereiro de 2013²²⁰ mantendo o entendimento do Ac. supra referido, considerando que «[...] o consentimento previsto no n.º 3 do art. 34.º da Constituição tem necessariamente de provir do titular do domicílio que seja visado pela diligência processual [...]. Viola a Constituição a norma que considere suficiente, para legitimar a entrada dos órgãos de polícia criminal no domicílio do arguido ou suspeito a fim de realizar uma busca, a permissão conferida por um co-domiciliado com poder de disposição sobre o espaço em causa [...]». A decisão do Ac. supracitado foi: «Julgar inconstitucional, por violação do n.º 3 do artigo 34.º da Constituição, a norma da alínea b) do n.º 3, com referência al. b) do n.º 2, do art.º 177.º do Código de Processo Penal, quando interpretada no 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».

O mesmo entendimento tem Ana Rita Fidalgo, considerando que o consentimento tem de ser dado «[...] pelo visado pela busca domiciliária, uma vez que se assim não fosse o seu direito à inviolabilidade do domicílio estaria desproporcionalmente desprotegido²²¹ [...]».

No mesmo sentido o Ac. do Tribunal da Relação de Évora (Processo n.º 549/08.7PBBJA-A.E.1), de 17 de setembro de 2009: "[...] o consentimento só pode ser dado pela(s) pessoa(s) cuja privacidade/intimidade se exprime e realiza atrás das quatro paredes. Pessoas que podem não coincidir com o proprietário do espaço: o hóspede do quarto de hotel, o inquilino de um prédio, o estudante que arrenda um quarto numa casa particular, o quarto «onde ultimamente o arguido tem pernoitado» [...]. Na certeza de que, em todas estas situações, são estes, e não o proprietário, que pode dar consentimento. O consentimento do proprietário, em tais situações, será necessária e insuprivelmente ilegítimo e ineficaz".

No nosso entender o termo visado deve ser entendido em sentido restrito, e nessa medida, será o suspeito²²² do facto ilícito ou já arguido quem tem legitimidade para prestar consentimento

²²⁰ Vd. Ac. n.º 126/2013 do Tribunal Constitucional, cuja temática incide sobre a legitimidade, ou não, da esposa do arguido prestar consentimento para a realização de uma busca domiciliária. Pronunciando-se no sentido de que «[...] é a privacidade e, indirectamente, o direito de defesa do outro cônjuge que a entrada no domicílio permite atingir. Perante essa incidência específica da intrusão na esfera espacial de privacidade e segredo do investigado, o radical de tutela da privacidade presente no direito de inviolabilidade do domicílio não consente que se considere o outro cônjuge legítimo a prestar o consentimento, ou se presuma o aquele que é visado pela diligência processual».

²²¹ ANA RITA FIDALGO, ob. cit., p. 179.

para a realização de uma busca domiciliária, será pois, o visado pela diligência, titular do direito de inviolabilidade de domicílio e não quem tem a disponibilidade do lugar em que a diligência se realize, (Cf. o art. 34.º, n.º 2 e 3 da CRP; art. 177.º, n.º 2, al. b) e art. 174.º, n.º 5, al. b)).

Inadequado seria esquecer, também, se é necessário o consentimento, para efeitos de realização de busca domiciliária, de todas as pessoas que residem na mesma casa, ou se basta o consentimento do visado.

O Ac. do Tribunal da Relação do Porto (Processo n.º 0210993) de 29 de janeiro de 2003, vem precisamente dizer que apenas é exigido «[...] o consentimento da pessoa afectada que era e que tenha a livre disponibilidade, quanto ao local quanto onde a diligência é efectuada e que possa ser por ela afectado, mormente o seu quarto, não se exigindo o consentimento cumulativo de todos os outros residentes na casa. A entrada na habitação será porém irregular se houver oposição de algum dos demais titulares, que terá que ser manifestada».

Em sentido contrário o citado Ac. 507/94 do Tribunal Constitucional vem considerar que o domicílio deve ser visto como uma projeção espacial da pessoa que mora em certa habitação. «Daí que, no caso de várias pessoas partilharem a mesma habitação, deva ser exigido o consentimento de todas²²³».

A corroborar este entendimento Manuel da Costa Andrade no livro «Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal», cita "AMELUNG: «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 na casa habitada por vários (...) Quando um dos membros da casa autoriza que outro dos habitantes permita a entrada de pessoa particular ou do homem do gás, daí não pode concluir-se que o autorize também a franquear a porta a quem vem preparar a sua condenação, isto é, a inflicção de um mal²²⁴».

Em nosso entender, a posição de Manuel da Costa Andrade é a que se impõe por acautelar as disposições constitucionais legais que se prendem com esta matéria, pois todas as pessoas que

²²² Por suspeito entende-se «toda a pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar», cf. art. 1.º, n.º 1, al. e), do CPP.

²²³ Ac. 507/94 do Tribunal Constitucional, de 14 de junho de 1994.

²²⁴ AMELUNG, *apud*, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 2006, pp. 51 e 52.

residem na mesma habitação são titulares do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

O consentimento do visado aquando a realização de uma busca domiciliária pode ser prestado oralmente no momento anterior à realização da mesma, desde que posteriormente à realização da busca fique documentado por qualquer forma. O Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa (Processo n.º 0070679) de 13 de janeiro de 2000 vem precisamente dizer que «a lei processual penal não exige forma especial para o consentimento, bastando que o mesmo seja prestado anteriormente à busca e fique, por qualquer forma, documentado. Ou seja, pode ser prestado verbalmente desde que ulteriormente, por qualquer forma, fique documentado».

O art. 177.º, n.º 2 al. b) exige que o consentimento tem de ficar documentado por qualquer forma. Ou seja, o consentimento não pode ser dado tacitamente nem por via de presunção, mas antes de forma expressa, dado o legislador impor que o consentimento tem de ficar documentado por qualquer forma. Sendo que nada obsta a que o consentimento seja prestado primeiramente de forma oral, desde que fique posteriormente documentado.

Na mesma esteira Ana Luísa Pinto afirma que «a preocupação legal com a documentação do consentimento não se nos afigura compatível com qualquer outra forma de consentimento que não seja expressa²²⁵».

A exigência prevista na lei de que o consentimento tem de ficar documentado está ligada à segurança na administração da justiça, para não existirem dúvidas de que o consentimento foi prestado.

Ana Luísa Pinto alude ao consentimento válido obtido através de gravação sonora²²⁶.

Ainda no mesmo sentido se pronunciou o Tribunal da Relação de Coimbra no Ac. de 8 de maio de 2013 (Processo n.º 356/09.OPBCVL.C1), admitindo que o consentimento pode ser prestado através de gravação sonora, dado que a lei «[...] parece admitir que o registo possa ter lugar em qualquer suporte compatível com a noção de documento contida no art. 255.º do C. Penal, por remissão do art. 164º do CPP, dada a necessidade de certeza que subjaz à exigência de documentação do consentimento, por um lado, e, por outro, à amplitude com que admite qualquer forma de documentação²²⁷».

²²⁵ ANA LUÍSA PINTO, «Aspectos Problemáticos do Regime das Buscas Domiciliárias», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15.º, n.º 3, 2005, pp. 440 e 441.

²²⁶ Vd. *Ibidem*, p. 441.

²²⁷ Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 356/09.OPBCVL.C, de 8 de maio de 2013.

Ora, segundo o art. 164.º, n.º 1, do CPP «é admissível prova por documento, entendendo-se por tal a declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal».

Conforme consta no art. 255.º al. a), do CP considera-se «documento – a declaração corporizada em escrito, ou registada em disco, fita gravada ou qualquer outro meio técnico, inteligível para a generalidade das pessoas ou para um certo círculo de pessoas, que, permitindo reconhecer o emitente, é idónea para provar facto juridicamente relevante, quer tal destino lhe seja dado no momento da sua emissão quer posteriormente; e bem assim o sinal materialmente feito, dado ou posto numa coisa para provar facto juridicamente relevante e que permite reconhecer à generalidade das pessoas ou a um certo círculo de pessoas o seu destino e a prova que dele resulta».

Contrariamente, no ordenamento jurídico espanhol é admissível o consentimento tácito. Nas palavras elucidativas de J. I. Prietro Rodríguez, «No precisa realizarse expresamente, siendo válido el consentimiento tácito, deducible del comportamiento anterior, coetáneo y posterior del afectado^{228 229}». Existe "[...] una modalidad de consentimiento tácito a una presunción de su existencia cuando requerido el afectado «por quien hubiera de efectuar la entrada y registro para que la permita, ejecute por su parte los actos necesarios [...] que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio» la Constitución^{230 231}". Ao passo que a doutrina defende a exigência da consagração do consentimento expresso, *de lege ferenda*²³².

Questão relevante é a de saber se o consentimento necessita de ser esclarecido para ser válido. Sabemos *a priori* pela norma, (art. 177.º, n.º 2, do CPP) que o consentimento tem de ser documentado, mas a lei é omissa relativamente à questão de em que medida é que o OPC, ou seja quem efetua a busca domiciliária, tem de informar o visado sobre o que versa a busca domiciliária, a fim de este poder decidir em consciência, prestar ou não consentimento. Esta é uma questão discutida quer no ordenamento jurídico português, quer em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

²²⁸ «Não é necessário realizar-se expressamente, sendo válido o consentimento tácito, dedutível do comportamento anterior, coetâneo e posterior do afetado». [Tradução nossa]

²²⁹ J. I. PRIETRO RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 888.

²³⁰ “[...] una modalidad de consentimiento tácito a una presunción de su existencia cuando requerido el afectado «por quien tuviera de efectuar la entrada y registro para que la permita, ejecute, por su vez, los actos necesarios (...) dos de los cuales dependan para que puedan producir efectos, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio» a Constitución”. [Tradução nossa]

²³¹ J. I. PRIETRO RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 888.

²³² *Ibidem*.

Consideramos que para que o consentimento seja válido este tem de ser prestado de forma informada, sendo que os OPC, que efetuam a diligência, devem explicar quais os motivos da busca, bem como elucidar sobre os direitos que lhe assistem, para que o visado possa prestar o consentimento de forma livre e informada.

Gomes Canotilho e Vital Moreira partilham o entendimento de que "a «manifestação de vontade» ou o «consentimento» só será jurídico-constitucionalmente relevante quando forem feitos em termos livres e pessoais, com conhecimento de todas as condições para a bondade da decisão. De qualquer modo, o *acordo* dado à entrada no domicílio não representa qualquer «renúncia a um direito fundamental», estando sujeito a um permanente «direito de revogação»²³³".

Quanto ao último ponto Paulo Pinto de Albuquerque partilha de opinião distinta. Para o Autor, «se o visado der o consentimento no início da diligência, não o pode retirar durante a execução da mesma. Se o visado se recusar a assinar o termo de consentimento depois de ter consentido na busca, o auto da diligência deve registar a recusa com menção de uma testemunha da recusa diferente do autor do auto»²³⁴.

O referido Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 13 de janeiro de 2000, determina que o consentimento tem de ser dado no momento anterior à busca, podendo contudo ser prestado de forma verbal no momento anterior à busca, desde que depois da mesma fique por qualquer forma documentado²³⁵.

Esta matéria também não colhe unanimidade em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros. David Mean diz-nos que nos EUA e na Austrália, antes da realização de uma busca domiciliária não recai sobre a polícia nenhuma exigência para obter o consentimento informado, sentido oposto é a posição da Nova Zelândia e Canadá, ou seja, nos dois últimos ordenamentos jurídicos existe a exigência do consentimento informado²³⁶.

²³³ J. J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I.*, 2007, pp. 541 e 542.

²³⁴ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2009, p. 473.

²³⁵ Cf. Sumário do Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de janeiro de 2000, «o consentimento referido na al. b) do nº 4 do artº 174 do C.P. Penal, tem de ser anterior à busca, deve ainda ser livre e esclarecido e prestado pelo visado, conquanto tenha disponibilidade do lugar de habitação em que a busca se vai efectuar. A lei processual penal não exige forma especial para o consentimento, bastando que o mesmo seja prestado anteriormente à busca e fique, por qualquer forma, documentado. Ou seja, pode ser prestado verbalmente desde que ulteriormente, por qualquer forma, fique documentado».

²³⁶ Neste sentido, DAVID MEAN, «Informed Consent to police searches in England and Wales – A critical (re-) appraisal in the light of the Human Rights Act», in *The Criminal Law Review*, 2002, p. 792. «In summary, the

Segundo o disposto no art. 64.º, n.º 1, al. d), do CPP a busca domiciliária efetuada por OPC, sem prévia autorização da autoridade judiciária competente, ao quarto de menor de 21 anos, sem assistência de defensor é nula, independentemente de o mesmo ter prestado consentimento²³⁷. *Mutatis Mutandis* se a busca domiciliária for consentida por pessoa comprovadamente analfabeta²³⁸. Nulidade essa insanável, por força do disposto no art. 119.º, al. c), do CPP²³⁹.

position taken in the USA and Australia that there is no requirement on the police to seek informed consent before a search. The opposite view has been taken in both New Zeland and Canada [...]».

Em resumo, a posição tomada no EUA e na Austrália é que não há nenhuma exigência sobre a polícia para obter o consentimento informado antes de uma busca. O ponto de vista oposto foi tomado em ambos Nova Zelândia e Canadá. [Tradução nossa].

²³⁷ Art. 64.º «Obrigatoriedade de assistência»

1 – «É obrigatória a assistência do defensor:

d) Em qualquer acto processual, à excepção da constituição de arguido, sempre que o arguido for cego, surdo, mudo, analfabeto, desconhecedor da língua portuguesa, menor de 21 anos, ou se suscitar a questão da sua inimputabilidade ou da sua imputabilidade diminuída».

²³⁸ Neste sentido, o Ac., do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 6945/2008-3, de 22 de outubro de 2008.

²³⁹ Art. 119.º «Nulidades insanáveis»

«Constituem nulidades insanáveis, que devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento, além das que como tal forem cominadas em outras disposições legais:

c) A ausência do arguido ou do seu defensor, nos casos em que a lei exigir a respectiva comparência».

Conclusão

Pelo exposto conclui-se, que o processo penal tem os seus fundamentos na CRP, donde deriva a garantia dos cidadãos de que os seus direitos constitucionalmente garantidos não são violados. O regime jurídico das buscas domiciliárias consagrado no art. 177.º é um método de recolha de provas que facilmente colide com direitos fundamentais proclamados na CRP e por isso este meio de obtenção de prova está limitado ao princípio de legalidade consagrado no art. 32.º, n.º 8, da CRP, art. 125.º e art. 126.º, ambos do CPP.

O art. 34.º da CRP consagra o direito à inviolabilidade do domicílio, contudo admite que se possa entrar durante a noite no domicílio, limitando, desde logo, ao referir e precisar em que situações tal pode suceder; com o consentimento do titular do direito, em caso de flagrante delito ou ainda «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». É o resultado de um esforço legislativo para adequar o CPP à CRP, no sentido de respeitar os direitos fundamentais consignados na CRP, para que não sejam violados tais direitos e mesmo assim combater, por meio da realização de uma justiça célere e adequada, as novas formas de criminalidade decorrentes de um Estado moderno, sem lesar o direito à inviolabilidade do domicílio previsto no art. 34.º da CRP.

Considerando as vantagens e as desvantagens do recurso à figura da busca domiciliária, concluímos que pode ser fundamental, para certos casos, para a descoberta da verdade material o recurso a este meio de obtenção de prova.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

- *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007. ISBN 978-972-54-0184-2.

- *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3ª ed. rev. act. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0228-3.

AMORTH, Antonio

- *La Costituzione Italiana: Commento Sistematico*. Milano: A. Giuffrè Editore, 1948.

ANDRADE, Manuel da Costa

- *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 978-972-32-2196-1.

- Proibições da Prova em Processo Penal (Conceitos e Princípios Fundamentais). *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*. Porto, n.º 13, 2008.

- Tribunal Constitucional - Acórdão n.º 364/2006, de 8 de Junho. (Domicílio, intimidade e Constituição). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra Editora. ISSN 0870-8487. Ano 138.º, n.º 3953, (novembro-dezembro 2008).

- “*Bruscamente no Verão Passado*”, a Reforma do Código de Processo Penal: *observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1726-1.

- Violação de domicílio ou perturbação da vida privada: Artigo 190º. In Jorge de Figueiredo Dias, dirig. - *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2.

- *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. 1ª ed. (reimp.), Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2196-1.

ANDRÉ, Adélio Pereira

- Processo Penal, justiça criminal e garantias fundamentais. *In Jornadas de Processo Penal: Cadernos da Revista do Ministério Público*. N.º 2, 1987.

BAGINA, Francisco António Carrilho

- Notas ao Regime Legal das buscas domiciliárias. *Polícia Portuguesa*, Lisboa. N.º 8, III série (julho-setembro 2008).

BELEZA, Teresa Pizarro,

- Apontamentos de *Direito Processual Penal, II Volume*, 1993, AAFDL.
- «Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português. *Revista do Ministério Público*. Ano 19, n.º 74, (abril-junho 1998).

CABRAL, José António Henriques dos Santos

- Busca Domiciliária: Artigo 177º. *In* GASPAR, António Henriques; CABRAL, José António Henriques dos Santos; COSTA, Eduardo Maia, [et. al.] - *Código de Processo Penal Comentado*. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5232-8.

CAETANO, Marcelo

- *Lições de História do Direito Português*, Coimbra, 1962.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA Vital

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.
- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed., reimp., Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-2106-5.

CORREIA, João Conde

- Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2ª parte, da C.R.P.)? *Revista do Ministério Público*. Ano 20.º, n.º 79 (julho-setembro 1999).

DAVIN, João

- O Regime das Buscas Domiciliárias. *In Estudos Comemorativos dos 25 anos do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna em Homenagem ao Superintendente-Chefe Afonso de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-4048-6.

DIAS, Jorge de Figueiredo

- *Clássicos Jurídicos: Direito Processual Penal*. 1ª ed., reimp., Coimbra, 1974.

- Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal. *In O Novo Código de Processo Penal: I Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 1997. ISBN 978-972-40-0257-6.

FERREIRA, Marques

- Meios de Prova. *In O Novo Código de Processo Penal: I Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 1997. ISBN 978-972-40-0257-6.

FIDALGO, Ana Rita

- Autorização Judicial e Legalidade nas Buscas Domiciliárias. *In BELEZA, Teresa Pizarro; COSTA, Frederico de Lacerda da, coord. - Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4090-5.

FONSECA, J. Martins da

- Conceito de domicílio, face ao art. 34.º da Constituição da República. *Revista do Ministério Público*. Ano 12.º, n.º 45, (janeiro-março 1991).

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes

- *Lei E Crime - O agente Infiltrado Versus o Agente Provocador - Os Princípios do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2001.

GONÇALVES, M. Maia

- Meios de Prova. *O Novo Código de Processo Penal: I Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 1997. ISBN 978-972-40-0257-6.

- *Código de Processo Penal Anotado e Comentado - Legislação Complementar*. 15.ª ed. rev., act., Coimbra: Almedina, 2005.

JESUS, Francisco Marcolino de

- *Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN – 978-972-40-4428-6.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes

- *Código Civil Anotado*, Vol. I. 4.^a ed. rev. e act., Coimbra, 1987.

MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO

- *Código de Processo Penal: Comentários e Notas Práticas*. Coimbra; Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1691-2.

MEAN, David

- Informed Consent to police searches in England and Wales – A critical (re-) appraisal in the light of the Human Rights Act. *In The Criminal Law Review*. London, (Outubro 2002).

MENDES, João Castro

- *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I. Lisboa, 1978.

MENDES, Paulo de Sousa

- As Proibições de Prova no Processo Penal. *In PALMA, Maria Fernanda, coord. - Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Almedina, 2004.
- O Processo Penal entre a eficácia e as garantias. *In PALMA, Maria Fernanda; [et. al.] – Direito da Investigação Criminal e da Prova*. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5636-4.

MIRANDA, Jorge

- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. 4.^a ed. rev. e act., Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1613-4.

MONTEIRO, Fernando Conde

- O Problema da Verdade em Direito Processual Penal (Considerações Epistemológicas). *In MONTE, Mário Ferreira, [et. al.], org. - QUE FUTURO PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL?: Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1657-8.

NEVES, Alfredo Castanheira

- Dos meios de obtenção de prova: o caso das buscas domiciliárias. *In Politeia: Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Reforma Penal e Processo Penal. Jornadas de 2008. Ano VI/Ano VII – 2009-2010.*

OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de

- Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova. *In BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, coord. - Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4090-5.*

PINTO, Ana Luísa

- As buscas não domiciliárias no direito processual penal português. *In Revista do Ministério Público. Ano 28, n.º 109 (janeiro-março 2007). ISSN 0870-6107.*
- Aspectos Problemáticos do Regime das Buscas Domiciliárias. *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 15, n.º 3 (julho-setembro 2005).*

PINTO, Paulo Mota

- A protecção da vida privada e a Constituição. *In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Volume LXXVI, 2000.*

PINTO, António Augusto Tolda

- *A Tramitação processual penal. 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 972-32-0997-7.*

RIBEIRO, Vinício

- *Código de Processo Penal: Notas e Comentários. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1924-1.*

RODRÍGUEZ, J.I.Preto

- Entrada y Registro domiciliarios en el processo penal. *Revista de Derecho Penal y Criminologia. Madrid. ISSN 1132-9955. n.º 6, 1996.*

SANTOS, Gil Moreira dos

- *Princípios e Práticas Processual Penal. 1.ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2202-9.*

SILVA, Germano Marques da

- *Curso de Processo Penal I*. 5.^a ed. rev. e act. Lisboa: Verbo, 2008. ISBN 978-972-22-3043-8.

- *Curso de Processo Penal*, Vol. II. 5.^a ed. rev. e act. Lisboa: Verbo, 2011. ISBN – 978-972-22-3043-8.

TEIXEIRA, António de Jesus

- *Os Limites do Efeito-à-Distância: nas Proibições de Prova no Processo Penal Português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 978-972-54-0428-7.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes

- *Revistas e Buscas*. 2.^a ed. rev. e aum., Coimbra: Almedina, 2005. Depósito Legal 220540/04.

- *Revistas e buscas que viagem queremos fazer? In I Congresso de Processo Penal*, Almedina, 2005. Depósito legal 221338/05.

- *Processo Penal*, Tomo I. 3.^a ed. rev., act e aum., Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4207-7.

VASCONCELOS, Pedro Pais de

- *Teoria Geral do Direito Civil*. 3.^a ed, Coimbra: Almedina, 2005. Depósito legal 222802/05.

VELOSO, Zeno

- O domicílio no Direito Brasileiro, no Português e no Projecto de Código Civil do Brasil. *In Scientia Juridica*, T. XXXIV, n.º 197-198 (julho-dezembro 1985).

Jurisprudência:

Tribunal Constitucional:

- Ac. n.º 452/1989, de 28 de junho de 1989.

- Ac. n.º 507/1994, de 14 de julho de 1994.

- Ac. n.º 114/1995, de 23 de fevereiro de 1995.
- Ac. n.º 16/1997, de 14 de janeiro de 1997.
- Ac. n.º 192/2001, de 08 de maio de 2001.
- Ac. n.º 364/2006, de 08 de junho de 2006.
- Ac. n.º 278/2007, de 02 de maio de 2007.
- Ac. n.º 274/2007, de 02 de maio de 2007.
- Ac. n.º 126/2013, de 27 de fevereiro de 2013.

Tribunais Judiciais

Supremo Tribunal de Justiça:

- Ac. Processo n.º 041565, de 05 de junho de 1991.
- Ac. Processo n.º 042974, de 15 de julho de 1992.
- Ac. Processo n.º 042916, de 26 de novembro de 1992.
- Ac. Processo n.º 047084, de 08 de fevereiro de 1995.
- Ac. Processo n.º 048038, de 8 de novembro de 1995.
- Ac. Processo n.º 98P1081, de 15 de dezembro de 1998.
- Ac. Uniformizador 7/2008
- Ac. Processo n.º 738/08.4TVLSB.L1.S1, de 19 de setembro de 2013.
- Ac. Processo n.º 14/07.0TRLSB.S1, de 11 de junho de 2014.

Tribunal da Relação de Coimbra:

- Ac. Processo n.º 3/07.4GBCNT-A.C1, de 23 de maio de 2007.
- Ac. Processo n.º 359/09.4GBOBR-A.C1, de 03 de março de 2010.
- Ac. Processo n.º 356/09.0PBCVL.C1, de 08 de maio de 2013.

Tribunal da Relação de Évora:

- Ac. Processo n.º 1119/04-1, de 08 de junho de 2004.
- Ac. Processo n.º 549/08.7PBBJA-A.E1, de 17 de setembro de 2009.

Tribunal da Relação de Lisboa:

- Ac. Processo n.º 0070679, de 13 de janeiro de 2000.
- Ac. Processo n.º 6945/2008-3, de 22 de outubro de 2008.
- Ac. Processo n.º 10210/2008-9, de 28 de maio de 2009.
- Ac. Processo n.º 81/07.6TELSB-C.L1-3, de 21 de outubro de 2009.
- Ac. de 10 de abril de 2012.
- Ac. Processo n.º 14538/10.4FFLSB.L.1.5, de 03 de julho 2012.

Tribunal da Relação do Porto:

- Ac. Processo n.º 0210993, de 29 de janeiro de 2003.
- Ac. Processo n.º 0645900, de 29 de novembro de 2006.
- Ac. Processo n.º 0617261, de 14 de fevereiro de 2007.

Legislação:

- Constituição da República Portuguesa, de 1976 (DL de 10 de abril de 1976, com a redação dada pela Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto).
- Código de Processo Penal (DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro, na redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 06 de agosto).
- Código Penal (DL n.º 48/95, de 15 de março, na redação dada pela Lei orgânica n.º 1/2015, de 8 de janeiro).

- Código Civil (DL n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, na redação dada pela Lei n.º 82/2014, de 30 de dezembro).
- Código das Sociedades Comerciais (DL n.º 262/86, de 2 de setembro, na redação dada pelo DL n.º 26/2015, de 6 de fevereiro).
- Lei n.º 3/73 de 5 de abril de 1973.
- Estatuto da Ordem dos Advogados, (DI n.º 84/84, de 16 de março, na redação dada pela Lei n.º 15/2015, de 26 de janeiro).
- Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948.
- Convenção Europeia dos Direitos do homem, de 4 de novembro de 1950.
- Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 10 de dezembro de 1984.
- Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de dezembro de 1966.
- Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.
- Código Civil Brasileiro aprovado pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- Constituição da República Italiana promulgada em Assembleia Constituinte em 22 de setembro de 1947.
- Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949.
- Constituição da República Democrática de Timor-Leste, de 2002.

Endereços eletrónicos

- Em www.dgsi.pt.
- Em <http://pt.wikipedia.org/wiki/casa>.
- Em www.tribunalconstitucional.pt.
- Em www.pgdlisboa.pt