

Tribunal da Relação de Évora
Processo nº 549/08.7PBBJA-A.E1

Relator: MARTINHO CARDOSO

Sessão: 17 Setembro 2009

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: PROVIDO

BUSCA DOMICILIÁRIA

FALTA DE CONSENTIMENTO DO VISADO

NULIDADE

Sumário

1. A validade da realização da busca domiciliária basta-se com o consentimento da pessoa afectada ou seja daquela que tenha a livre disponibilidade, quanto ao local onde a diligência é efectuada e que possa ser por ela afectado, nomeadamente o seu quarto.

2. Tendo sido buscado, sem prévia autorização da autoridade competente, o quarto onde o arguido vinha pernoitando, e não tendo aquele, enquanto visado pela diligência em causa, dado o consentimento à realização da busca, foi cometida uma nulidade (art. 177.º n.º1 e 6 do CPP). Trata-se, contudo, de nulidade sanável e que só pode ser conhecida mediante arguição do sujeito processual interessado, nos termos do art. 120.º n.º3 do CPP

Texto Integral

Processo n.º 549/08.7PBBJA-A.E1

I

Acordam, em conferência, na Secção Criminal do Tribunal da Relação de Évora:

Nos autos de inquérito..., a correr termos no 1.º Juízo do Tribunal Judicial de Beja e em que é arguido L. C., o Mm.º Juiz de Instrução Criminal decidiu

oficiosamente não validar a busca levada a cabo por elementos da Polícia de Segurança Pública no quarto «onde ultimamente o arguido tem pernoitado», sito na residência que fica na Rua Frei Amador Arrais..., em Beja, busca que foi autorizada por M. D., dono da casa e familiar do arguido, o que aquele Senhor Juiz fez através do seguinte despacho, citado apenas na parte que directamente se refere ao assunto ora em apreço:

Compulsados os autos, verifica-se que o arguido tem residência fixa na Vidigueira, cfr. TIR de fls. 42, mas que há algum tempo tem vindo a pernoitar na residência de um familiar, sita na Rua Frei Amador Arrais....

O OPC efectuou buscas consentidas pelo ora arguido à sua residência sita na Vidigueira, e à viatura em que se faz transportar, cfr. Fls. 23 e 24.

Já no que respeita à busca à residência onde o arguido tem vindo a pernoitar, a mesma foi efectuada tendo por base exclusivamente o consentimento do proprietário, cfr. Fls. 23.

Ora, não tendo tal busca sido precedida de autorização ou ordem da autoridade judiciária competente, só com o consentimento do visado (que pode ou não ser o proprietário, arrendatário) se poderia considerar válida — art. 174º n.º.5 b) e 177º n.º.3 a) e b) do CPP.

Não tendo sido consentida pelo visado, ora arguido, desde já se declara nula a busca domiciliária realizada na residência sita na Rua Frei Amador Arrais..., bem como a apreensão dos objectos ali encontrados, as quais não poderão ser valoradas — art. 126º n.º.3 do CPP.

#

Inconformado com o assim decidido, a Digno Magistrado do M.º P.º interpôs o presente recurso, apresentando as seguintes conclusões:

1 - Investigando-se nos autos a prática de crimes de furto qualificado, p. e p. pelo art. 203º e 204º, n.º2, al. e) do Cód. Penal, a PSP interceptou o arguido, L.C., e obteve do mesmo autorização de busca para a sua residência sita na Rua..., na Vidigueira e para a sua viatura, de matrícula ----RN.

2 - Foi, ainda, obtida autorização de busca para a residência de um familiar do arguido, M.D., sita na Rua Frei Amador Arrais..., em Beja, local onde ultimamente o arguido havia pernoitado.

3 - Em resultado de tais buscas foram apreendidos vários objectos (referidos a fls. 26 e segs.) que haviam sido subtraídos na residência de L.A., na residência de N.F., e na residência de C.P.

4 - O Ministério Público validou tal apreensão, nos termos e no prazo a que alude o art. 178º, nº5 do Cód. Proc. Penal, a fls. 43. Não foi requerida ao Mmº JIC a modificação ou revogação de tal medida, nos termos do nº6 do mencionado art. 178º.

5 - O Mmº JIC não procedeu a 1º interrogatório judicial de arguido detido invocando que, no requerimento do Ministério Público e no que respeita a parte dos objectos subtraídos e apreendidos, é efectuada remissão para os autos de notícia e de apreensão, não podendo o Mmº JIC perscrutar no inquérito quais os objectos em causa, para assim informar o arguido.

6 - Mais se invoca que a busca efectuada à residência do familiar do arguido, sita na Rua Frei Amador Arrais..., em Beja, e onde este tinha vindo a pernoitar, tendo sido efectuada exclusivamente com o consentimento do proprietário não foi consentida pelo visado, ora arguido, pelo que foi a mesma declarada nula, bem como a apreensão dos objectos ali encontrados, as quais se entendeu não poderem ser valoradas, nos termos do art. 126º, nº3 do Cód. Proc. Penal.

7 - Ora, os invocados arts. 174º, nº5, al. b) e 177º, nº3, al. a) e b) do Cód. Proc. Penal não cominam com nulidade uma eventual violação do ali disposto. Assim, tais vícios não são nulidades insanáveis, nos termos do art. 119º do Cód. Proc. Penal.

8 - Sendo, eventualmente, nulidades dependentes de arguição, nos termos do art. 120º do mesmo diploma, verifica-se que nenhum sujeito processual veio arguir qualquer vício relativamente às buscas ou às apreensões, as quais foram oportunamente validadas pelo Ministério Público.

9 - Assim, entendo que, em termos exclusivamente formais, não podia o Mmº JIC conhecer officiosamente de eventuais nulidades relativas referentes aos meios de obtenção de prova (buscas e apreensões) que não foram arguidas por nenhum dos sujeitos processuais.

10 - Caso se entenda de modo diverso, decorre do art. 174º, nº5, al. b) e 177º, nº3, al. a) e b) do Cód. Proc. Penal que os OPC's podem efectuar buscas

domiciliárias quando os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique documentado, de qualquer forma.

11 - Nos autos, existiam suspeitas da permanência de objectos furtados numa residência que não é do arguido e onde este apenas ocasionalmente pernoitava; desconhecia-se, nesta fase da investigação, se o dono da casa tinha conhecimento da presença dos ditos objectos no local e de qual a sua proveniência, não sendo de afastar a possibilidade de a conduta do mesmo vir a ser investigada, designadamente quanto a eventual crime de receptação.

12 - Assim, o proprietário da residência onde se encontram bens furtados e titular do direito à inviolabilidade do domicílio, é o visado pelas buscas cujo consentimento é necessário e foi obtido pelo OPC.

13 - Tendo ocorrido consentimento do titular do direito à inviolabilidade do domicílio e visado pela busca, mostra-se respeitado o disposto nos art. 174º, n.º 5, al. b) e 177º, n.º 3, al. a) e b) do Cód. Proc. Penal, não padecendo a busca e apreensão efectuada na residência sita na Rua Frei Amador Arrais..., em Beja, de qualquer vício ou nulidade, diversamente do entendido pelo Mmº JIC.

14 - As provas em causa não foram obtidas mediante intromissão no domicilio sem o consentimento do respectivo titular, pelo que contrariamente ao entendimento do Mmº JIC não ocorre o vício do art. 126º, n.º 3 do Cód. Proc. Penal, podendo tal a prova ser valorada.

15 - Pelo exposto, que deve ser revogado o despacho recorrido, o qual viola o disposto nos arts. 126º, n.º 3, 174º, n.º 5, al. b) e 177º, n.º 3, al. a) e b) do Cód. Proc. Penal, determinando-se que a busca e apreensão realizadas na residência sita na Rua Frei Amador Arrais..., em Beja, e a prova assim obtida não padecem de qualquer vício ou nulidade.

#

O arguido não apresentou contra-alegações.

#

Nesta Relação, o Ex.mo Procurador-Geral Adjunto emitiu parecer no sentido da procedência do recurso.

Cumpriu-se o disposto no art.º 417.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.
Procedeu-se a exame preliminar.

Colhidos os vistos e realizada a conferência, cumpre apreciar e decidir.

II

De acordo com o disposto no art.º 412.º, n.º 1, do Código de Processo Penal (diploma ao qual pertencerão todos os preceitos legais a seguir referidos sem menção de origem), o objecto do recurso é definido pelas conclusões formuladas pelo recorrente na motivação e é por elas delimitado, sem prejuízo da apreciação dos assuntos de conhecimento oficioso de que ainda se possa conhecer.

De modo que as questões postas ao desembargo desta Relação são as seguintes:

-- Se o Senhor Juiz de Instrução Criminal podia ter conhecido oficiosamente de tal nulidade; e

-- Se a busca deve ser considerada nula por violação do disposto nos art.º 174.º, n.º 5 al.ª b) e 177.º, n.º 3.

#

Vejamos:

Apreciemos, antes de mais, a questão da validade da busca domiciliária efectuada, começando por relembrar o teor das principais normas processuais aplicáveis ao caso.

De acordo com o n.º 2 do art.º 174.º do Código de Processo Penal, uma busca apenas pode e deve ser realizada quando houver indícios de que objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público.

As buscas são, em princípio, ordenadas ou autorizadas por despacho da autoridade judiciária competente, podendo, no entanto, nos casos delimitados no n.º 5 dessa mesma disposição legal, ser efectuadas por órgão de polícia criminal sem a mencionada ordem ou autorização.

Tratando-se de uma busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada a competência para a ordenar ou autorizar esse acto pertence ao juiz (art.º 177.º, n.º 1), sem prejuízo de, em determinados casos, ela poder também ser ordenada pelo Ministério Público ou efectuada por órgão de polícia

criminal (n.º 3 desse mesmo preceito).

Tal acontece, nomeadamente, quando «os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado» [al.ª b) do n.º 5 do art.º 174.º e n.º 3 do art.º 177.º do Código de Processo Penal].

Ora, no caso dos autos, o consentimento para a busca no quarto «onde ultimamente o arguido tem pernoitado» foi dado pelo dono da casa e familiar do arguido.

O problema consiste, pois, na determinação da legitimidade para dar consentimento válido e eficaz. Legitimidade que, consabidamente, só assiste ao titular dos valores ou interesses em nome de cuja salvaguarda a lei decretou a inviolabilidade do espaço. A legitimidade para dar consentimento é o reverso do domínio ou disponibilidade sobre os bens jurídicos, os valores ou interesses protegidos ou salvaguardados pela proibição da devassa.

Assim, no caso da habitação, 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» (e que pode ser há 3 ou 4 noites, como o poderia ser há muitas mais se a busca por acaso tivesse sido feita mais tarde), etc.

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.

E não é diferente o regime do lado dos outros espaços protegidos pelo art.º 191.º do Código Penal. Se um médico ou um advogado arrendam um espaço para instalar o seu consultório ou escritório, é exclusivamente a eles — e não ao proprietário — que assiste o direito para dar consentimento. Se um industrial, comerciante ou fornecedor de serviços arrenda um espaço, v. g., um armazém, para aí exercer a sua actividade, armazenar ou guardar pertences, é exclusivamente a eles — e não ao proprietário — que assiste o direito para consentir ou autorizar a entrada ou a permanência.

É seguramente assim em direito material-substantivo. E não pode ser diferente do lado do direito processual penal. Desde logo, mal se

compreenderia que o consentimento do proprietário deixasse subsistir a ilicitude penal-substantiva duma medida e abrisse ao mesmo tempo a porta à sua legitimidade e admissibilidade processual. Acresce que as diferenças apesar de tudo subsistentes entre os dois ramos de direito (material-substantivo e processual - penal), com afloramentos mais ou menos significativos nos respectivos enunciados normativos, jogam univocamente no sentido de tornar a ineficácia do consentimento do proprietário ainda mais evidente no plano processual. Mais: tudo parece sugerir que uma busca assente em consentimento só será válida e eficaz se contar com o consentimento das pessoas concretamente atingidas pelas suas implicações processuais. Esse parece, com efeito, ter sido o desígnio do legislador ao prescrever a exigência de consentimento do "visado".

O termo visado, na expressão do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20-9-2006, Colectânea de Jurisprudência dos acórdãos daquele Tribunal, 2006, III-189, comporta, pois, um sentido amplo, abrangendo todo aquele que possa ser afectado no direito que se visa acautelar com a imposição do consentimento, não bastando a mera disponibilidade mercê de uma ligação accidental e intitulada com o local **[1]** .

Ora o visado, na expressão do art.º 175.º, n.º 4 al.ª b), da busca feita nos autos ao quarto «onde ultimamente o arguido tem pernoitado», sito na residência que fica na Rua Frei Amador Arrais..., em Beja, por suspeita da prática de furtos, não era de modo algum M.D., dono da casa e familiar do arguido, que deu o consentimento. O visado era o arguido. E é escusado andar agora a inventar que o visado podia ser também o dono da casa, apodando-o de eventual receptador dos objectos furtados, circunstância que jamais foi considerada no processo.

De resto, já o Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 507/94, de 14-7-1994, disponível na secção de jurisprudência do respectivo sítio da Internet, decidiu - embora, ao que se sabe, sem força obrigatória geral, - que os art.º 174.º, n.º 4 al.ª b), 177.º, n.º 2 e 178.º, n.º 3, violam a Constituição quando interpretados "*no sentido de que a busca domiciliária em casa habitada e as subseqüentes apreensões efectuadas durante aquela diligência podem ser realizadas por órgão de polícia criminal desde que se verifique o consentimento de quem, não sendo visado por tais diligências, tiver a disponibilidade do lugar de habitação em que a busca seja efectuada...*"

#

Agora, questão diferente, é a de aferir se o Senhor Juiz de Instrução Criminal

podia oficiosamente declarar a nulidade da citada busca.

Segundo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8-2-1995, Boletim do Ministério da Justiça n.º 444-358, que seguiremos de perto, apesar da ligação estreita entre o regime das nulidades e as proibições da prova, trata-se de figuras ou realidade autónomas.

As nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aqueles puderem afectar, o que consequência que o acto não produz efeito, não tem valor (cf. art.º 122.º).

A proibição da prova tem a ver com a sua inadmissibilidade no processo. Os elementos recolhidos por métodos proibidos de prova não poderão por via de regra ser ali valorados. O art.º 126.º descreve métodos proibidos da prova, ferindo de nulidade as provas deles resultantes; o seu n.º 1 refere-se a provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensas da integridade física ou moral das pessoas, não podendo ser utilizadas, enquanto o n.º 3 considera igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

Releve-se que, no caso do n.º 1, as provas, sempre inválidas, não poderão nunca ser utilizadas, mesmo com o consentimento do titular, porque contendem com a dignidade e integridade física ou moral das pessoas, que são bens jurídicos indisponíveis para o seu titular; 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 da arguição do interessado, ficando sujeito à disciplina dos art.º 120.º e 121.º do Código de Processo Penal.

Referindo-se ao disposto nos n.º 1 e 3 do art.º 126.º do Código de Processo Penal, escreve M. Maia Gonçalves, “Meios de Prova, Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal”, 1989, página 195:

(...) "Trata-se, em meu entender, 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.º 119.º, o está neste art.º 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 art.º 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 de algum modo à vontade do titular do interesse ofendido e ao princípio **volenti non fiat injuria** [...]".

Também o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 23-4-1992, entendeu que "a nulidade da busca domiciliária, não se integrando no art.º 119.º (...) se assume como nulidade relativa e, nos termos do art.º 120.º, n.º 3 (...) como nulidade de arguição sujeita a prazo" (Boletim do Ministério da Justiça n.º 416-536 e seguintes).

Igualmente neste sentido vão Paulo Pinto de Albuquerque, "Comentário do Código de Processo Penal", anotações 3, 4 e 5 ao art.º 126.º, e os Magistrado do M.º P.º do Distrito Judicial do Porto, nos seus comentários e notas práticas ao mesmo preceito legal, Código de Processo Penal, Coimbra Editora, págs. 324, 325 e 329.

Concluímos, pois, que, no caso concreto dos autos, as provas recolhidas através de busca domiciliária levada a cabo no quarto «onde ultimamente o arguido tem pernoitado», sito na residência que fica na Rua Frei Amador Arrais..., em Beja, sem autorização da competente autoridade judiciária, nem com o consentimento do visado, o arguido L.C., são nulas.

Acontece, porém, que tal nulidade não podia ter sido conhecida e declarada oficiosamente pelo Senhor Juiz de Instrução Criminal como o foi, mas só se tivesse sido invocada pelo arguido (sendo certo que sobre o respectivo prazo de arguição rege o disposto no art.º 120.º, n.º 3, e que o sucesso de tal arguição de modo algum estará ou estaria garantido).

Termos em que, julgando procedente o recurso, se decide revogar o despacho na parte sob censura, parte a qual deverá ser substituída por outra que, nos termos acima expostos, valide a busca em apreço.

Sem tributação.

#

Évora, 17-09-2009

(elaborado e revisto pelo relator)

Martinho Cardoso

António Latas

[1] No mesmo sentido: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8-2-1995, Boletim do Ministério da Justiça n.º 444-358 ou Colectânea de Jurisprudência dos acórdãos daquele Tribunal, 1995, I-194; e acórdão da Relação de Lisboa de 22-10-2008, relatado pelo Ex.mo Desembargador Carlos Almeida, disponível em www.dgsi.pt.