

TUTELA DA VIDA PRIVADA E PROCESSO PENAL

REALIDADES E PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS

Maria Fernanda Palma

I

Realidades da tutela da vida privada no âmbito do Processo Penal: a tensão valorativa e o modo de solução constitucional

1. Quais as realidades, no que concerne à protecção jurídica da vida privada, que constituem a nossa contemporaneidade? Quais as perspectivas constitucionais que lhes dão resposta ou que são reclamadas por essas realidades?

É com estas duas questões no horizonte que se realizará a análise seguinte. Tal análise parte do reconhecimento de uma profunda tensão, se não conflito, entre o apelo à preservação de um espaço íntimo de livre realização de si mesmo e de expressão da respectiva identidade e um outro apelo, aparentemente antinómico, de protecção da segurança e de realização da justiça em matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal, que reclama intrusão, exposição e controlo da pessoa pelo sistema jurídico.

Exemplo dessa tensão é a questão suscitada perante vários tribunais constitucionais europeus pelos *diários íntimos* e outros documentos privados, em que a recolha da prova no Processo Penal se faz à custa de uma invasão das confidências e reflexões sobre si mesmo que o arguido realiza em momentos anteriores à prática de crimes. A possibilidade de utilização de tais meios de

prova em Processo Penal surge, então, como um obstáculo a que cada pessoa possa afirmar, utilizando a inspiração de PAUL CLAUDEL, que é um “palácio esplêndido”. Mas o “palácio esplêndido” do psicopata ou do delinquente elevadamente perigoso, tão escuro e terrível, merecerá ser preservado? Em nome de que valores? Não o fazendo, por outro lado, aceitamos a onnipresença do Processo Penal, em todos os actos da nossa vida íntima, cumprindo a máxima hegeliana de que é no Estado que a própria ideia de pessoa e de que há um “em si mesmo” se objectiva, passa do estado privado de consciência de si para uma realidade inter-subjectiva e adquire reconhecimento geral.

Como tem sido resolvida esta tensão no pensamento contemporâneo, em geral, e que soluções jurídicas lhe têm sido dadas?

Comecemos por abordar as formas de pensamento, recortando três caminhos, para depois analisarmos a jurisprudência constitucional portuguesa.

2. O primeiro caminho será designado como o do pensamento antinómico. Segundo ele, só é possível uma opção – um Direito Processual Penal da presunção da inocência absoluto ou ilimitado, em que a protecção da privacidade é o valor supremo ou, numa lógica inversa, um pensamento da supremacia da verdade e, simultaneamente, da segurança preventiva. Um tal tipo de pensamento dispensa ponderações, porque parte da eleição prévia de um valor supremo. A Constituição revelaria, ou pelo menos deveria revelar, numa posição menos vinculada ao direito positivo, qual destas ideias prevalece e todo o Processo Penal seria subordinado à ideia deduzida da Constituição (real para alguns ou ideal para outros).

Um segundo caminho é o do pensamento conciliador e de ponderação, mais relativista, em que a prevalência da reserva da intimidade da vida privada ou, em contraposição, da realização da justiça e da segurança depende do modo

concreto como o conflito se impõe, da dimensão em que a reserva da intimidade é afectada e da necessidade de protecção reclamada pelos outros valores. Resolve-se o conflito pela sobreposição de um dos valores, em função de critérios como a proximidade do perigo de lesão do bem jurídico, a extensão e a intensidade da lesão do valor ou do interesse, procurando sempre maximizar a realização de todos os valores conflituantes. Em princípio, a total supressão de uma dimensão última e profunda dos valores é rejeitada, sendo preferida uma realização menos perfeita dos valores conflituantes. A reserva da intimidade da vida privada, no seu núcleo mais profundo, é protegida à custa de uma cedência na realização da justiça, mas uma afectação da área de privacidade não íntima é sacrificável à realização da justiça. Assim acontecerá, nessa perspectiva, no levantamento do sigilo bancário para obtenção de prova em Processo Penal, mas também, no caso de uma afectação da área íntima mais profunda, para provar os factos e realizar a justiça, no caso de acesso a certos aspectos confessionais de um diário, em que se relatam apenas factos, mas que não seja destrutivo da identidade da pessoa.

A ponderação, nesta lógica, traduz-se num processo de realização de todos os valores em concreto em que um deles apenas se sobrepõe, não por ser em abstracto mais valioso – em abstracto são todos igualmente valiosos –, mas por ser, em concreto, afectado numa dimensão mais radical, próxima da sua supressão objectiva na ordem jurídica. A possibilidade de existirem conflitos insolúveis nesta via é, porém, sempre uma hipótese, em casos extremos de impossibilidade de harmonização ou de subsistência absoluta de um dos valores.

Por último, conceber-se-ão vias superadoras em que a ponderação é substituída por um pensamento dialéctico, de síntese de valores e de redução de cada valor a outros valores superiores ou a denominadores comuns. Por exemplo, a segurança e a realização da justiça podem ser pensadas como dimensões pessoais ou condições de realização da pessoa paralelas à intimidade da vida

privada ou da mesma natureza. Assim, a realização da justiça pode ser associada à satisfação da reserva de intimidade da vida privada e a segurança à protecção de potenciais vítimas. Será uma reformulação das perspectivas de valor que dará enquadramento aos juízos decisórios.

Nesta via, a redução do conflito a um padrão valorativo comum, uma mesma linguagem de valores, torna possível explicar a supremacia de um valor em função da própria essência de um outro. Por exemplo, a abertura de um cofre, de um diário ou das mensagens de um telemóvel, apesar de afectar a pessoa, poderá justificar-se ainda numa lógica de protecção directa de bens pessoais, tais como a prevenção de futuros crimes ou a reparação da ofensa da vítima através da realização da justiça. É, afinal, o mesmo valor, num plano geral, que justifica a violação, embora relativamente a outro titular dos bens em colisão.

Todas estas perspectivas sugerem a questão de a justiça constitucional poder seguir vários caminhos ou, preferencialmente, algum deles. Este é um primeiro problema metodológico, cuja resposta não depende apenas do texto constitucional, mas que se joga no terreno de uma teoria da Constituição¹.

Será a propósito da natureza das questões suscitadas à jurisprudência constitucional portuguesa que se analisará a ou as metodologias de decisão constitucional sobre a tutela da vida privada no Processo Penal.

¹ Como problema específico de fundamentação do discurso constitucional interpretativo. Cf., no pensamento português, GOMES CANOTILHO, Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., p. 1333 e ss.. Cf., ainda, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., 2004, p. 285 e ss., MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3ª ed., 2000, p. 328 e ss.. Veja-se, nestes autores, a bibliografia citada. Cf., também, no pensamento clássico sobre a ponderação de valores, HUBMANN, Heinrich, *Wertung und Abwägung im Recht*, 1977, p. 20 e ss..

II

Problemas e limites da tutela da vida privada no Processo Penal: sistematização das questões suscitadas

3. As principais questões tratadas pela jurisprudência constitucional referem-se a meios de prova e métodos de prova previstos na lei processual penal (como escutas telefónicas, buscas domiciliárias, diários íntimos, reconhecimentos, exames periciais, acções encobertas).

O Direito Processual Penal português distingue os meios de obtenção de prova dos meios de prova (artigos 171º e ss. e artigos 126º e ss. do Código de Processo Penal), na medida em que os primeiros são as actividades, métodos ou caminhos de alcançar a prova e os segundos constituem o substrato dos juízos indiciários ou definitivos sobre o objecto do processo (na primeira hipótese, sobre a aplicação de medidas de coacção, a acusação ou a pronúncia, na segunda hipótese, sobre a inocência ou a culpabilidade do arguido).

De qualquer forma, métodos de obtenção de prova como as escutas telefónicas e meios de prova como as perícias suscitam problemas similares de conflito entre a tutela da privacidade e a investigação, a descoberta da verdade e a prevenção de futuros crimes.

No Código de Processo Penal português, configura-se um dualismo entre proibições absolutas de métodos de prova (artigo 126º, nºs 1 e 2) e a proibição constante do artigo 126º, nº 3, relativamente às provas obtidas mediante a intromissão na vida privada, a qual apenas se impõe no caso da inexistência de consentimento. Por outro lado, a Constituição assegura no artigo 32º, nº 8, que são nulas todas as provas obtidas “mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa” acrescentando logo “abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

O direito à reserva da intimidade da vida privada é reconhecido como direito, integrado no Capítulo I do Título II, Direitos, liberdades e garantias pessoais, sendo assegurado no artigo 26º, nº 2, que “a lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”.

Por seu turno, a Constituição garante a inviolabilidade de domicílio no artigo 34º, admitindo importantes reservas em matéria de direito criminal. Permite-se a entrada no domicílio sem consentimento, “ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e formas previstos na lei” (artigo 34º, nº 1) e *a contrario*, admite-se “a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação”, nos casos previstos na lei processual penal (artigo 34º, nºs 1 e 4). Admite-se, hoje, ainda, expressamente a entrada no domicílio, sem consentimento, durante a noite, após a Revisão Constitucional de 2001, nas situações 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 (artigo 34º, nº 3).

4. Na apresentação dos problemas e orientações da jurisprudência constitucional seleccionarei alguns grupos de casos mais relevantes:

A – Casos de escutas telefónicas, em que a jurisprudência discute sobretudo qual é o grau de fiscalização jurisprudencial exigido pela Constituição (artigos 32º, nº 2, e 34º da Constituição) e com menos destaque a relação entre a restrição da privacidade e os objectos pretendidos.

B – Casos de buscas domiciliárias, em que a jurisprudência discute o conceito de domicílio e de titularidade do domicílio. Realiza uma distinção entre o direito de propriedade ou outros direitos reais e os direitos de personalidade e fixa o espaço ideal da privacidade – o domicílio – para além do coincidente com um qualquer direito real.

C – Casos dos diários íntimos, em que a jurisprudência desenvolveu a distinção entre a legalidade das diligências probatórias, das próprias buscas, e a ponderabilidade da utilização como meio de prova dos objectos nelas recolhidos, quando eles dizem respeito à vida íntima do visado.

D – Casos dos reconhecimentos, em que a jurisprudência discute, actualmente, sem decisão formada, a relevância do direito à imagem de terceiros cujas fotografias sejam utilizadas ao serviço da descoberta da verdade.

E – Casos de obtenção de provas que envolvam o corpo ou comportamentos envolvendo o corpo dos visados, em que a jurisprudência discute a adequação do meio para a recolha de prova e para os fins de prevenção criminal (Acórdãos nº 319/95², nº 355/97³, e nº 256/2002⁴).

F – Casos de violação do sigilo bancário ou de segredos profissionais, em que o Tribunal Constitucional tem admitido tratar-se de matéria de reserva de lei, dependente de Lei da Assembleia da República ou de autorização legislativa e, igualmente, do ponto de vista da inconstitucionalidade material, se tem discutido a adequação, a proporcionalidade e as garantias com que a restrição é efectuada (cf., por exemplo, os Acórdãos nºs 278/95⁵ e 602/2005⁶).

² D.R., II Série, de 2 de Novembro de 1995. Todos os acórdãos citados podem ser consultados em www.tribunalconstitucional.pt.

³ D.R., I Série-A, de 7 de Junho de 1997.

⁴ D.R., I Série-A, de 8 de Julho de 2002.

⁵ D.R., II Série, de 27 de Julho de 1995.

G – Casos de acções encobertas, em situações de criminalidade grave e organizada, em que se discute os limites da acção do Estado na prossecução da justiça, nomeadamente perante a “inviolabilidade da vida privada” (cf. Acórdãos n.ºs 578/98⁷ e 76/2001⁸).

5. A análise dos casos revela-nos os modos concretos como a jurisprudência constitucional foi interpelada sobre o direito à intimidade da vida privada. Em geral, pode dizer-se que os recorrentes sustentaram um conceito de direito à tutela da vida privada como pura esfera da *privacy*, sem cambiantes. O Tribunal Constitucional, por seu turno, na solução oferecida impôs algumas diferenciações. Distinguiu, por exemplo, o direito a ser o próprio a regular, livre de ingerências estatais e sociais, uma esfera inviolável, onde ninguém deve penetrar sem autorização do respectivo titular e o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante autorização do interessado (Acórdão n.º 128/92⁹).

Por outro lado, caracterizou-se o espaço próprio inviolável num sentido mais pessoal, como abrangendo a *vida familiar*, a *relação com outras esferas de privacidade como, por exemplo, a amizade, o lugar próprio da vida pessoal e familiar (o lar ou domicílio)* e os meios de expressão e de comunicação privados, tais como a correspondência, o telefone e as conversas orais (Acórdão n.º 355/97). A vida patrimonial, todavia, foi mantida ainda na esfera de uma reserva da intimidade da vida privada, enquanto revele (através do sigilo bancário, por exemplo) aspectos da vida do cliente ou pelo menos como “reserva de uma parte

⁶ D.R., II Série, de 21 de Dezembro de 2005.

⁷ D.R., II Série, de 26 de Fevereiro de 1999.

⁸ D.R., II Série, de 8 de Outubro de 2001.

⁹ D.R., II Série, de 24 de Julho de 1992.

do acervo patrimonial” (Acórdão nº 602/2005).

O Tribunal Constitucional veio estabelecer mesmo uma diferenciação entre aspectos que relevam para uma esfera intimíssima, inviolável, conexcionada intrinsecamente com a dignidade da pessoa humana, e aspectos susceptíveis de ponderações em confronto com outros valores, envolvendo uma área menos absoluta, em que a própria protecção da vida privada depende de juízos ponderativos com o interesse público.

A relação deste conceito complexo de tutela da vida privada com o Processo Penal foi equacionada, sobretudo, no Acórdão do Tribunal Constitucional que versou sobre a utilização como meio de prova de diários íntimos do arguido apreendidos em buscas policiais em matéria de crimes de abuso sexual de crianças (Acórdão nº 607/2003¹⁰). Aí o Tribunal Constitucional, interpretando a jurisprudência anterior, e na base de extensa análise das tensões doutrinárias, entre uma lógica consequencialista e ponderativa e uma lógica essencialista sobre a reserva da intimidade da vida privada, afirmou que o direito à reserva da intimidade da vida privada não deixa de redundar na tutela jusfundamental de uma “esfera pessoal íntima” (cf. Acórdãos nºs 466/93¹¹ e 355/97) e “inviolável” (cf. o Acórdão nº 319/95), de um núcleo mínimo onde ninguém penetra salvo autorização do próprio titular (cf. Acórdão nº 264/97¹²). Todavia, não retirou desta premissa a consequência de uma protecção ilimitada de uma qualquer esfera, identificada previamente e em abstracto, mas apenas a proibição de ponderações que conduzissem ao aniquilamento total da manifestação da dignidade da pessoa humana em casos concretos. Disse, assim, que “a densificação material e axiologicamente fundada de uma intromissão na

¹⁰ D.R., II Série, de 8 de Abril de 2004.

¹¹ D.R., II Série, de 27 de Outubro 1993.

¹² *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 36º, p. 749 e ss..

reserva da vida privada – que *qua tale* se afirma constitucionalmente vedada – não pode dispensar, como *definiens*, a consideração do limite, ineliminável e intransponível, da *dignidade* e da *integridade da pessoa humana*” e acrescentou “os interesses gerais da investigação e da prossecução da justiça penal terão de ser sacrificados sempre que contendam com esta reserva absoluta da personalidade”.

A orientação fundamental que se retira deste último Acórdão é um critério dinâmico de restrição de ponderações limitativas da dignidade da pessoa humana envolvidas na intimidade da vida privada, em função da dimensão do caso. E, a par desse critério restritivo, o Tribunal Constitucional utiliza também um outro, ampliativo, igualmente dinâmico, em função do caso concreto, centrado em ponderações de adequação e justificação da intromissão e na relação da matéria atingida com os aspectos do direito à reserva da intimidade da vida privada. Não se excluem, assim, métodos ou meios de prova, sem mais. Por exemplo, nem a apreensão de diários íntimos nem a sua utilização são proibidas em si mesmo, mas também não basta a admissão legal da utilização de tais métodos de obtenção de prova sem uma ponderação sobre a natureza do seu conteúdo e a extensão da restrição alcançada.

A reserva da vida privada surge, conseqüentemente, na jurisprudência constitucional como um conceito que não radica apenas na sede constitucional directa, o artigo 26º, nº 1, da Constituição, mas que envolve outros direitos fundamentais, associado à integridade pessoal, artigo 25º da Constituição, e à dignidade da pessoa humana, artigo 1º da Constituição, e, como se verá, a direitos como o direito à imagem.

O sentido essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada para a jurisprudência do Tribunal Constitucional português é o de um direito fundamental cujo conteúdo é a afirmação de um espaço próprio de “pessoalidade”. Tal afirmação terá uma dimensão mais essencial ou menos

essencial, conforme a maior intensidade da conexão com outros direitos fundamentais. O direito de reserva da intimidade da vida privada manifesta-se como direito de excluir os outros e o Estado desse espaço bem como de impedir a divulgação dos conteúdos mantidos nesse espaço.

A tutela e as restrições da reserva da vida privada não dependem de meras ponderações do valor de privacidade com o interesse público nem de uma lógica estática de esferas violáveis e invioláveis, mas de critérios dinâmicos que consideram, nos casos concretos, a repercussão noutros direitos fundamentais de eventuais restrições e a adequação e a justificação desses restrições em função dos fins visados.

6. Nos vários grupos de casos atrás destacados, desenvolvem-se, em manifestações concretas, os critérios de afirmação do direito à reserva da intimidade da vida privada e das suas restrições.

a) Assim, na matéria das escutas telefónicas, o Tribunal Constitucional tem sido confrontado com três questões fundamentais, a propósito do artigo 181º do Código de Processo Penal: a questão da exigência legal da apresentação imediata ao juiz de auto de que conste a intercepção e gravação das conversações e comunicações telefónicas; a questão do espaço temporal admissível entre a autorização da escuta, o seu início e a apresentação ao juiz que a autorizou do seu resultado; e a questão do controlo efectivo pelo juiz das próprias escutas telefónicas.

É certo que à tutela da vida privada é sobreposto, nestas formulações, o controle jurisdicional efectivo das escutas como garantia de um poder independente da acusação, porém não deixa de estar subjacente a essa mesma questão a perspectiva de que uma escuta, temporalmente longa na sua execução e

sem controle judicial imediato e efectivo, anula o direito à reserva da vida privada ou restringe-o desproporcionadamente, mesmo que autorizada e controlada jurisprudencialmente.

O Tribunal Constitucional tem desenvolvido uma jurisprudência muito próxima do caso concreto em que são divisáveis os seguintes critérios de validade constitucional das escutas:

1º – A intromissão na vida privada através das escutas telefónicas ou meios equivalentes (artigos 188º, nº 1, do Código de Processo Penal) está estritamente dependente de autorização judicial prévia ou pelo menos da validação posterior da determinação do Ministério Público ou dos órgãos de polícia criminal (Acórdãos nºs 407/97¹³ e 4/2006¹⁴) e de efectivo acompanhamento judicial na sua execução, não se admitindo escutas administrativas.

Disse o Tribunal dever tratar-se de um “acompanhamento próximo” e de um “controle de conteúdo” das conversações (cf. Acórdãos nºs 407/97 e 4/2006) com a dupla finalidade de fazer cessar escutas que se revelem injustificadas ou desnecessárias e de “submeter a um *crivo* judicial prévio a aquisição das provas obtidas por esse meio.”

2º – Não é exigência constitucional, como disse o Tribunal, que “toda a operação tenha de ser materialmente acompanhada por um juiz”, mas apenas que funcione uma articulação adequada entre os poderes de controlo e de execução. Assim o requisito inultrapassável é o de que o juiz tenha acesso às fitas gravadas ou elementos análogos, admitindo-se que a transcrição das escutas seja determinado pelo juiz apenas na base da “leitura de textos contendo a sua

¹³ D.R., II Série, de 18 de Julho de 1997.

¹⁴ D.R., II Série, de 14 de Fevereiro de 2006

reprodução, que lhe foram espontaneamente apresentados pela Polícia Judiciária, acompanhados das fitas gravadas ou elementos análogos” (Acórdão nº 426/2005¹⁵).

3º – A sujeição às escutas só é justificada num lapso temporal mínimo e proporcionado. Isto significa várias coisas:

- A não criação de uma dependência de meros critérios de oportunidade policial quanto ao início da intervenção após a autorização judicial (Acórdão nº 4/2006), impedindo-se a concessão de cartas em branco à autoridade policial.
- A aceitação de critérios técnicos como justificação do protelamento do início do cômputo do prazo para a efectivação da intercepção, mas apenas se não resultar “uma restrição intolerável dos direitos de privacidade dos arguidos” (cf. Acórdão nº 4/2006).
- A admissibilidade de períodos de escuta sem prazo determinado desde que não desproporcionado. No entanto, o Tribunal nunca enfrentou directamente a questão da inconstitucionalidade da ausência, na lei processual, de um prazo legal máximo.
- A admissibilidade de um espaço de tempo entre o fim das gravações (ou de fases delas) e a apresentação ao juiz do respectivo auto, sem prazo máximo rígido, mas justificado pelos condicionalismos concretos.

Por outro lado, também não é exigência constitucional, em face dos valores conflituantes, que os conteúdos gravados considerados com interesse para a prova sejam imediatamente desmagnetizados, na perspectiva do “acautelamento dos interesses do arguido e das pessoas escutadas” e na base do

¹⁵ D.R., II Série, de 5 de Dezembro de 2005.

respeito do “dever de sigilo a que estão obrigados todos os participantes na operação” o qual “perdura mesmo para além do termo da fase secreta do processo” (cf. Acórdão nº 4/2006). Assim, o referido Acórdão veio dizer que se poderia considerar até “constitucionalmente inadmissível” a privação da possibilidade “que a imediata desmagnetização da gravação logo após a audição pelo juiz acarretaria de a defesa requerer a transcrição de passagens das gravações, não relacionadas pelo juiz que repute relevantes para a descoberta da verdade”.

b) As buscas domiciliárias também têm sido objecto de intervenção do Tribunal Constitucional, permitindo uma importante delimitação do conceito de domicílio, como espaço de protecção da pessoa.

O problema mais significativo abordado pelo Tribunal Constitucional português foi o de saber se a inviolabilidade do domicílio poderia ter como objecto um espaço integrado na propriedade e domicílio alheios. Assim, no Acórdão nº 507/94¹⁶, o Tribunal Constitucional entendeu que o quarto que uma pessoa utiliza na habitação de outrem, mesmo na dos seus pais, é um espaço sobre o qual só ela tem plena disponibilidade e que constitui objecto da reserva da intimidade da vida privada. Deste modo, a exigência de consentimento para penetrar nesse espaço pela polícia para realizar buscas e eventual apreensão de objectos só pode ser dada pela pessoa visada, nos casos em que tal consentimento seja imprescindível.

Assim o Tribunal entendeu, de uma forma muito clara, que sendo o “domicílio uma projecção espacial da pessoa que reside em certa habitação, uma forma de uma pessoa afirmar a sua dignidade humana”, no caso de várias pessoas partilharem a mesma habitação deve ser exigido o consentimento de todas, nunca

¹⁶ D.R., II Série, de 12 de Dezembro de 1994.

se prescindindo do consentimento de quem seja visado pela medida de busca domiciliária, não bastando a disponibilidade por outrem daquele espaço. Segundo o Tribunal, esta exigência resulta do artigo 34º, nº 2, da Constituição.

A mesma preocupação em delimitar o domicílio para além de uma autonomia física ou espacial como espaço criado pela pessoa para estar consigo mesmo e a sua família se encontra na declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral, proferida pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização abstracta, relativamente a uma norma do Regulamento Geral do Serviço da Guarda Republicana, na parte em que permitia as buscas nos segmentos habitacionais dos grupos e caravanas de pessoas nómadas (Acórdão nº 452/89¹⁷). O Tribunal definiu, mesmo, nesse Acórdão o objecto da inviolabilidade de domicílio como um espaço fechado e vedado a estranhos, onde recatada e livremente se desenvolve toda uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar. Assim, as *roulottes* de nómadas “estacionadas ou em trânsito” foram consideradas objecto de direito à inviolabilidade de domicílio, o qual foi, na verdade definido em função da reserva da vida privada e familiar.

A dificuldade na delimitação deste espaço em áreas anexas ao domicílio como garagens ou outros espaços semelhantes não chegou a ser equacionada (embora tenha sido questão suscitada), por razões processuais, pelo Tribunal Constitucional, mas a jurisprudência citada deixa em aberto tais questões, remetendo para uma lógica da relação em concreto entre os hábitos socialmente reconhecíveis dos visados e a ideia de um “espaço fechado e vedado a estranhos”.

Por outro lado, o facto de, no caso dos nómadas, uma declaração de voto de um dos membros do Tribunal ter admitido a distinção entre uma *roulotte*

¹⁷ D.R., I Série, de 22 de Julho de 1989.

“estacionada” e “em movimento” para efeitos de delimitação desse mesmo espaço levanta a dúvida significativa sobre se espaços atípicos, como automóveis, avionetas ou barcos, poderão constituir base relevante de uma inter-relação entre a inviolabilidade do domicílio e a reserva da vida privada.

Também, no Acórdão nº 364/2006¹⁸, foi assumido pelo Tribunal Constitucional que não bastava a prática de comportamentos íntimos para que um certo local fosse designado como domicílio (no caso, tratava-se de actos de natureza sexual entre indivíduos em quartos anexos a uma discoteca), exigindo-se a relação do domicílio com a residência. Nesse Acórdão, abre-se uma nova linha de abordagem do problema, em que, embora sem colisão com a anterior Jurisprudência, se veio a enveredar por um caminho delimitativo, associando expressamente a ideia de domicílio ao seu “sentido comum”.

Por último, note-se que, a jurisprudência constitucional sobre buscas nocturnas e em flagrante delito foi necessariamente posta em causa pela Revisão Constitucional de 2001. A partir da Revisão, passou a admitir-se a realização de buscas domiciliárias nocturnas em casos de flagrante delito, consentimento do visado e criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada (na legislação ordinária – artigo 177º, nº 1, do Código de Processo Penal – as buscas nocturnas são definidas como aquelas que se realizam entre as 21 h e as 7 h, sendo muito duvidoso que, mesmo em flagrante delito, sejam admissíveis pela lei ordinária as buscas nocturnas, mesmo conjugando a letra do Código de Processo Penal com uma lógica de causa de justificação).

No Projecto de Código de Processo Penal actualmente em discussão pública foi introduzida uma norma de sentido idêntico à da Constituição. Porém, num aspecto essa norma é de teor mais restritivo, porque só permite as buscas nocturnas, em caso de flagrante delito, quanto a crimes puníveis com pena de

¹⁸ De 8 de Junho de 2006, inédito.

prisão superior a três anos. Este Projecto de Revisão do Código de Processo Penal segue, nesta parte, um critério idêntico ao que é usado para a detenção em flagrante delito de deputados e magistrados; além disso, o referido Projecto introduz o conceito de criminalidade especialmente violenta, punível com pena de prisão igual ou superior a oito anos.

Importa notar, como se aludiu, que a Revisão Constitucional de 2001 terá feito caducar jurisprudência constitucional anterior quanto à necessidade de autorização judicial para as buscas domiciliárias. Essa jurisprudência, consubstanciada no Acórdão n.º 7/87¹⁹, em que o Código de Processo Penal de 1987 foi submetido a fiscalização preventiva da constitucionalidade, exigia a intervenção de juiz para ordenar buscas domiciliárias (diurnas) em caso de flagrante delito. Ora, para além dos problemas de aplicação prática que esta orientação suscitava, a letra do n.º 3 do artigo 34.º da Constituição, na versão de 2001, veio tornar claro que a autorização de juiz é dispensável nestes casos e, naturalmente, também nos casos de consentimento do visado.

c) Ainda em conexão com as buscas domiciliárias surge a matéria já referida dos diários íntimos em que o Tribunal Constitucional exprimiu, confrontado com a realização de buscas policiais com apreensão de um diário, num caso de suspeita de abusos sexuais de crianças, a distinção básica entre a ponderação legal que torna justificável a utilização deste meio de prova em geral e a exigência de uma avaliação em concreto, pelo juiz que autorizou as buscas, da necessidade e da possibilidade de utilização como prova dos conteúdos de tal meio de prova.

O Tribunal Constitucional entendeu, no Acórdão n.º 607/2003, que qualquer dispensa de uma ponderação seria inconstitucional, anulando a

¹⁹ D.R., I Série, de 9 de Fevereiro de 1987.

utilizabilidade de tal meio de prova. A avaliação sobre o espaço de intimidade revelado pelos textos apreendidos nas buscas e a conexão em termos de adequação e necessidade com a matéria investigada é segundo o Tribunal tarefa de preservação da intimidade da vida privada cometida ao juiz.

Negou-se, assim, como já se referiu, uma lógica puramente consequencialista em que os valores da investigação criminal justificariam sem mais, de modo formal, toda e qualquer penetração nesse espaço íntimo e admitiu-se que deve existir uma adequação à natureza da investigação, considerando, por exemplo, o relato de factos e a relação com terceiros, preservando-se a área do diálogo consigo mesmo.

d) O Tribunal Constitucional português confronta-se ainda, presentemente, com a relação entre o direito à reserva da vida privada e o direito à imagem em matéria de utilização de fotografia de pessoas não arguidas ou mesmo não suspeitas para fins de investigação criminal e produção de prova.

Está em causa a elaboração pela autoridade que conduzia a investigação criminal de uma colecção de fotografias, em que pessoas conhecidas do público, políticos e actores, apareciam inseridas num álbum, conjuntamente com os suspeitos ou arguidos, a fim de que, através do reconhecimento as vítimas identificassem os agentes de abusos sexuais.

Os problemas que aqui se manifestam, independentemente da especificidade do caso concreto, são, por um lado, se a imagem de uma pessoa pode sem o seu consentimento ser utilizada para a investigação criminal, por outro lado, se pode ser mantida no processo mesmo após o termo da fase secreta, quando o processo se torna público.

A questão tem sobretudo interesse, neste contexto, por o direito à imagem surgir associado ao direito à reserva da intimidade da vida privada, na medida em que a imagem da pessoa é utilizada em conexão com o seu comportamento

sexual suscitando uma interpelação da sociedade sobre essa esfera do visado que não é, na verdade, sequer suspeito da prática de qualquer crime. O direito à imagem assume, assim, na confluência com a reserva da vida privada uma dimensão específica e impõe-se a ponderação sobre se, no Processo Penal, a vida privada de terceiros pode ser, sem o seu consentimento, restringida, como meio de averiguação da verdade dos factos.

Por outro lado, existe um certo paralelismo entre este tipo de situações e aquelas em que, por exemplo, em matéria de escutas, são interceptadas comunicações de não suspeitos. Tal problema, porém, não foi nunca suscitado perante o Tribunal Constitucional, apesar de ter sido discutido na sociedade portuguesa.

e) A invasão da reserva da vida privada associa-se, igualmente, aos direitos sobre o corpo, nos casos de testes obrigatórios de alcoolemia sobre o ar expirado de que o Tribunal já tratou (cf. *supra*, p. 7).

As questões tratadas revelam, porém, uma afectação periférica do corpo e da vida privada, tendo o Tribunal Constitucional, aliás, afirmado que tais testes deixariam salvaguardados os aspectos relacionados com hábitos dos visados (assim se referiu no Acórdão nº 319/95) e que não se trata, com o teste de pesquisa de álcool, de devassar os hábitos da pessoa do condutor no tocante à ingestão de bebidas alcoólicas, mas sim e tão-só (recorde-se) de recolher prova perecível e de prevenir a eventual violação de bens jurídicos, concentrando-se, apenas, nos factos objectivos justificados com a prova e a prevenção.

A utilização de meios de prova que envolvam o corpo do visado, de modo mais profundo, como a utilização de sangue, sémen ou células corporais, nunca foi abordada pelo Tribunal Constitucional, sendo esse um território novo em que os critérios de ponderação que sobrepõem o interesse público às restrições da privacidade do corpo não têm aplicação directa, na perspectiva da intervenção

sobre o corpo (nestes casos mais invasiva), mas em que a questão da privacidade pode ter alguma similitude.

f) Ainda quanto à relação da privacidade com o corpo ou comportamentos íntimos surgem os casos de segredo médico e da revelação de dados sobre a saúde da pessoa, que a jurisprudência constitucional tem tratado fora do âmbito criminal, mas que também se poderão vir a reflectir nesse âmbito. Quanto a essa matéria, existe uma linha jurisprudencial afirmativa quanto à inclusão na reserva de lei das normas referentes a tal matéria (Acórdão nº 355/97). Também, fora desta área, no que se refere ao segredo bancário e situação económica do cidadão é clara a sua inserção no âmbito do direito de reserva à intimidade da vida privada, mas para afirmar a necessidade de as restrições previstas serem objecto da lei da Assembleia da República ou do Governo (cf., por exemplo, Acórdão nº 355/97) sob autorização legislativa. Porém, no que se refere à ponderação das restrições, a jurisprudência constitucional, revela admitir, como *obiter dictum*, uma lógica de mera ponderação de valores, em que se advinha a utilização de critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade para justificar restrições.

g) Finalmente, a matéria das acções encobertas não foi directamente confrontada com a reserva da intimidade da vida privada, mas sobretudo com os princípios do Estado de Direito, como a ideia de lealdade processual (Acórdãos nºs 578/98 e 76/2001). Porém, o Tribunal não deixou de abrir, teoricamente, um campo discursivo que afronta tal problema, ao dizer que “a verdade material não pode conseguir-se a qualquer preço: há limites decorrentes do dever de respeito pela integridade moral e física das pessoas; há limites impostos pela inviolabilidade da vida privada, do domicílio, da correspondência e das telecomunicações”.

III

Perspectivas constitucionais

7. A análise anterior da jurisprudência constitucional sobre a tutela da vida privada e o Processo Penal permite desenhar algumas perspectivas constitucionais para uma futura discussão e futuras abordagens que se antevêm.

Tais perspectivas centram-se nas seguintes grandes questões:

1. Até que ponto ou sob que aspectos a reserva da vida privada merece uma protecção absoluta ou deve ser inatingível, se alguma vez o deve ser?
2. A ponderação da reserva da vida privada com outros valores obedece a que critérios? Valoriza a gravidade do crime, as necessidades preventivas, nomeadamente de protecção de potenciais vítimas, ou o interesse para a descoberta da verdade?
3. Os valores do Processo Penal admitem o sacrifício da reserva da vida privada de terceiros, não arguidos e não suspeitos?
4. As novas realidades de um direito penal das vítimas especialmente indefesas ou do crime organizado e do terrorismo, que reforçam o apelo ao direito à segurança, alteram significativamente o alcance da protecção constitucional da reserva da vida privada?

A estas interrogações foi dada até aqui uma resposta parcial pela jurisprudência constitucional, que se confrontou com casos nem sempre atinentes ao núcleo de tais problemas. Todavia, tendo sempre no horizonte questões de fundo, o Tribunal Constitucional português foi modelando critérios, por vezes, firmes, por vezes cautelosos, em que a tutela de reserva da vida privada tem sido protegida, tanto por si como na medida em que exprime necessidade de tutela de

outros direitos fundamentais conexos.

O caminho seguido tem sido o da maximização de todos os direitos envolvidos, tendo sido admitido, porém, que há uma área intangível da pessoa, expressão da sua dignidade, e que compreende o âmbito das relações consigo mesmo.

Por outro lado, também o interesse público não tem justificado automaticamente restrições da reserva da vida privada sem ponderações específicas de valores em confronto ou sem juízos de adequação e necessidade. Não poderemos, porém desconhecer as realidades contemporâneas da vida social interna e internacional, bem como os problemas que as novas tecnologias suscitarão inevitavelmente nos próximos tempos. Elas originam desde já reflexões constitucionais, em que não só a reserva da intimidade da vida privada poderá surgir com configurações surpreendentes, abrangendo espaços mais ideais e menos tradicionais, como também os critérios ponderativos da resolução de conflitos terão de integrar novos anseios de segurança pessoal e colectiva quanto à própria preservação de uma igual dignidade da pessoa humana.

ÍNDICE
DE
ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Nº 7/87, *D.R.*, I Série, de 9 de Fevereiro de 1987 (17*).
- Nº 452/89, *D.R.*, I Série, de 22 de Julho de 1989 (15).
- Nº 128/92, *D.R.*, II Série, de 24 de Julho de 1992 (8).
- Nº 466/93, *D.R.*, II Série, de 27 de Outubro 1993 (9).
- Nº 507/94, *D.R.*, II Série, de 12 de Dezembro de 1994 (14).
- Nº 278/95, *D.R.*, II Série, de 27 de Julho de 1995 (7).
- Nº 319/95, *D.R.*, II Série, de 2 de Novembro de 1995 (7, 9, 19).
- Nº 264/97, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 36º, p. 743 e ss. (9).
- Nº 355/97, *D.R.*, I Série-A, de 7 de Junho de 1997 (7, 8, 9, 20).
- Nº 407/97, *D.R.*, II Série, de 18 de Julho de 1997 (12).
- Nº 578/98, *D.R.*, II Série, de 26 de Fevereiro de 1999 (8, 20).
- Nº 76/2001, *D.R.*, II Série, de 8 de Outubro de 2001 (8, 20).
- Nº 256/2002, *D.R.*, I Série-A, de 8 de Julho de 2002 (7).
- Nº 607/2003, *D.R.*, II Série, de 8 de Abril de 2004 (9, 17).

* Os números entre parêntesis indicam as páginas onde cada um dos Acórdãos é citado.

Nº 426/2005, *D.R.*, II Série, de 5 de Dezembro de 2005 (13).

Nº 602/2005, *D.R.*, II Série, de 21 de Dezembro de 2005 (7, 9).

Nº 4/2006, *D.R.*, II Série, de 14 de Fevereiro de 2006 (12, 13, 14).

Nº 364/2006, de 8 de Junho, inédito (16).