

Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal

Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal

2015 • 2ª Edição, Revista, Actualizada e Ampliada

Francisco Marcolino de Jesus
Juiz Desembargador


ALMEDINA

OS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA EM PROCESSO PENAL

AUTOR

Francisco Marcolino de Jesus

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, nºs 76-80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almедina.net · editora@almедina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Março, 2015

DEPÓSITO LEGAL

Apesar do cuidado e rigor colocados na elaboração da presente obra, devem os diplomas legais dela constantes ser sempre objeto de confirmação com as publicações oficiais.

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

JESUS, Francisco Marcolino de

Os meios de obtenção de prova em processo

Penal. – 2ª ed. - (Monografias)

ISBN 978-972-40-5874-0

CDU 343

PREFÁCIO

O Dr. Francisco Marcolino de Jesus convidou-me para a honrosa tarefa de prefaciá-la esta obra, resultado da sua investigação de mestrado. Trata-se, por isso, da dissertação que apresentou na Universidade do Minho, no âmbito do Mestrado em Direito Judiciário. Este convite causou-me indisfarçada alegria por um punhado de razões.

Desde logo, por ter sido seu co-orientador, ao lado de um dos mais insígnis penalistas contemporâneos – falo, naturalmente, do Sr. Professor Manuel Costa Andrade –, o que já por si foi motivo de honra, porque ao Senhor Desembargador, como terei oportunidade de realçar adiante, são assestados justíssimos méritos, tanto intelectuais como profissionais, ao que se juntam reconhecidas virtudes humanas.

Além disso, como director do referido Mestrado, tive o gosto de testemunhar o esforço, ainda assim gozoso, que o Autor despendeu, ao lado de estudantes mais jovens e exclusivamente dedicados aos estudos, mas sem baixar os braços, compatibilizando as exigências da investigação com as responsabilidades profissionais, levando a tarefa a bom termo.

De tal modo, e aqui entra uma terceira razão, que se sujeitou a um júri exigente – para além dos orientadores, contou ainda com a participação do Senhor Professor Germano Marques da Silva, como arguente, e do Senhor Professor Fernando Conde Monteiro –, tendo prestado provas de elevado nível, a que correspondeu a distinta classificação de dezoito valores.

Acresce a tudo isto que falamos de um trabalho científico, realizado por um profissional profundamente conhecedor das aporias e das virtudes do sistema judicial, numa área que é actualmente das mais controversas, não só entre académicos e profissionais forenses, mas também quando, servindo de jargão político, envolve o homem da rua, conta-

giando e confundindo a turba. Falamos do processo penal, em particular, do tema específico que é o dos meios de obtenção da prova.

Pois, o Autor, fazendo a análise dessa delicada questão e com ela tentando ligar a influência da doutrina e da jurisprudência na evolução legislativa, acabou por nos trazer um trabalho de inegável préstimo, tanto para práticos do direito como para mais teóricos ou a necessitar de realizar estudos científicos nesta temática.

Para além de um capítulo inicial em torno de conceitos relacionados com o direito penal substantivo, concedendo ao leitor elementos essenciais para compreender o conceito material de ilícito e a sua relação com o Estado de Direito democrático e os direitos fundamentais, onde a tutela penal joga um papel de relevo, entra em seguida no processo penal. Aqui, numa primeira parte, procura revisitar criticamente os princípios estruturantes do direito processual penal, particularizando a fase de inquérito, onde com maior acuidade se faz sentir a relação entre os órgãos de polícia criminal, o ministério público e o juiz de instrução, sobretudo quando se trata de um problema de difícil harmonização como vem a ser o da obtenção da prova e da garantia dos direitos individuais.

Em seguida, entra o Autor na abordagem do tema central: a prova. Começa por um rigoroso e sistematizado enunciado de conceitos relacionados com a prova, não só desta *tout court*, mas também dos vários tipos de prova e das diversas acepções que esta pode ter – perfeita e imperfeita, directa e indirecta, pessoal e real. É de salientar aqui uma nota muito importante. Apesar de ser um problema conceptual, o Autor não o reduz à pura semântica. Nota-se que existe uma preocupação de expor o tema com uma forte ligação à experiência profissional de quem se preocupa em conceptualizar, mas fazendo-o com um interesse inegavelmente prático.

Apresenta-se-nos, em seguida, um capítulo principiológico do direito probatório, onde o Autor procura sistematizar criticamente os princípios que regulam a prova em processo penal, sobretudo a partir da Constituição, mas tendo em conta também os contributos doutrinários mais relevantes e a sua ligação com a jurisprudência.

Finalmente, o Autor enfrenta o tema crucial. Para além da distinção que se impõe entre meios de prova e meios de obtenção de prova, o Autor entra em seguida num trabalho de análise sistemática dos principais meios de obtenção de prova: os exames, as revistas, as buscas, as apreensões e as escutas telefónicas. Não se trata aqui, contudo, de uma mera exposição descritiva destes meios. Trata-se de uma análise à luz da juris-

prudência e da doutrina, com vista a compreender a evolução legislativa, não se afastando dos seus principais nós problemáticos.

A título exemplificativo, o Autor aborda com mestria, fruto não só do labor científico, mas certamente da experiência profissional, problemas relativos aos exames de ADN, no âmbito do tráfico de estupefacientes, para detecção de álcool, susceptíveis de ofender o pudor das pessoas. Mais adiante analisa os vários tipos de revistas e seus requisitos. Passa em seguida aos problemas sérios e intermináveis que as buscas, sobretudo as domiciliárias colocam, trazendo novidades interessantes quando se trata de buscas em escritório de advogado ou consultório médico, em estabelecimento oficial de saúde, em órgãos de comunicação social, que, como se pode imaginar, são tudo menos questões fáceis e consensuais. Igualmente, nas apreensões, não se coíbe de analisar os problemas postos por certos tipos de apreensão, como, por exemplo, as que ocorrem em escritório de advogado ou em consultório médico, em estabelecimento bancário, em poder de pessoas sujeitas e segredo, de cartões de telemóvel, para além, aqui, de tratar de questões relacionadas com a perda de objectos a favor do Estado, entre outras. O leitor encontrará aqui aspectos novos de temas já tratados, em alguns casos, mas, em outros, temas novos dentro da questão das apreensões, pelo menos na literatura portuguesa, postos com pertinência e com uma forte ligação à jurisprudência que seguramente virá a ser de muita utilidade para quem venha a defrontar-se com a necessidade de tratar estas questões no foro. E, finalmente, nesta panorâmica exemplificativa, convocamos alguns dos aspectos mais interessantes que o Autor trata dentro do tema sempre tão controverso que é o das escutas: para além dos requisitos de admissibilidade das escutas, a análise de questões difíceis relacionadas com escutas com restrições ou impedimentos – com o defensor, pessoas a coberto de segredo, de titulares de cargos políticos, com familiares e afins –, bem como a não menos relevante questão dos conhecimentos fortuitos e de investigação.

O Autor não se inibe de ir expressando ao longo do texto as suas convicções que muito contribuem para o enriquecer. Fazer aqui um levantamento dessas ideias tornaria este prefácio muito denso, quando verdadeiramente não é isso que se pretende.

Pode, no entanto, dizer-se que o Autor não deixa de se assumir como crítico de algumas soluções legais que têm sido encontradas, ainda que se reveja nas principais linhas de força que nortearam o CPP de 1987, ao mesmo tempo que, embora considerando a jurisprudência um elemento

essencial para a compreensão do tema, não deixa de exercer uma análise crítica, seja quando releva os aspectos positivos, seja quando enuncia os menos positivos. E não o faz apenas em relação à jurisprudência nacional. Convoca sempre que pode, em particular, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o que mais ainda ajuda a compreender a profundidade da matéria.

Se a tudo isto juntarmos o facto de ter trazido as principais referências bibliográficas que ao trabalho se impunha, pressupondo que se trata de uma Tese de mestrado, onde não se torna obrigatório ir a um nível mais elevado de trabalho de oficina ou de investigação bibliográfica, diremos que estamos em presença de um trabalho que, mais do que valer a pena prefaciá-lo, valerá a pena utilizar sempre que tivermos de nos confrontar com uma das temáticas mais complexas do processo penal que é a dos meios de (obtenção de) prova.

Muito mais importante que as palavras que aqui modestamente posso deixar, o que objectivamente atestará da inegável qualidade da presente obra é o facto de ela ter sido apreciada em provas públicas por um júri exigente e ter obtido uma classificação que, como já se referiu, é de grande relevo. Não é caso para menos se tivermos em conta o curriculum vitae do Autor, de aqui deixamos algumas notas.

Na verdade, o Mestre Francisco Marcolino de Jesus é um prestigiado Juiz-Desembargador em Comissão de Serviço no CSM. Licenciado em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa, Pós-graduado em Direito Judiciário pela Universidade do Minho é agora Mestre em Direito Judiciário pela mesma Universidade. Nos primeiros anos de vida profissional, ainda chegou a exercer funções de professor no ensino secundário, para além de gestor no sector privado e de representante do Ministério Público. Depois, ingressou na carreira da magistratura judicial, carreira que tem vindo a fazer em crescendo constante. Começou como Auditor no Centro de Estudos Judiciários, em 1980, para passar a exercer o cargo de Juiz de Direito em diversas comarcas, como Bragança e Macedo de Cavaleiros, vindo a ser Juiz-Presidente do Círculo Judicial de Bragança em 1992, Juiz de Direito destacado como Juiz-Auxiliar no Tribunal da Relação de Lisboa em 1998 e Juiz-Desembargador no Tribunal da Relação do Porto em 2000, no Tribunal da Relação de Guimarães em 2003, e novamente no Tribunal da Relação do Porto a partir de 2006. Desde Junho de 2010 é Inspector Judicial. As classificações de serviço do Autor, como Magistrado, oscilam entre Bom, no início da sua carreira, e o Muito

Bom, ainda como Juiz de Direito no Tribunal Judicial de Bragança, classificação que tem vindo a manter sucessivamente.

Foi ainda Magistrado Formador nos anos de 1996 a 1998, coordenador e palestrante de um conjunto de sessões de estudo sobre temas diversificados da actividade policial relacionados com o Código Penal e o Código de Processo Penal, desde Janeiro a Junho de 2001, no Comando da PSP de Bragança, especialmente dirigido a oficiais e chefes dessa Corporação. Valorizando constantemente a sua formação profissional e científica, participou em inúmeras sessões de estudo.

Por fim, mas não em último, é de salientar, ainda no âmbito do Mestrado que concluiu, o facto de o Sr. Desembargador Francisco Marcolino de Jesus, ter realizado trabalhos classificados com elevados valores em áreas tão diversas como a Teoria da Jurisdição e Organização Judiciária, o Direito Processual Civil, o Direito Processual Penal, o Direito Processual Constitucional e Internacional, o Direito Processual Administrativo e Processual Comunitário, o Direito das Crianças e dos Jovens, o Direito Processual do Trabalho e o Direito das Contra-Ordenações.

Para além do tudo quanto aqui ficou dito, impõe-se ainda uma reflexão conclusiva. O Senhor Desembargador é um exemplo de como se pode e deve fazer a ligação entre o saber académico e o saber prático, entre a universidade e o foro, não só porque se aventurou, depois de ter deixado os bancos da universidade há mais de duas décadas, a voltar à academia e a enfrentar o desafio de fazer uma tese que, só por si, para além da ocupação profissional que tem, não é fácil, mas também porque soube fazer a síntese perfeita do diálogo entre esses dois mundos, aparentemente distantes, mas que não podem deixar de estar unidos na realização do direito, o que o mesmo é dizer, na resolução dos casos concretos. Ora, o curso de Mestrado em Direito Judiciário foi pensado, entre outras coisas, para juntar académicos e profissionais do foro, com vista a uma discussão, por ambos, de questões do direito judiciário. O trabalho que aqui se apresenta é um bom exemplo de como isso, mais que possível, é desejável e de grande utilidade.

Braga, 15 de Novembro de 2010.

MÁRIO FERREIRA MONTE

Professor na Escola de Direito da Universidade do Minho