

To be or not to be: Empréstimo de prova, circulação de prova e verdade em processo penal^[*]

Inês Fernandes Godinho

*Professora Associada da Faculdade de Direito e Ciência Política
da Universidade Lusófona do Porto*

[*] O presente texto surge na sequência da participação, a convite da Senhora Prof. Doutora Maria José Capelo, no seminário sobre prova do Doutoramento em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Agradecemos penhoradamente à Prof. Doutora Maria José Capelo o convite que determinou o impulso para o estudo do tema, assim como as enriquecedoras conversas a este propósito que com ela pudemos ter, sendo, naturalmente, todas as incorrecções e imperfeições exclusiva responsabilidade nossa.

SUMÁRIO: PROLEGÓMENOS. I. A VERDADE E A PROVA EM PROCESSO PENAL. 1. Enunciados da prova. 2. A descoberta da verdade. 3. Verdade e processo penal. 4. “A imagem é um modelo da realidade”: a verdade processual e a prova. II. EMPRÉSTIMO DE PROVA E CIRCULAÇÃO DE PROVA. 1. Delimitação terminológica. 2. Prova emprestada. 3. Prova circulada. III. PROVA CIRCULADA: A DECISÃO EUROPEIA DE INVESTIGAÇÃO EM MATÉRIA PENAL. 1. Enquadramento. 2. A Lei n.º 88/2017, de 21 de Agosto. IV. PROIBIÇÕES DE PROVA E LIMITES AO RECONHECIMENTO MÚTUO: CONSIDERAÇÕES FINAIS.

PROLEGÓMENOS

A propósito da Decisão Europeia de Investigação, pensámos ser interessante referir alguns aspectos processuais como ponto de partida para uma reflexão sobre o processo penal, o empréstimo e a circulação de prova e, fundamentalmente, sobre o significado da verdade em processo penal.

Deste modo, procuraremos trilhar um percurso pautado por algumas paragens que permitam problematizar aquele que é o horizonte compreensivo da nossa análise, designadamente os limites ao reconhecimento mútuo no contexto da Decisão Europeia de Investigação impostos pelo regime das proibições de prova no Código de Processo Penal português (doravante, CPP).

Assim, elegemos as seguintes paragens: *i*) A verdade e a prova em processo penal; *ii*) Empréstimo de prova e circulação de prova; *iii*) a Decisão Europeia de Investigação; *iv*) Proibições de prova e limites ao reconhecimento mútuo.

I. A VERDADE E A PROVA EM PROCESSO PENAL

1. ENUNCIADOS DA PROVA

Não é possível compreender o sentido da prova senão associado a factos. O elo de ligação entre os factos e a prova é constituído pelos enunciados fácticos. A asserção dos enunciados fácticos como verdadeiros ou falsos é, assim, se quisermos, a finalidade da prova.

Ora, os enunciados fácticos, ainda que consubstanciando proposições declarativas, podem assumir elementos contextuais ou valorativos^[1]. Ou seja, o enunciado “*A mata B*”, ainda que seja uma descrição fáctica, poderá incluir elementos contextuais, por exemplo, se *B* for cônjuge de *A*, a relação entre *A* e *B* será contingente à regulação normativa do casamento em um determinado lugar.

Contudo, na medida em que a aplicação de normas depende da verificação da respectiva hipótese, no contexto do processo penal a suficiência do enunciado para a prova relevante não deve confundir-se com a suficiência da prova para o enunciado. Ou seja, o enunciado fáctico será suficiente na medida em que implique a necessidade de verificação de elementos típicos de um tipo legal de crime. Por outras palavras, o enunciado fáctico “*A teve uma relação extraconjugal com B*” não é suficiente para espoletar a intervenção

[1] MICHELE TARUFFO, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, in: *La Prueba – Artículos y Conferencias*, Santiago:

Ed. Metropolitana, 2009, pp. 41-72, p. 42 e s.; *idem*, *La Prueba de los Hechos*, Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 113 e s.

do direito processual penal, na medida em que a sua verificação não tem relevância penal. Inversamente, o enunciado “A mata B”, por assumir relevo enquanto facto ilícito-típico (artigo 131.º do Código Penal) já significará a intervenção do direito processual penal. Pode, todavia, não vir a ser suficiente a prova para aferir da veracidade do enunciado.

Assim, um enunciado fáctico, sendo jurídico-penalmente relevante, apenas determinará a aplicação da respectiva consequência jurídica se provada a sua veracidade. Mas a prova da veracidade do enunciado jurídico-penalmente relevante colide com a aplicação de outras normas – as processuais penais –, para as quais relevam outros enunciados. Dito de outro modo, a prova obedece a normas que, sendo independentes do tipo legal de crime em causa no respectivo processo, significam, outrossim, enunciados próprios, que poderemos indicar como enunciados de prova, os quais, encontrando-se limitados pelo objecto da prova (artigo 124.º do CPP^[2])^[3], visam a aferir da veracidade dos enunciados fácticos, subordinados ao princípio da legalidade da prova (artigo 125.º do CPP).

2. A DESCOBERTA DA VERDADE

É recorrente abrir um manual de direito processual penal para aí ser identificada, como uma das finalidades do processo penal, a descoberta da verdade^[4], caracterizada de “material”^[5], ou seja, uma ideia de “verdade real (histórica) dos factos”.

[2] Norma que serve, ademais, o cumprimento do princípio *nullum crimen sine lege*, na medida em que condiciona a possibilidade de prova aos tipos legais de crime e respectivos elementos. Assim, KLAUS VOLK, *Wahrheit und Materielles Recht im Strafprozess*, Konstanztanz: Universitätsverlag Konstanz GmbH, 1980, pp. 24-25.

[3] Limitação que não identificamos quanto aos enunciados fácticos *quae tale*, dado que estes reflectem pedaços da vida e do mundo, não estando, pois, limitados quanto ao objecto – ainda que possam, ou não, assumir relevância jurídica-penal.

[4] GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1, 2.ª ed., 2017, p. 24.

[5] MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 3.ª ed., 2021, p. 18.