COLEÇÃO Raciocínio Probatório

Coordenação:
VITOR DE PAULA RAMOS

OS FATOS NO DIREITO

Bases argumentativas da prova

MARINA GASCÓN ABELLÁN

Tradução:
RAVI PEIXOTO

Revisão:
VITOR DE PAULA RAMOS

2022

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Biblioteca Particular
Gustavo Badaró
Tombo Nº 10639

premissa menor[96]. É por isso que, nesses casos – mas também na determinação de fatos psicológicos, embora, nesse caso, devido à sua especial dificuldade de conhecimento – uma motivação cuidadosa se impõe com mais força do que em outras, para que se explicitem e se justifiquem as decisões valorativas adotadas.

3. A PROVA DOS FATOS. TERMINOLOGIA SOBRE A PROVA

Até o momento falamos da *prova* dos fatos como se se tratasse de um conceito preciso e unívoco e o identificamos, *grosso modo*, com a determinação dos fatos relevantes para a decisão judicial. Essa forma de falar, entretanto, não é totalmente correta, uma vez que o objeto da prova não são os fatos, mas sim os enunciados sobre os fatos[97]. Afirmar que uma afirmação fática está provada, ou que constitui prova, significa que essa foi verificada, que sua verdade foi provada; de modo que a expressão "provar um fato" nada mais é do que uma elipse, uma forma de dizer "provar a hipótese de que os fatos ocorreram".

96. Justamente por isso, Larenz (1994: 269) entende que, nesses casos, não devemos falar de "subsunção" dos fatos concretos ao suporte fático da norma, mas sim de "integração valorativa" desses.

97. Embora cômodo, é absolutamente incorreto falar em "prova de um fato", pois um fato não pode ser provado *a posteriori*, podendo ser somente *constatado* quando acontece. O que se prova são enunciados assertivos, ou seja, proposições. Por isso, o correto seria falar em "prova da verdade da afirmação da existência de um fato" (Ubertis, 1979: 91 e 92). No mesmo sentido Taruffo, 1992a: 91 ss.

O termo "prova" é polissêmico, pois é utilizado para fazer referência a questões diferentes. Ademais, dentro das várias acepções do termo funcionam, tanto na doutrina como na jurisprudência, algumas distinções que nem sempre são usadas no mesmo sentido, de forma que o resultado final é um enorme "caos terminológico" em que reina a incoerência.[98] A seguir, vamos analisar algumas dessas distinções e propor uma terminologia que parece mais significativa e adequada no marco de um modelo cognitivista, ou seja, levando-se em conta que o principal critério de verdade é o contraste empírico.

1) Primeira distinção: Contexto de descoberta-contexto de justificação: *meios de prova, procedimentos probatórios* e *provas* em sentido estrito.

A prova dos enunciados assertivos pode ser analisada no contexto da descoberta ou no contexto da justificação, e em cada caso o termo "prova" é utilizado em um sentido diferente. No primeiro (contexto de descoberta), a prova refere-se ao *iter* que leva à formulação de *enunciados assertivos* como verdadeiros (ou ao processo de verificação de enunciados assertivos previamente formulados); por conseguinte, à descoberta

98. O fato de o termo "prova" ser polissêmico é um ponto de partida nos estudos sobre o assunto. Nesse sentido: Wròblewski, 1989: 173. Sobre a extrema ambiguidade do termo "prova" e, em geral, de todos aqueles que compõem o léxico (incoerente) das provas, ver Comoglio, 1995: 1201 ss.

A própria doutrina está ciente do enorme problema colocado por esse "caos terminológico": "tem-se falado de elementos, fontes, meios, matéria, tema, resultado, argumentos, razões, justificativa etc., e cada autor dá a cada uma dessas palavras um significado diferente, de modo que, ao final, é impossível se entender, pois parece que estão falando em línguas diferentes" (Montero Aroca, 1996: 83).

ou ao conhecimento dos fatos que tornam essas afirmações verdadeiras[99]. Provar um enunciado sobre os fatos aqui significa conhecer os fatos que o tornam verdadeiros. No segundo (contexto de justificação), a prova refere-se à *justificação desses enunciados*; isto é, às razões que permitem sustentar que esses enunciados são verdadeiros. Provar um enunciado sobre fatos aqui significa justificá-lo. Em suma, o termo "prova" é usado tanto no sentido de que se conhecem ou se descobrem os fatos (*ou se formulam ou se verificam os enunciados* que os descrevem) quanto no sentido de que *se justificam os enunciados* sobre fatos.

Pois bem, no vocabulário jurídico-processual, o termo "prova" é duplamente polissêmico, pois, além da ambiguidade referente aos seus diferentes contextos de uso (descoberta e justificação), esse pode referir-se, ainda, a diferentes aspectos do fenômeno probatório: especificamente, aos meios de prova, ao procedimento probatório ou aos seus resultados.[100]

a) "Prova" como "*meios de prova*". Esse significado do termo denota tudo aquilo que nos permite conhecer os fatos

99. E isso se essas declarações desempenham a função de *controlar* (de acordo com o modelo de *trial and error*) as hipóteses já formuladas sobre os fatos relevantes para a decisão, como desempenham a função (heurística) de *construir* novas e diferentes hipóteses sobre esses fatos; Taruffo (1992a: 418) faz essa distinção e observa que "é a combinação dinâmica do controle e da descoberta [...] que constitui a estrutura fundamental do procedimento que termina com a formulação da decisão".

100. Embora os termos nem sempre sejam usados com precisão, a distinção entre a *atividade* realizada, o *resultado* dessa atividade e os *meios* pelos quais esse resultado é alcançado gozam de amplo consenso. Ver, por exemplo, na doutrina espanhola, Almagro et al. (1988: t. I, vol. 1, 373); na doutrina italiana, Taruffo, 1992a: 421 ss.; na doutrina alemã, Rosenberg, 1955: 200.

relevantes da causa, ou seja, o que permite a *formulação ou a verificação* de enunciados assertivos que servem para reconstruir esses fatos[101]. Assim, os meios de prova desempenham uma função cognitiva dos fatos que se pretendem provar. Nesse sentido, a prova é constituída por depoimento de testemunhas, fornecimento de documentos, laudos periciais, reconhecimentos judiciais etc.

b) "Prova" como *resultado probatório*. É o resultado obtido a partir dos meios de prova, ou seja, o conhecimento já obtido sobre o fato controvertido, ou o *enunciado fático* que o descreve.

As provas, nesse segundo sentido, desempenham uma *função justificativa*, visto que são elementos para escolher

101. As definições dos meios de prova costumam ter o mesmo teor do que a do texto: meios de a prova "são todos os elementos que podem servir para produzir o convencimento judicial" (Romero Coloma, 1986: 39); ou "os instrumentos que permitem ao juiz a apreciação do objeto da prova" (Cortés, em Almagro et al., 1988: t. I, vol. 1, 376); ou "o que serve, ou pode servir, para confirmar ou refutar uma afirmação em relação a um fato da causa" (Taruffo, 1992a: 421).

No entanto, às vezes também é feita uma distinção entre *fontes* de prova e *meios* de prova. "A distinção começa com a verificação de que no processo é realizada uma atividade de verificação, e que, para que isso seja possível, deve haver algo (a fonte da prova) com que se possa verificar [...] O meio de prova é, portanto, essencialmente atividade, atuação processual pela qual uma fonte é introduzida no processo". Essa distinção reflete-se em cada uma das provas. Assim, na confissão, a fonte é a pessoa e seu conhecimento dos fatos, o meio é a sua declaração no processo; na prova documental, a fonte é o documento, o meio é sua contribuição ao processo; na prova testemunhal, a fonte é a testemunha e seu conhecimento dos fatos, o meio é a sua declaração no processo; na prova pericial, a fonte é a coisa, matéria ou pessoa que é submetida à perícia, o meio é a atividade e o laudo pericial; no reconhecimento judicial, a fonte é o lugar, coisa ou pessoa reconhecida, o meio é a atividade de reconhecimento (Montero Aroca, 1996: 84-86).

racionalmente entre as diversas afirmações feitas no processo, confirmando-as ou refutando-as[102]. Assim, são provas os enunciados "havia uma arma no domicílio do acusado", "A ameaçou B em várias ocasiões", "A preparou um plano para matar B", "C pagou uma quantia X de dinheiro para D", "E sabia da situação financeira de sua empresa" etc.

c) "Prova" como *procedimento probatório* que conecta os dois sentidos anteriores do termo: os meios de prova e a afirmação (verificada) sobre o fato[103]. O termo "prova" na acepção que comentamos é o procedimento intelectivo (uma constatação ou uma inferência) mediante o qual, a partir dos meios de prova, se conhecem fatos relevantes para a decisão, ou seja, se formulam ou se verificam enunciados assertivos sobre esses fatos.

O procedimento probatório desempenha uma *função cognoscitiva*, na medida em que permite ao juiz conhecer ou "descobrir" os fatos, ou seja, formular a prova (no sentido "b"), a partir dos elementos probatórios ou de conhecimento introduzidos pelos meios de prova.

102. Nesse sentido, ver Ubertis (1979: 105-106): o *resultado probatório* é o que "é utilizado diretamente para a verificação da afirmação probatória inicial, ou seja, do *objeto de prova*".

103. O significado do termo "prova" a que agora nos referimos também pode ser significativo do ponto de vista "jurídico" e não estritamente epistemológico. Prova (como procedimento probatório), então, significa a atividade realizada no processo para adquirir (admitir e produzir) as provas (os meios de prova) e obter dessas (e com base nessas) a decisão sobre o fato. Precisamente para colocar em destaque essa distinção, às vezes fala-se em *procedimento (intelectivo) probatório* e *procedimento (jurídico) probatório*; ver Ubertis, 1979: 105 ss. Na verdade, é o sentido jurídico e não o epistemológico que a doutrina processual atribui ao termo "prova" em seu significado de "procedimento probatório".

Para reduzir a ambiguidade, parece útil reservar o termo genérico "prova" para apenas uma dessas acepções, usando terminologia diferente para fazer referência às demais. Não se pretende estipular à toa o significado das expressões. Por isso, falaremos de *meios de prova* para remeter à primeira acepção, de *procedimentos probatórios* para remeter à terceira e de *prova* para remeter à segunda – ou seja, ao resultado, à demonstração já obtida (ou ao enunciado assertivo verificado) de fatos controversos e incertos[104]. E isso porque, assim utilizado, o termo "prova" torna evidente – melhor do que as outras acepções – a função específica do procedimento probatório, que nada mais é do que a comprovação (da verdade) de um (enunciado sobre um) fato relevante para a decisão.

2) Segunda distinção. Tipos de procedimentos probatórios: *prova direta, prova indireta e prova dedutiva.*

Por sua vez, o léxico sobre as provas referentes a (ou relacionadas a) procedimentos probatórios também é confuso e muitas vezes incoerente, uma vez que as expressões "prova direta", "prova indireta", "prova indiciária", "prova presuntiva", "prova circunstancial" etc. nem sempre são usadas no mesmo sentido. Talvez a distinção mais estabelecida na literatura processual e na jurisprudência seja aquela entre "prova direta" e "prova indireta" (ou "indiciária" ou "circunstancial" na esfera penal). No entanto, os critérios usados para distinguir uma da outra não são uniformes, de modo que essas expressões

104. Também Comoglio (1995: 173) entende por prova, em sentido estrito, o resultado da aquisição ou da produção e valoração dos meios específicos de prova utilizados. De forma análoga, Wròblewski, 1989: 173.

podem referir-se a questões diferentes. Podem ser detectados pelo menos três critérios em que esta distinção se baseia.

a) A distinção entre prova direta e indireta baseia-se, por vezes, no *caráter mediato ou imediato* do conhecimento dos fatos que são provados (ou a verificação dos enunciados sobre esses fatos). Outro caminho é analisar essa diferença com base na divergência ou coincidência entre o fato que resulta provado e o fato percebido pelo juiz. A *prova direta* é, então, o procedimento probatório que consiste no contraste empírico direto do enunciado que está sendo provado, ou seja, na observação imediata do fato a que esse enunciado se refere. A *prova indireta* é o procedimento probatório que permite chegar ao fato que se prova a partir de outro ou outros por meio de um processo inferencial[105]. Observe-se como, de acordo com essa

105. Essa distinção é sustentada, por exemplo, por MacCormick (1984: 125) que chama de prova direta aquela que é realizada mediante observação imediata e, *a contrario*, de prova indireta a inferencial. Também Ferrua (1993: 216), que entende por prova direta aquela observacional, e por prova indiciária (ou indireta) aquela que permite chegar a um fato a partir de outro, embora na obra adira à noção mais restritiva de prova circunstancial ou indireta como oposta à de prova histórica. E, apartando-se, de pronto, do significado clássico da distinção na doutrina e jurisprudência espanhola, essa também vai adotada por Cortés em Almagro *et al.* (1988: t. I, vol. 1, 375): "falamos de prova direta quando o conhecimento ou a relação existente entre o objeto da prova e o juiz, destinatário da prova, é direta e sem intermediário. Falamos de prova indireta, consequentemente, quando o juiz tem conhecimento ou relação com o objeto da prova através de fatos, coisas ou pessoas [...] [Portanto] apenas a chamada inspeção pessoal do juiz ou o reconhecimento judicial pode ser considerado uma prova direta". E essa também parece ser a distinção que se esconde por trás das palavras de Andrés Ibáñez (1994: 91) quando fala da "incorretamente denominada prova 'direta'" (referindo-se àquilo que a doutrina e a jurisprudência espanhola qualificam como tal – por exemplo, o testemunho sobre os fatos da causa –), uma vez que "não há prova que não seja *indiciária*".

classificação, todas as provas sobre fatos passados são indiretas (ou indiciárias)[106]; exceto no caso – raro, de resto – de que o próprio juiz tenha observado, no passado, o fato agora em julgamento.

b) Em outras vezes, a distinção baseia-se na *diferente estrutura lógica* da inferência do procedimento probatório. Fala-se em *prova direta*, ou diretamente em prova quando leis lógicas e científicas (não probabilísticas) são usadas nas inferências que conduzem aos resultados necessários. Fala-se em *prova indireta* (ou prova indiciária) quando na inferência são usadas simples máximas de experiência (ou, em qualquer caso, leis probabilísticas) que levam apenas a resultados possíveis[107]. Ou seja, a distinção entre prova direta e indireta dependeria do fato de o resultado da inferência ser necessário ou apenas provável.

106. Também, portanto, as habitualmente chamadas provas diretas ou históricas. Na verdade, "também as chamadas provas históricas (testemunhos e documentos) – que comumente se opõem às provas crítico-indiciárias [...] cairia nessa classe (provas indiretas ou indiciárias), pelo menos no que diz respeito à passagem do fato da declaração à realidade do fato declarado [...]: somente após um complexo jogo de inferências e intuições – sobre a personalidade da testemunha, a qualidade de suas percepções, etc. – o juiz decide se dá ou não crédito ao que ela declarou" (Ferrua, 1993: 216-217). Furno (1954: 16, notas 10 e 11) também insiste em que a prova indireta inclui não apenas a chamada prova crítica, mas também a chamada prova histórica. Também aponta que restringir o nome de prova histórica a essa última é um tanto absurdo, uma vez que qualquer prova indireta (também, portanto, a crítica ou indiciária) é histórica.

107. Na minha opinião, mesmo fazendo a distinção entre "prova" e "indício" como resultado de distintos procedimentos probatórios inferenciais, dão relevância epistemológica a esta distinção Ubertis, 1992: 27, nota 95, e Ubertis, 1979: 110 ss.; Gianformaggio, 1988: 476 ss.; e Bellavista, 1971: 228.

c) O que poderíamos chamar de *concepção canônica* dessa distinção, por ser aquela que é normalmente utilizada pela doutrina e sobretudo pela jurisprudência, compreende que ambos os tipos de provas são o seguinte: a *prova direta*, que se identifica com a *histórica*, é aquela, 1) em que o fato a ser provado surge direta e espontaneamente, sem qualquer mediação ou necessidade de razão, do meio ou da fonte de prova, e 2) que é capaz, por si só, de fundar a convicção judicial sobre esse fato, porque – embora nem sempre se diga, deve-se pressupor que – a prova versa diretamente sobre esse. Visto que a prova direta é assimilada à histórica, os casos típicos de prova direta são a testemunhal e a documental. A *prova indireta* ou *crítica* ou *circunstancial* ou *indiciária*[108] é aquela, 1) em que o fato a ser provado não decorre diretamente do meio ou da fonte de prova, sendo necessário, ainda, o raciocínio, e 2) que é por si só incapaz de fundar a convicção judicial sobre esse fato[109].

108. E há quem, para referir-se a essa prova, fale até mesmo de "argumentação por analogia ou inferência analógica"; por exemplo, Dellepiane, 1983: 59-60. Também considerando que as prova indiretas ou circunstanciais são baseadas na analogia, Bentham, 1971: vol. 1, 292 e segs. 1, 292 e ss.

109. As definições às vezes são confusas e, de todo modo, nem sempre uniformes, mas, em geral, acredito que se reconduzem àquelas que acabamos de oferecer. Assim, afirma-se que as provas históricas ou diretas são aquelas em que "a fonte da prova, a testemunha, o documento, o vestígio etc. expõem um fato histórico que conhecem ou expressam. Na indiciária, a prova não o expressa, mas é apenas indicativa do próprio fato, no sentido de que o sugere. É por isso que necessita de raciocínio". Precisamente "pela intervenção de um raciocínio, trata-se de uma prova crítica, na medida em que não é obtida diretamente, mas através da lógica que possibilita a inferência" (Martínez Arrieta, 1993: 55-56).

No mesmo sentido vão as definições jurisprudenciais. Apontamos, por todas, a seguinte da 2ª Câmara do Tribunal Supremo: "*Prova direta* é aquela que oferece de imediato um conteúdo probatório concreto à medida que daí decorre, *espontaneamente*, a possibilidade da sua valoração. É, em suma, a prova que esclarece a investigação, permitindo

Como pode ser observado, essa distinção não se funda em qualquer critério claro, expressando, isto sim, certa confusão entre procedimentos probatórios, meios de prova e provas em sentido estrito.

Por um lado, assimilando-se a prova direta à prova histórica, poder-se-ia pensar que a distinção se refere aos *meios de prova* (históricos e não históricos), e, especificamente, à circunstância de esses meios de prova, por exporem ou não diretamente o fato que se pretende provar, serem ou não capazes de fundamentar por si só a convicção judicial sobre o fato. Mas, então, a assimilação entre prova direta e prova histórica (principalmente testemunhal e documental) é incorreta, uma vez que nem todas as provas históricas expõem diretamente o fato que deve ser provado: a prova testemunhal (ou documental) será direta apenas se versar sobre o fato que se pretende provar, e indireta ou indiciária se versar sobre um fato

a condenação judicial sem a necessidade de deduções ou inferências. Assim é a confissão do acusado ou o depoimento, em muitos casos, da testemunha. Mas, além dessa prova, há também a prova *circunstancial* ou *indireta* quando, por meio de dois ou mais indícios comprovados [...], chega-se *lógica* e *racionalmente*, não de maneira arbitrária, e pela experiência [...] ao fato consequência [...] se pretende comprovar", STS 572/1996, de 16 de setembro de 1996, Sexto Fundamento.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional possui mesmo teor: os casos de *prova direta* são aqueles em que "a demonstração do fato levado a juízo decorre direta e imediatamente das provas utilizadas: documentos, testemunhas etc. Sua valoração não apresenta as dificuldades inerentes às provas indiciárias, pois a consequência ou a apreciação é determinada sem a necessidade de que se faça uso de operações mentais complexas; ou seja, por ser, de certa forma, uma tarefa mais objetiva. O problema, a dificuldade e o perigo surgem com a *prova indireta*. [...] Nessa ingressa a subjetividade do juiz, uma vez que, mentalmente, esse deve fazer a ligação entre o fato básico e o fato consequência" (STC 169/1986, FFJJ 1ª e 2ª).

circunstancial. Por exemplo, se o fato que se quer provar é se B matou A com um disparo, a declaração da testemunha Ta: "Eu vi B atirar em A e ele cair morto" constitui prova direta; mas o depoimento da testemunha Tb "ouvi um disparo na casa de A e, minutos depois, vi B sair de lá" é apenas uma prova indireta ou indiciária.

Por outro lado, pode-se pensar que a distinção se refere ao *procedimento probatório*, e, especificamente, à circunstância de que nesse intervenha ou não o raciocínio do julgador. Certamente, a distinção prova direta-prova indireta parece, por vezes (embora de forma bastante confusa), indicar uma estrutura diferente do procedimento probatório, consoante se trate ou não do fato que se pretende provar.

A prova direta se referiria a um procedimento probatório que, por tratar diretamente do fato a ser provado, o provaria "espontaneamente", "sem necessidade de raciocínio". A prova indireta ou indiciária, por outro lado, remeteria a um procedimento probatório que, por não tratar diretamente do fato que se pretende provar – mas apenas de um fato circunstancial –, haveria a necessidade de fundamentação, de inferência, para provar o fato. Além disso, e ligado ao anterior, parece que a diferente estrutura da prova – espontaneidade em um caso, necessidade de raciocinar em outro – também acarreta uma qualidade epistemológica diferente (e, portanto, um valor probatório diferente) de seus resultados: maior no primeiro caso, "por ser, de certa forma, uma tarefa com mais tons de objetividade e, portanto, de imparcialidade"; menor no segundo, porque "a subjetividade do juiz ingressa na prova, na medida em que, mentalmente, ele deve fazer a conexão entre o fato

básico e o fato consequência"[110]. Essa distinção, entretanto, também parece equivocada, baseando-se em uma percepção acrítica da estrutura dos procedimentos probatórios, principalmente daqueles que consistem na utilização de meios de prova "históricos".

Do ponto de vista da estrutura do procedimento probatório, não há diferenças substanciais entre as chamadas provas diretas e indiretas, na terminologia que estamos comentando. O depoimento da testemunha Ta: "vi B atirar em A e ele cair morto", um exemplo de prova direta, não prova por si só (direta e espontaneamente, sem a necessidade de raciocinar) o fato que se pretende provar (que B matou A). A única coisa que essa declaração prova *por si só* é que "a testemunha Ta *diz que viu* B atirar em A e A cair morto". A declaração de Ta provará que "B matou A" somente se Ta estiver dizendo a verdade (isto é, se ele não mentiu, não sofreu uma percepção equivocada e não sofre de erros de memória); mas este dado (que Ta diz a verdade) é o resultado de uma inferência do mesmo tipo daquela que define a prova indireta[111]. Do ponto de vista

110. STC 169/1986, FFJJ 1.º e 2.º.

Também claramente em Bentham (1971: vol. 1, 370): "considerada em abstrato não se poderia negar que a prova circunstancial seja inferior à direta". O motivo: "a prova direta não requer qualquer indução; a circunstancial só pode existir por induções, não existindo uma indução que não se sujeite a erros".

111. O próprio Bentham (1971: vol. 1, 48 e 371), que reluta em assemelhar a prova testemunhal (direta) à indireta, porque nessa última a indução está presente e na primeira não – ou está de modo muito fraco (ver nota anterior); tem que concordar, no entanto, que a fidelidade do testemunho depende do estado das faculdades intelectuais da testemunha (percepção, julgamento, memória e imaginação), de sua compreensão e de sua vontade. Em suma, ele há de convir que "estritamente falando, no caso de prova direta, há também uma indução, mas sempre da

da estrutura dos procedimentos probatórios, não há, portanto, qualquer distinção essencial entre prova direta e indireta, visto que em ambos os casos estão presentes inferências do mesmo tipo e, consequentemente, a primeira pode ter tantos "tons de subjetividade" quanto a segunda. A ideia de que a prova direta é aquela que menos pode levar ao erro judicial deve "ser colocada em quarentena"[112].

Na realidade, a distinção canônica entre prova direta e prova indireta só adquire sentido pleno quando com referência à *prova em sentido estrito*, e não a procedimentos probatórios ou ao uso de determinados meios de prova. Com efeito, o que a distinção pode indicar é que uma prova em sentido estrito (uma assertiva verificada) é "direta" se versa diretamente sobre o fato principal que se pretende provar e do qual depende a decisão judicial, e "indireta" caso contrário, sem outras considerações[113].

mesma natureza: do relato dos fatos apresentados pela testemunha, infere-se que os fatos são verdadeiros".

Um matiz similar também é encontrada em Fenech (1952: 708), que, após afirmar que "quando o julgador ouve uma testemunha que narra um acontecimento que [...] presenciou, obtém uma representação histórica do fato objeto da prova, sem que para isso tenha que fazer algum raciocínio ou obter um juízo indutiva ou dedutivamente", acrescenta que "isso não exclui que ele deva posteriormente raciocinar sobre a credibilidade da testemunha".

Em qualquer caso, há uma tendência na doutrina e na jurisprudência a ignorar completamente essas nuances.

112. É assim que pensa Ruiz Vadillo, 1997: 144. Além disso, na opinião de alguns, a prova testemunhal, paradigma da prova direta, fora dos princípios da oralidade, imediação e concentração, é o "instrumento mais incerto e inseguro de apuração da verdade judicial" (Taruffo, 1988a: 755).

113. Esse é, por exemplo, o sentido central da distinção entre prova direta e indireta ou circunstancial em Bentham (1971: vol. 1): "O depoimento pode imediatamente referir-se ao fato principal: Paulo viu João cometer

Assim, se o principal fato que se pretende provar é se B matou A, o que foi declarado pela testemunha Ta: "eu vi B atirar em A e ele cair morto" constituiria (uma vez verificado) uma prova direta do enunciado "B matou A". Já o depoimento da testemunha Tb: "ouvi um tiro na casa de A e, minutos depois, vi B sair de lá" seria (uma vez verificado) apenas uma prova indireta, ou circunstancial, ou indiciária; como também seria indireta a prova biológica que estabelecesse que "havia sangue de B na camisa de A".

o crime em questão e, portanto, as provas são diretas. O testemunho pode se referir a algum fato que não é o crime em si, mas que está tão ligado a esse que a existência do primeiro gera uma presunção mais ou menos forte da existência do segundo "(pp. 30-31). Portanto, a prova direta é "aquela que consiste no depoimento de uma testemunha que, em relação ao fato *principal*, afirma pura e simplesmente aquilo que chegou ao seu conhecimento pelos próprios sentidos [...]. A prova circunstancial é aquela que se deduz da existência de um fato ou de conjunto de fatos que, aplicando imediatamente ao fato principal, levam à conclusão de que esse fato existiu" (pp. 291-292).

Esse é também o critério de distinção proposto por TARUFFO, que se baseia – como afirma com clareza o autor – na relação entre o *fato a provar*, ou melhor, o enunciado sobre o fato juridicamente relevante do qual depende diretamente a decisão –, e o *objeto da prova* – ou melhor, a asserção fática sobre a qual versa a prova. "Haverá prova direta quando os dois enunciados tiverem por objeto o mesmo fato, ou seja, quando a prova versar sobre o fato principal". Haverá prova indireta quando o objeto da prova "for um fato diferente daquele a ser provado"; a prova é definida como "indireta" porque "funciona como uma premissa de uma inferência que tem como resultado o enunciado sobre o fato a ser provado" (TARUFFO, 1992a: 429).

A distinção entre prova direta e indireta de acordo com a coincidência ou não de *thema probandi* e *thema probatum* também está presente em FENECH, 1952: 706-707; em ROSENBERG, 1955: 202; e em GÓMEZ ORBANEJA, 1976: 289-290.

Para utilizar outro exemplo, imaginemos que seja apreendido com o sujeito B uma pequena quantidade de droga, suspeitando-se de que seu destino seja o comércio, e não o consumo pessoal. Se o fato a ser provado é se B vende drogas, a declaração da testemunha Ta, "vi B vender drogas em múltiplas ocasiões no local X", constituiria (uma vez verificada) uma prova direta do enunciado "B vende drogas". Por outro lado, o afirmado pela testemunha Tb (por exemplo, a polícia), "B tinha uma balança de precisão no carro" e "em sua casa foram encontradas uma quantia significativa de dinheiro e uma certa quantidade de drogas", seriam (uma vez verificadas) apenas provas indiretas ou indiciárias de que "B vende drogas".

Insistimos que a distinção assim interpretada não assinala uma diferença entre os procedimentos probatórios baseados na sua estrutura, mas sim uma diferença entre as provas (em sentido estrito) em função de versarem ou não diretamente sobre o fato principal do qual depende a decisão. Outra coisa é se se pode afirmar – como frequentemente acontece – que o valor probatório da prova direta é muito alto e o da indireta sempre baixo ou, em qualquer caso, menor do que o da direta; a ponto de sustentar-se que uma prova direta, por si só, é adequada para fundar a decisão do juiz sobre o fato principal que se pretende provar, ao passo que a prova indireta, por si só, não é adequada para fundar essa decisão, funcionando como um elemento a mais que permite ao juiz inferir uma hipótese sobre aquele fato[114].

114. Por exemplo, BENTHAM (1971: vol. 1, 294) afirma que "com relação à existência de um fato principal, uma prova *direta* é suficiente, quando não

Poder-se-ia dizer a esse respeito que, certamente, o valor probatório da prova direta (uma asserção verificada sobre o fato que se pretende provar) é tendencialmente maior do que o da indireta (uma asserção verificada sobre um fato circunstancial), porque, com a prova direta, nenhuma outra inferência é necessária para provar o fato principal, ao passo que para provar o fato principal com uma prova indireta sempre são exigidas inferências complementares. Entretanto, apenas "tendencialmente", visto que o valor probatório de uma prova (seja essa direta ou indireta) não depende apenas desses dados, mas também – como é evidente – de sua qualidade epistêmica, ou seja, de seu grau de certeza.

d) Por fim, a distinção entre procedimentos probatórios que, em nossa opinião, possui relevância epistemológica, e que por isso, propomos, baseia-se em um critério equivalente ao da primeira *[a)]*, mas integra também o critério da segunda *[b)]*. Em outras palavras, o elemento chave é a possibilidade ou não de contraste empírico observacional, mas – quando isso não for possível – o caráter seguro ou meramente probabilístico da inferência será levado em consideração.

O critério em que se baseia a distinção é, portanto, a diferente estrutura dos procedimentos probatórios, como procedimentos de verificação dos enunciados fáticos. Levando-se em consideração que, em um modelo cognitivista, o principal

há objeção à credibilidade da testemunha, para que o fato seja considerado *provado* [...] Se a existência do fato principal está apoiada por provas *circunstanciais*, parece-me que poucos casos seriam encontrados na Inglaterra em que uma única prova dessa natureza pareça suficiente para considerar o fato *provado*".

critério de verificação é o *contraste empírico*, podemos, basicamente, distinguir dois tipos de procedimentos probatórios, dependendo de se o contraste empírico é realizado pela *observação* dos fatos referidos nos enunciados propostos ou por *inferências* a partir de outros enunciados fáticos verificados. Como a observação dos fatos é o único critério para verificação direta dos enunciados sobre esses fatos, reservaremos para esse caso a expressão *prova direta* e atribuiremos ao segundo a expressão *prova inferencial*[115]. Por sua vez, os procedimentos probatórios inferenciais podem ser de dois tipos, dependendo de se a inferência é dedutiva ou indutiva. Usaremos a expressão *prova indireta ou indutiva* para designar os procedimentos probatórios de natureza indutiva, ao passo que falaremos de *prova dedutiva* para designar os procedimentos probatórios baseados em uma inferência de tipo dedutivo. Em suma, do ponto de vista da estrutura do procedimento probatório, vamos distinguir:

1. *Prova direta*: procedimento de conhecimento de fatos (ou de verificação de enunciados fáticos) baseado na observação do próprio sujeito julgador.

115. Porém, há quem sustente que também na prova observacional ou perceptiva, isto é, na que é realizada mediante a observação direta do fato probando e que chamamos de prova direta, um raciocínio está presente, embora não venha expresso: "mesmo no tempo infinitesimal da percepção, etapas silogísticas são consumadas, nas quais a fé é baseada nas mensagens captadas pelos sentidos" (Cordero, 1963: 6-7). No mesmo sentido, C. Varela (1990: 39 e 42): a "operação lógica é indispensável em qualquer valoração da prova, seja essa direta ou indireta, porque mesmo no caso de o juiz perceber certos fatos com seus sentidos diretamente, há sempre uma atividade de raciocínio, por mais elementar que pareça".

2. *Prova dedutiva*: procedimento de conhecimento de fatos (ou de verificação de enunciados fáticos) baseado em uma inferência dedutiva a partir de outras proposições verificadas.

3. *Prova indireta* ou indutiva: procedimento de conhecimento de fatos (ou de verificação de enunciados fáticos) baseado em inferências de caráter indutivo a partir de outras proposições verificadas.

A distinção, baseada na estrutura *lógica* da verificação, também possui relevância *epistemológica*, uma vez que cada um desses três procedimentos produz, mesmo que apenas *em princípio*, uma diferente qualidade de certeza: certeza absoluta, na prova direta e na prova dedutiva; simples probabilidade, na prova indireta ou indutiva. De fato, embora as questões lógicas devam ser claramente separadas das questões epistemológicas, é evidente que a qualidade epistemológica das provas em sentido estrito (isto é, dos enunciados fáticos verificados) é em boa medida condicionada pelos procedimentos probatórios (isto é, seus procedimentos de verificação). Que ao resultado do procedimento da prova direta deva ser atribuída uma qualidade epistemológica absoluta é algo fora de discussão; a menos, é claro, que se defendam posições de relativismo epistemológico extremo, caso em que também será necessário estar disposto a assumir as consequências irracionais que daí derivam.

A atribuição de qualidade epistemológica absoluta ao resultado das provas dedutivas deve-se ao fato de que raciocínio dedutivo válido é aquele em que, a partir de premissas verdadeiras, são obtidos resultados necessariamente verdadeiros. O fato de o resultado da prova indireta ser considerado (apenas) provável também não deve suscitar polêmicas, uma vez

que, por maior que seja a qualidade epistemológica das premissas das quais essa parte, o resultado de uma indução deve ser sempre medido em termos de probabilidade. Essa questão será desenvolvida no item 4.2.

Pois bem, convém enfatizar que *apenas* é possível a atribuição dessa qualidade epistemológica diferente devido aos resultados dos distintos procedimentos probatórios *em princípio*; e isso porque a qualidade epistemológica de uma prova (um enunciado verificado) não depende apenas do procedimento probatório pelo qual essa foi obtida, mas também da *qualidade da observação*, se essa foi obtida por meio de procedimento da prova direta, e da *qualidade epistemológica* das premissas utilizadas para inferi-la, se essa foi obtida por meio da prova inferencial. É por isso que a afirmação de que a prova direta e a dedutiva produzem certeza absoluta deve ser sempre tomada de forma condicional, ou seja, "desde que" não tenha havido erros de percepção, no primeiro caso, e de que as premissas da inferência dedutiva possam ser assumidas como verdadeiras, no segundo.

3) Terceira distinção. Tipos de provas em sentido estrito: *a) constatações, conclusões e hipóteses; b) provas e enunciados probatórios; c) provas plenas* e *provas não plenas.*

a) Nas provas em sentido estrito, ou seja, nos enunciados assertivos verificados, é cabível uma primeira distinção, dependendo do *tipo de procedimento probatório* que tenha conduzido a essas. Se a distinção tem interesse epistemológico é precisamente pelas diferentes qualidades de certeza que – como se acaba de afirmar – demonstram "em princípio" os distintos procedimentos probatórios. Assim, diferenciamos:

- *Constatações* ou enunciados de observação[116]: são o resultado de um procedimento de prova direta[117]. Sendo possível sustentar que não tenham ocorrido erros de percepção, sua qualidade epistemológica pode ser considerada absoluta, por ser o resultado da observação do julgador.
- *Conclusões*: são as provas obtidas mediante prova dedutiva a partir de outras provas (enunciados probatórios)[118]. Sua qualidade epistemológica está sempre e, necessariamente, condicionada à verdade das premissas. No entanto, se for possível sustentar que suas premissas são verdadeiras, sua qualidade epistemológica pode ser considerada absoluta, por ser o resultado de uma dedução.
- *Hipóteses*: são as provas obtidas mediante prova indireta ou indiciária a partir de outras provas (enunciados probatórios)[119]. Sua qualidade epistemológica é sempre e necessariamente relativa, pois são o resultado de uma inferência indutiva cujos resultados apenas podem ser considerados prováveis.

116. As "constatações" são os enunciados sintéticos que não são hipóteses nem conclusões (Schlick, 1965b: 232). Trata-se, na realidade, do que o positivismo lógico chamou de "proposições protocolares" (Neurath), "proposições elementares" (Carnap), "proposições atômicas" (Wittgenstein) ou "proposições básicas" (Ayer).

117. No mesmo sentido, Ferrua (1993: 216) fala também de "constatações" ou "verificações diretas".

118. Chamamos de conclusões porque *conclusão* é o enunciado que se segue, através de *argumentos dedutivos*, de outros enunciados chamados *premissas*. Ver, por todos, Garrido, 1978: 17; e Copi, 1982: 7.

119. Sobre a razão de chamar de *hipótese* essas provas, ver mais adiante, nota 143.

b) Ainda dentro do tema das provas em sentido estrito, é possível a realização de outra distinção, dependendo de a prova ser considerada como *resultado* de um procedimento probatório ou como enunciado fático verificado, utilizado como *premissa* no decorrer de um procedimento probatório. Assim, diferenciamos:

- *Prova*, simplesmente: é o enunciado fático resultante de um procedimento probatório.
- *Enunciado probatório*: é o enunciado fático verificado que é usado, no curso de um procedimento probatório, como premissa para a prova de outros enunciados fáticos[120]; quando o procedimento probatório em questão é o de prova indireta ou indiciária, o enunciado probatório costuma ser chamado de *indício*. Os enunciados probatórios constituem, portanto, razões para a prova de outros enunciados e, por isso, às vezes são chamados de "elementos de prova".

Note-se que a distinção entre prova e enunciado probatório é "relativa": qualquer prova (constatação, conclusão ou hipótese) pode ser usada depois como enunciado probatório em um procedimento probatório dedutivo ou indutivo.

120. A expressão "enunciados probatórios" é usada por Wròblewski. Para o autor, os enunciados probatórios são: "enunciações linguísticas de testemunhas e peritos, conteúdo de documentos, enunciados das próprias percepções de um juiz e as inferências lógicas de todos esses enunciados", em Wròblewski, 1989: 210. No mesmo sentido, Mendonca (1997: 78 ss.) fala em "relatórios probatórios".

c) Por fim, dentro da categoria de provas é possível estabelecer ainda outra distinção, dependendo de essas terem *valor probatório suficiente* para fundamentar a decisão judicial sobre o fato que se pretende provar ou, pelo contrário, funcionarem apenas como *um elemento probatório a mais* em um procedimento inferencial indutivo ou de prova indireta. Assim, diferenciamos as provas plenas e as provas não plenas[121]:

- *Prova plena*: é a prova (seja constatação, conclusão ou hipótese) que tenha valor probatório suficiente para fundamentar *por si só* a decisão judicial sobre o fato que se pretende provar: 1) diretamente, quando a prova versar sobre o fato que se pretende provar, ou 2) operando como uma premissa em um procedimento probatório inferencial, quando a prova versar sobre um fato distinto.
- *Prova não plena*: é a prova (seja constatação, conclusão ou hipótese) que não é idônea, nem suficiente para fundamentar *por si só* a decisão judicial sobre os fatos que se pretendem provar, mas opera, em conjunto com outros enunciados probatórios, como um elemento a mais que permite ao juiz inferir uma hipótese sobre esses fatos por meio de um procedimento de prova indireta ou indutiva. Portanto, as provas não plenas apenas podem contribuir para a decisão como *indícios*.

121. Na doutrina e na jurisprudência o binômio prova plena/ prova não plena também se baseia em seu "valor probatório" (ver, por exemplo, Rosenberg, 1955: 200; Gómez Orbaneja, 1976: 288-289; e Cortés em Almagro et al. (1988: t. I. vol. 1, 375). Portanto, e independentemente de as expressões poderem ser mais ou menos adequadas, parece preferível mantê-las.

Deve-se advertir que na doutrina e na jurisprudência é comum se fazer referência à "prova plena" com o termo "prova direta" e à "prova não plena" com os termos "indício" ou "prova indireta". Portanto, essa distinção é por vezes apresentada, embora de forma muito confusa, sob o binômio prova plena ou direta/prova não plena ou indício ou prova indireta [*vid. infra*, item 2, c), último parágrafo].

É evidente que o caráter da prova plena de uma prova está em função direta com sua qualidade epistemológica (isto é, o tipo de procedimento probatório pelo qual foi obtida e a qualidade epistemológica das premissas, se esse procedimento for inferencial), mas depende também do número de etapas inferenciais que a separam do (enunciado sobre o) fato que se pretende provar. Por isso, embora atentando sobretudo para o primeiro elemento seja possível prever que somente as constatações e as conclusões (quando a veracidade de suas premissas possa ser assumida sem dúvidas substanciais) possam ser provas plenas, nada impede que as hipóteses também o sejam; sobretudo quando o número de etapas inferenciais que as separam do fato que se pretende provar é baixo. Esse seria, na realidade, o fundamento daquela prática forense que tende a atribuir o valor de prova plena ao que se costuma chamar de "prova direta", ou seja, aquela que versa sobre o fato que se pretende provar (por exemplo, o depoimento de uma testemunha sobre esse fato): entre a prova direta (a rigor, uma hipótese, por ser o resultado de uma inferência indireta ou indutiva) e o fato principal que é objeto da prova não há etapas inferenciais[122].

122. Na verdade, dentro da distinção que chamamos de "canônica" entre prova direta e indireta, tende-se a considerar que a prova direta (por

Observe-se, finalmente, que a distinção entre provas plenas e não plenas é "relativa" ao fato em consideração. Portanto, uma prova poderia, em princípio, ser considerada plena com relação a determinado fato; mas poderia ser considerada, ao mesmo tempo, não plena no que diz respeito a fatos diversos[123]. Porém, do ponto de vista jurídico e não estritamente epistemológico, é mais útil falar de prova plena apenas por referência ao fato principal de que depende a decisão judicial. Este é normalmente o caso na doutrina e na prática forense.

---

exemplo, a declaração da vítima do crime) é prova plena; ou seja, "pode constituir prova válida da acusação em que se baseia a convicção do juiz" (SSTC 229/1991, FJ 4º e 64/1994, FJ 5º).

Além disso, essa mesma prática forense também aceita, embora não sem cautelas, o caráter de prova plena dos resultados da – também em sua terminologia – prova indireta ou indiciária, e isso apesar de identificá-la – ao contrário da direta – com o campo das inferências e da subjetividade. Permanece, com efeito, que, se os indícios não são meras suspeitas, mas são devidamente provados e capazes de justificar o nexo causal entre esses e o fato a ser provado, não há obstáculos para os considerar "como suficiente prova de acusação" para derrubar a presunção de inocência (STC 169/1986, FJ 2.º), ou seja, como uma prova plena. Embora se insista: se a prova indiciária aparece como a única para fundar a condenação, "deve ser vista com cautela" (STC 150/1987, FJ 2º). Também a Segunda Sala do Tribunal Supremo Espanhol tem enfatizado constantemente, a partir da Sentença de 14 de outubro de 1986, que a prova circunstancial ou indiciária é suficiente para fundar uma condenação penal (por todos, STS 529/1994, segundo fundamento, que inclui uma amplíssima jurisprudência sobre o assunto).

123. No mesmo sentido, Framarino Dei Malatesta (1906: 140 ss.), que destaca como qualquer prova (por exemplo, um depoimento ou um documento) pode ter tanto o conteúdo de prova plena (direta, em sua terminologia), quanto de indício.