

# Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)

**Antonio Magalhães Gomes Filho**

Professor titular de processo penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

*Sumário: 1. Introdução. 2. As várias acepções do termo prova em geral. 3. O emprego do termo prova na linguagem processual. 4. Elemento de prova e resultado da prova. 5. Fonte de prova, meios de prova e meios de investigação da prova. 6. Classificação das provas: prova direta e prova indireta. 7. Segue: indício (prova indireta), indício (prova semiplena) e suspeita. 8. Argumento de prova. 9. Prova direta (positiva) e contrária (negativa); a contraprova. 10. Provas típicas e atípicas. 11. Objeto de prova.*

## 1. Introdução

O tema da prova é dos mais importantes da ciência do processo, na medida em que a correta verificação dos fatos em que se assentam as pretensões das partes é pressuposto fundamental para a prolação da decisão justa. Isso vale, ainda mais, no âmbito penal, pois só a *prova* cabal do fato criminoso é capaz de superar a *presunção de inocência* do acusado, que representa a maior garantia do cidadão contra o uso arbitrário do poder punitivo.

Ao mesmo tempo, não é possível deixar de constatar que a matéria também destaca-se por sua complexidade: trata-se, de um lado, de capítulo de problema mais amplo, próprio da filosofia e da teoria científica, ligado à busca do conhecimento verdadeiro pelo homem. De outro, a prova judiciária constitui sobretudo um *fenômeno cultural* vinculado a concepções e paradigmas estreitamente relacionados às características de uma determinada sociedade; não fosse assim, não seriam encontrados, no curso da história ou mesmo em ordenamentos contemporâneos, *sistemas probatórios* variados, que têm como base pressupostos ideológicos, culturais e sociológicos que correspondem ao modo de ser de cada grupo social<sup>1</sup>.

1. GIULIANI, Alessandro. "Problemi metodologiche nello studio del diritto processuale comparato". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 1962, 16:652-3.

Por tudo isso, o seu estudo abarca não só os aspectos jurídicos, mas envolve fundamentalmente questões lógicas e epistemológicas, exigindo ainda incursões nos domínios da psicologia e das ciências sociais.

Também daí decorre outra constatação relevante: grande parte das dificuldades encontradas pelos juristas no tratamento da matéria está no emprego, nem sempre adequado, de certas expressões próprias da linguagem comum, da terminologia filosófica e científica ou mesmo elaboradas em outras culturas jurídicas, que nem sempre servem para esclarecer a natureza dos fenômenos ligados à prova judiciária, mas, ao contrário, muito contribuem para incertezas, equívocos e contradições.

Desde logo, e como exemplo, basta lembrar que o nosso Código de Processo Penal, nas disposições gerais sobre o tema (arts. 155 *usque* 157), emprega a expressão *prova* em três sentidos diferentes: o art. 155 a utiliza como *meio de prova*, o art. 156, como *resultado de prova* e, finalmente, o art. 157, como conjunto dos *elementos de prova*<sup>2</sup>.

Justificável, assim, o interesse por uma breve incursão sobre o léxico probatório, ainda que sem a pretensão de esgotar o exame dos vocábulos normalmente empregados nos textos jurídicos, nem de assentar conceitos definitivos, mas com o propósito mais singelo de evidenciar os perigos da utilização inconseqüente ou promíscua de termos de uso mais freqüente.

Para tanto, pretende-se ressaltar inicialmente a natureza polissêmica do próprio termo *prova*, indicando suas variadas acepções, tanto na terminologia comum e científica como no discurso dos juristas. Em seguida, serão analisadas outras expressões utilizadas para designar os vários aspectos do fenômeno probatório judicial e também as classificações mais freqüentes empregadas na linguagem do processo, concluindo-se com uma menção ao que se entende por *objeto da prova*. Tudo sem perder de vista os possíveis reflexos de uma adequada terminologia da prova para a solução de questões freqüentemente suscitadas na prática judiciária penal.

Finalmente, mas não menos importante, o presente estudo tem o propósito de manifestar o grande apreço e reconhecimento de um antigo orientado e assistente por sua mestra, que — dentre tantas outras virtudes — sempre transmitiu a seus alunos a constante preocupação em utilizar as elaborações científicas como instrumento para uma aplicação do direito mais atenta às exigências e transformações da realidade social e cultural.

## 2. As várias acepções do termo *prova* em geral

A primeira das dificuldades apontadas prende-se à própria natureza polissêmica do vocábulo *prova*, que apresenta vários significados não só na linguagem comum, mas também no discurso científico, em geral, e no jurídico, em particular.

---

2. Sobre esses significados, ver, adiante, números 4 e 5.

Assim, o passo inicial do seu tratamento deve ser aclarar esses diversos sentidos, com o propósito de evitar que as possíveis confusões decorrentes do emprego inade-

quado do próprio termo *prova* possam causar mal-entendidos. A palavra *prova* tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), que traduz as idéias de aprovação, confiança, correção etc.<sup>3</sup> e, naquilo que aqui interessa, relaciona-se com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro<sup>4</sup>.

Mas é oportuno distinguir, desde logo, pelo menos três acepções da expressão: a) como *demonstração*; b) como *experimentação*; c) como *desafio*.

A *prova* é entendida como *demonstração* quando se diz que ela serve para estabelecer a verdade sobre determinados fatos. Nessa primeira acepção, *provar* significa apresentar elementos de informação idôneos para decidir se a afirmação ou negação de um fato é verdadeira.

Com esse primeiro significado, o vocábulo pode aplicar-se tanto aos campos do conhecimento em que a demonstração se faz em termos rigorosos, como ocorre na lógica formal e na matemática, quanto em outras situações em que, mesmo sendo inatingível uma verdade absoluta, é possível admitir que uma asserção é verdadeira, desde que existam razões (*provas*) suficientes para reconhecê-la como tal<sup>5</sup>.

Em segundo lugar, a expressão *prova* indica uma *atividade* ou *procedimento* destinado a verificar a correção de uma hipótese ou afirmação. Em outras palavras, trata-se de realizar um teste, ao fim do qual é possível admitir como verdadeira, fundada, provável etc. a proposição inicial<sup>6</sup>.

É o que se faz sobretudo no âmbito das chamadas ciências experimentais, em que, ao cabo da realização de certos procedimentos, é possível admitir como válida uma teoria precedentemente formulada. É com esse mesmo sentido que, na linguagem comum, denominam-se também *provas* as verificações feitas em certas atividades profissionais como etapas indispensáveis à realização do melhor serviço (por exemplo, nas *provas* que realizam os alfaiates, costureiras, fotógrafos etc.).

Finalmente, numa terceira acepção, *prova* pode ainda significar *desafio* ou *competição*, indicando um obstáculo que deve ser superado como condição para se obter o reconhecimento de certas qualidades ou aptidões.

São muitos os exemplos em que, na vida cotidiana, a palavra é utilizada com esse sentido: lembrem-se das *provas* a que se submetem os estudantes ao final de um curso ou

3. FERRAZ JR., Tercio S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo, Atlas, 1993, p. 291.

4. GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia). In: *Enciclopedia del diritto*. Milão, Giuffrè, 1988, v. 37, p. 519.

5. TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano, Giuffrè, 1992, p. 415.

6. Idem, p. 416; é o que Gil denomina "verdade objetiva" da prova. Ver Gil, Fernando. *Provas*. Lisboa, Imprensa Nacional, 1986, p. 13.

de uma etapa deste ou, ainda, as *provas* que servem para escolher os melhores atletas na diversas modalidades esportivas etc.

### 3. O emprego do termo *prova* na linguagem processual

Na linguagem do direito processual, a utilização do termo *prova* também pode ser constatada com essas mesmas três acepções já mencionadas.

Com aquele primeiro sentido de *demonstração*, diz-se que há *prova* de um fato que interessa à decisão judicial quando são apresentados dados de conhecimento idôneos para admitir-se, como verdadeiro, um enunciado sobre aquele mesmo fato. Ainda que não se trate, como nas ciências exatas, de demonstrar uma verdade irrefutável, é possível chegar a um *conhecimento processualmente verdadeiro* a respeito dos fatos discutidos no processo sempre que, por meio de procedimentos racionais, sejam obtidos elementos capazes de autorizar um determinado grau de certeza sobre a ocorrência daqueles mesmos fatos<sup>7</sup>.

Ainda no campo do processo, também é possível entender a expressão *prova* com aquele segundo significado de *experimentação* já referido. Não se trata, evidentemente, do mesmo tipo de procedimento utilizado no âmbito das chamadas ciências experimentais, mesmo porque o objeto do conhecimento judicial são fatos ocorridos no passado, que não podem ser reproduzidos. A pesquisa que se faz, na fase processual denominada *instrução probatória*, reclama um outro tipo de atividade, destinada a recolher e analisar os elementos necessários para confirmar ou refutar as asserções sobre aqueles fatos, sejam elas feitas pelas partes, sejam colocadas pelo próprio juiz como tema de investigação<sup>8</sup>.

Finalmente, em outras situações, é possível reconhecer também o emprego do vocábulo *prova* naquela acepção por último mencionada, de *desafio* ou *obstáculo a ser superado*, quando se fala, na linguagem processual, por exemplo, de *ônus da prova* como o encargo que incumbe à parte demonstrar um fato alegado.

É exatamente nesse sentido que, na cultura medieval, as *ordálias* ou *juízos de Deus* constituíam *provas*, uma vez que tais métodos probatórios — hoje considerados *irracionais*, mas que correspondiam na verdade a uma *outra* racionalidade, então vigente — representavam um suplício imposto ao acusado, por meio do qual o mesmo lograva demonstrar a sua inocência<sup>9</sup>.

7. TARUFFO, op. cit., p. 415.

8. É com atenção a esse aspecto da prova que tem sido feita, na doutrina, uma analogia entre as atividades do juiz e do historiador, ambos empenhados em fazer reconstituir, no presente, acontecimentos ocorridos no passado, com a utilização de *provas*. Ver especialmente CALOGERO, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*. Padova, CEDAM, 1937, p. 128-149; CALAMANDREI, Piero. "Il giudice e il storico". In: *Opere giuridiche*. Napoli, Morano, 1965, v. 1, p. 393-414; TARUFFO, Michele. "Il giudice e il storico". *Rivista di diritto processuale*. 1967, 22, p. 438-465.

9. UBERTIS, Giulio. *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*. Milão, Giuffrè, 1979, p. 102, nota 55.

#### 4. Elemento de prova e resultado da prova

A constatação sobre a aludida natureza polissêmica do vocábulo *prova*, na linguagem comum, filosófica e científica, e também no discurso jurídico, não é suficiente, todavia, para esclarecer e delimitar o seu emprego na ciência do processo.

Além de sua utilização naquelas três acepções mais gerais, o termo também é empregado para designar aspectos diversos desse fenômeno complexo, resultando daí a necessidade, percebida pela doutrina, de fazer algumas distinções e tentar definir, com a possível precisão, alguns componentes essenciais da atividade probatória.

Assim, na terminologia do processo, a palavra *prova* serve também para indicar cada um dos *dados objetivos* que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. É o que se denomina *elemento de prova* (*evidence*, em inglês<sup>10</sup>). Constituem *elementos de prova*, por exemplo, a declaração de uma testemunha sobre determinado fato, a opinião de um perito sobre a matéria de sua especialidade, o conteúdo de um documento etc.

A expressão revela, por sinal, outra característica fundamental da atividade probatória, a de que o convencimento judicial resulta (ou deve resultar) de uma pluralidade de informações (*provas*), a partir das quais são realizados procedimentos inferenciais para que se chegue a uma conclusão sobre os fatos<sup>11</sup>.

É com atenção a isso que se fala em prova *inadmissível* e prova *impertinente* ou *irrelevante*, para indicar os dados que, em virtude de proibição legal ou por motivos lógicos, não podem ou não devem ser levados em consideração pelo juiz. Na verdade, como sublinha Taruffo, essas expressões contêm uma contradição porque tais elementos não constituem verdadeiras *provas*<sup>12</sup>.

Assim, na leitura do art. 5º, LVI, da Constituição Federal brasileira, devem entender-se inadmissíveis os *elementos* de prova resultantes de atos de *obtenção* praticados com violação de direitos. Daí o equívoco em considerar-se afetada pela disposição constitucional a regra do art. 158 do Código de Processo Penal, que exige o exame de corpo de delito para comprovar a materialidade da infração penal que deixou vestígios<sup>13</sup>. Trata-se, nessa situação, de *meio de prova* (pericial, no caso) exigido pelo legislador para que se possa considerar demonstrado o fato criminoso.

10. Segundo May: "Evidence is something which tends to prove or disprove any fact or conclusion. In a trial it means the information which is put before the court in order to prove the facts in issue". MAY, Richard. *Criminal evidence*. 2 ed. Londres, Sweet & Maxwell, 1990, p. 4.

11. UBERTIS, Giulio. *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*. Torino, UTET, 1995, p. 27.

12. TARUFFO, op. cit., p. 422.

13. V. STJ, RHC 2.454-2-RN, in RT 694/390, de cuja ementa extrai-se: "A Constituição da República resguarda serem admitidas as provas que não forem proibidas por lei. Restou assim afetada a cláusula final do art. 158 do Código de Processo Penal, ou seja, a confissão não ser idônea para concorrer com o exame de corpo de delito. No processo penal moderno, não há hierarquia de provas, nem provas específicas para determinado caso. Tudo o que for lícito, idôneo, será para projetar a verdade real".

Sob outro aspecto, a palavra *prova* pode significar a própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova existentes, a propósito de um determinado fato: é o *resultado da prova* (*proof*, em inglês<sup>14</sup>), que é obtido não apenas pela soma daqueles elementos, mas sobretudo por meio de um procedimento intelectual feito pelo juiz, que permite estabelecer se a afirmação ou negação do fato é verdadeira ou não.

A ótica aqui é, portanto, subjetiva, indicando a *crença* na existência de uma realidade, mas isso não significa, em absoluto, que possa constituir produto de *intuições* ou *suspeitas* do julgador; ao contrário, essa crença deve estar amparada por aqueles dados objetivos (elementos de prova) introduzidos no processo. Dito de outra forma: deve haver, necessariamente, uma conexão entre os elementos objetivos produzidos e o resultado da prova.

Essa distinção entre *elemento* de prova e *resultado* de prova, nem sempre feita de forma clara pelo legislador, é de grande relevância prática no processo penal brasileiro: pense-se nas situações em que a lei admite a apelação contra decisões do júri quando "for a decisão dos jurados manifestamente contrária à *prova* dos autos" (art. 593, III, *d*) ou quando autoriza a revisão criminal diante da contrariedade "à evidência dos autos". Nesses dois casos, o sentido dessas expressões só pode ser o de *resultado* da prova, não sendo viável entender-se, como muitas vezes ocorre, que a existência de um só *elemento* poderia afastar o conhecimento da impugnação<sup>15</sup>.

## 5. Fonte de prova, meios de prova e meios de investigação da prova

Distinguem-se, ainda, na terminologia processual, as expressões *fonte de prova*, *meios de prova* e *meios de investigação da prova*.

Fala-se em *fonte* de prova para designar as *pessoas* ou *coisas* das quais pode-se conseguir a prova (*rectius*, o *elemento* de prova), resultando disso a sua usual classificação em *fontes pessoais* (testemunhas, vítima, acusado, peritos) e *fontes reais* (documentos, em sentido amplo).

Outra coisa são os denominados *meios* de prova, ou seja, os *instrumentos* ou *atividades* por intermédio dos quais os dados probatórios (*elementos* de prova) são introduzidos e fixados no processo (*produção* da prova). São, em síntese, os *canais de informação* de que

14. O termo *proof* indica, com efeito, "the effect of evidence; the establishment of a fact by evidence; the conviction or persuasion of the mind of a judge or jury, by the exhibition of evidence". CAMPBELL, Henry B. *Black's law dictionary*. 6 ed. St. Paul, Minn, West Group, 1990, p. 1215.

15. Como observa Nilo Batista, a propósito da revisão criminal: "A evidência dos autos só pode ser alguma coisa que resulte de uma apreciação conjunta e conjugada da prova. Não basta que o decisório se firme em qualquer prova: é mister que a prova que o ampare seja oponível, formal e logicamente, às provas que militem em sentido contrário". Ver BATISTA, Nilo. *Decisões criminais comentadas*. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1976, p. 120-121. Para uma síntese das posições doutrinárias nos dois sentidos, ver QUEIRO, Maria Elizabeth. *Da revisão criminal: condições da ação*. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 209-213.

se serve o juiz. Assim, quando se fala em *prova por testemunho* ou *prova documental*, indica-se que a representação do fato foi conseguida por meio do testemunho ou do documento<sup>16</sup>.

Essas atividades são reguladas nos códigos processuais, de modo a ordená-las, com o objetivo de propiciar uma seleção mais criteriosa das informações, especialmente pela concomitante participação do juiz e das partes nessa tarefa, assim como assegurar a idoneidade dos dados obtidos.

Num processo penal garantidor, no qual seja assegurado ao réu o direito de não colaborar para a obtenção de provas contra si mesmo (*nemo tenetur se accusare*), a distinção entre *fonte* e *meio* de prova é relevante: o acusado será, eventualmente, *fonte* de prova, na medida em que trazer voluntariamente elementos probatórios úteis à decisão; mas o seu interrogatório não poderá ser considerado *meio* de prova porque não constitui atividade destinada a tal finalidade, mas antes instrumento de defesa<sup>17</sup>.

Ainda a propósito dos *meios de prova*, também é necessário fazer uma distinção entre estes e os chamados *meios de pesquisa* ou de *investigação* da prova (*mezzi di ricerca della prova*, na terminologia do CPP italiano).

Os *meios de prova* referem-se a uma atividade *endoprocessual* que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios *no processo*. Os *meios de pesquisa* ou *investigação* dizem respeito a certos procedimentos (em geral, *extraprocessuais*) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo).

Com base nisso, o Código de Processo Penal italiano de 1988 disciplinou, em títulos diferentes, os *mezzi di prova* (testemunhos, perícias, documentos), que se caracterizam por oferecer ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis na decisão, e os *mezzi di ricerca della prova* (inspeções, buscas e apreensões, interceptações de conversas telefônicas etc.), que não são por si fontes de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a polícia judiciária ou o Ministério Público<sup>18</sup>.

Outra importante distinção, ressaltada por Paolo Tonini, reside na *surpresa* que quase sempre acompanha a realização dos procedimentos de investigação, sem a qual seria inviável a obtenção das fontes de prova, ao passo que nos meios de prova é rigorosa a obediência ao contraditório, o que supõe tanto o conhecimento como a efetiva participação das partes na sua realização<sup>19</sup>.

16. DENTI, Vittorio. *La verificazione delle prove documentali*. Torino, UTET, 1957, p. 2.

17. GRINOVER, Ada P.; SCARANCE, Antonio F.; GOMES FILHO, Antonio M. *As nulidades no processo penal*. 7 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 81.

18. COMOGLIO, Luigi Paolo. "Lessico delle prove e modello accusatorio". *Rivista di diritto processuale*. 1995, 50(4):1206-7.

19. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 242-243.

Mesmo sem semelhante sistematização legislativa, essa terminologia também é aplicável ao direito processual penal brasileiro. De fato, depois de tratar dos meios de prova — perícias, testemunhos e documentos —, o Código de Processo Penal disciplina o procedimento de busca e apreensão (arts. 240 e segs.), que não visa obter elementos de prova, mas fontes materiais de prova. O mesmo ocorre com as interceptações telefônicas, disciplinadas pela Lei 9.296/96, a infiltração de agentes (Lei 9.034/95) e a captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos (Lei 10.217/2001).

Na prática, essa diversidade terminológica também serve para identificar as possíveis repercussões das irregularidades verificadas em relação aos meios de prova e aos meios de investigação. No primeiro caso, a consequência do vício será a nulidade da prova produzida (*rectius*: dos elementos de prova), enquanto no segundo tratar-se-á de prova inadmissível no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (art. 5º, LVI, da CF).

## 6. Classificação das provas: prova direta e prova indireta

Sob perspectiva diversa, relacionada à classificação ou tipologia das provas, merece ser referida, de início, a utilização das expressões prova direta e prova indireta.

Essa nomenclatura decorre de uma classificação dos elementos de prova, segundo a complexidade do procedimento inferencial realizado pelo juiz para, a partir deste, chegar ao resultado da prova. Daí a referência feita por alguns autores a prova em sentido estrito (*direta*) e indício (*prova indireta*) como subespécies do gênero prova.

Denomina-se *direta* a prova (entenda-se bem: o elemento de prova) que permite conhecer o fato pela única operação inferencial. Assim, por exemplo, se a testemunha narra que viu o acusado desferir a facada no corpo da vítima, é possível concluir, com um único raciocínio, que aquele foi o autor das lesões que esta sofreu.

Como anota Taruffo, aqui a prova verte diretamente sobre o fato a provar. Por isso, a prova direta também é dita, às vezes, *histórica* ou *representativa*.

Diz-se *indireta* a prova (sempre o elemento de prova) quando, para alcançar uma conclusão sobre o fato a provar, o juiz deve realizar pelo menos duas operações inferenciais: num primeiro momento, parte da informação trazida ao processo para concluir sobre a ocorrência de um fato, que ainda não é o fato a ser provado; conhecido este fato, por meio de uma segunda operação lógica, chega-se então ao fato a ser provado.

Voltando ao exemplo citado: imagine-se que a testemunha narra não ter visto efetivamente o acusado desferir a facada, mas somente haver presenciado sua saída da residência da vítima, ocultando o que parecia ser uma faca. A partir desses elementos de prova (*indícios*), e aplicando as regras de experiência vigentes na sociedade, é possível ao juiz concluir, do mesmo modo que no primeiro caso, embora com uma mediação intelectual mais elaborada, sido o réu o autor das lesões.

A distinção entre a prova *direta* e a prova *indireta* (*indício*) não é portanto ontológica, mas apenas resulta da complexidade do raciocínio que deve ser feito para chegar-se a uma conclusão sobre o fato a ser provado.

7. Segue: *indício (prova indireta)*, *indício (prova semiplena)* e *suspeita*

Neste ponto, é conveniente deter a atenção sobre o emprego ambíguo da expressão *indício*, nem sempre claramente identificada, mas de conseqüências práticas relevantes no processo penal, que devem ser propositadamente sublinhadas.

Como visto, por *indício* deve-se entender a *prova indireta* que, ao lado da *prova direta* ou *em sentido estrito*, constitui uma das subespécies do gênero prova, aqui no sentido de *elemento de prova*, ou seja, de *dado objetivo* que serve para confirmar ou negar uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão judicial.

Mas a expressão *indício* também não é unívoca na terminologia das provas, podendo indicar, além do sentido apontado, também o elemento de prova de menor valor persuasivo ou *prova semiplena*, expressão herdada do velho sistema das provas legais.

É que a própria estrutura lógica do procedimento indireto de verificação acaba refletindo na qualidade epistemológica do resultado; assim, nessa outra acepção, o termo indica aqueles elementos que, mesmo não sendo desprovidos de eficácia probatória, não autorizam uma inferência segura sobre o fato a ser demonstrado<sup>20</sup>.

Também pode ocorrer, nesse caso, como observa Elena Maria Catalano, que a qualificação de um fato como *indício* constitua um *escamotage* para eximir o juiz da justificação mais rigorosa sobre a inidoneidade do elemento de prova<sup>21</sup>.

Sob outro aspecto, também não é possível confundir-se o *indício* — sempre um dado objetivo, em qualquer das acepções acima referidas — com a simples *suspeita*, que não passa de um estado de ânimo — fenômeno subjetivo —, que pode até possuir um valor heurístico, orientando a pesquisa sobre os fatos, mas que não tem aptidão para fundar o convencimento judicial<sup>22</sup>. Dito de outro modo: o primeiro é constituído por um fato demonstrado que autoriza a indução sobre outro fato ou, pelo menos, constitui um elemento de menor valor; a segunda é uma pura intuição, que pode gerar desconfiança, dúvida, mas também conduzir a engano<sup>23</sup>.

Nem serve para amparar a eventual equiparação a invocação do princípio do livre convencimento, pois este não autoriza o juiz a adotar decisões que sejam produto de

20. ABELLÁN, Marina G. *Los hechos en derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 93; TARUFFO, op. cit., p. 452.

21. CATALANO, Maria Elena. *La prova del alibi*. Milão, Giuffrè, 1998, p. 46. Exemplo disso, entre nós, pode ser encontrado em julgado do TJSP, que admitiu a apresentação ao júri de gravação de "confissão" prestada pelo acusado aos meios de comunicação, com a seguinte justificação: "Na verdade não é bem uma prova e sim um indício contra o réu" (Ap. Crim. 154.151-3/9).

22. MANNARINO, Nicola. *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in cassazione*. Padova, CEDAM, 1993, p. 87, nota 35.

23. ASSIS MOURA, Maria Thereza R. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 52; GRANATA, Luigi. *La tutela della libertà personale nel diritto processuale penale*. Milão, Giuffrè, 1957, p. 60.

puras convicções subjetivas, mas apenas lhe confere uma liberdade de seleção e valoração dos dados objetivos introduzidos no processo, cuja racionalidade sempre deve estar sujeita a controles.

No processo penal brasileiro, a apontada distinção é importante na medida em que, para certas decisões, exige-se um juízo de probabilidade necessariamente fundado na constatação da existência de *indício* ou de *indícios*. É o que ocorre em relação à decretação do seqüestro de bens (art. 126 do CPP), à *prisão preventiva* (art. 312, parte final, do CPP) e à *pronúncia*, no procedimento dos crimes de competência do júri (art. 408, *caput*, do CPP). Nesses casos, ainda que não seja exigido um juízo de *certeza*, é necessária a presença, no mínimo, de algum elemento de prova, ainda que indireto ou de menor aptidão persuasiva, que possa autorizar pelo menos um juízo de *probabilidade* a propósito da origem ilícita dos bens, no primeiro, e da autoria do fato nos demais<sup>24</sup>.

Constatação semelhante também vale para as situações em que a lei processual penal faz referência à *fundada suspeita* como requisito para a busca pessoal (arts. 240, § 2º, e 244 do CPP). Aqui o legislador cuidou de sublinhar que não basta uma simples convicção subjetiva, só estará autorizada a busca quando houver algum dado objetivo que possa ampará-la. É o que, na linguagem do constitucionalismo norte-americano, denomina-se *probable cause*, expressão que indica exatamente "mais do que mera suspeita, embora menos do que o *quantum* de prova necessária para a condenação"<sup>25</sup>.

## 8. Argumento de prova

Ainda com atenção à classificação dos elementos de prova, cabe fazer uma referência a outro conceito empregado especialmente na doutrina italiana, que é o *argumento de prova*.

Trata-se, com efeito, de expressão enunciada pelo art. 116, § 2º, do Código de Processo Civil, que literalmente consente ao juiz extrair *argumentos de prova* das respostas dadas pelas partes em sede de *interrogatório livre*, de sua recusa em consentir inspeções ou, em geral, de seu comportamento no processo.

Assim, e ao contrário do que sucede naquela legislação com o *interrogatório formal*, considerado verdadeiro meio de prova e do qual pode resultar a confissão, o legislador

24. Essa distinção nem sempre é observada na prática. Ver, a propósito, julgado da segunda turma do STF no RHC 64.240-PR, em que ficou assentado, com precisão: "Meras suspeitas não podem ser havidas como indícios suficientes de autoria, a justificar a necessidade da prisão cautelar. Para tanto, devem os indícios convencer o juiz da probabilidade da prática do crime, e não de mera possibilidade" (DJU 26.09.1986, p. 17718; RTJ 123/925).

25. BLACK, op. cit., p. 1201. No mesmo sentido, Allen, Kuhns e Stuntz: "Probable cause must be based on more than bare suspicion. Probable cause exists where the facts and circumstances within their [the officers] knowledge and of which they had reasonably trustworthy information [are] sufficient in themselves to warrant a man... In the case of a search, probable cause must exist to believe that the items being sought will be found in the place searched". ALLEN; KUHNS; STUNTZ. *Constitutional criminal procedure*. 3 ed. Boston, Little, Brown, 1995, p. 626.

peninsular atribui àqueles dados de convencimento um valor inferior ao das provas (inclusive os indícios), sublinhando que não são suficientes para decidir, mas que podem reforçar o raciocínio feito com base em verdadeiros elementos de prova<sup>26</sup>.

Embora sem correspondente previsão textual no estatuto processual penal da Itália, assinala-se na doutrina a pertinência do conceito também em sede de juízo criminal, lembrando-se, como exemplo, a regra do art. 192, § 3º, do Código de Processo Penal de 1988, que proclama não ser possível estabelecer a autoria do fato exclusivamente com base na chamada do co-réu, sendo necessários outros elementos de prova que confirmem a idoneidade da atribuição da responsabilidade feita por um acusado em relação a outro<sup>27</sup>.

Essa noção, embora não desenvolvida entre nós, parece presente também em algumas disposições da nossa legislação processual penal: assim, o art. 155 do Código de Processo Penal, que adota as restrições da lei civil quanto à prova do estado das pessoas; o art. 158 do Código de Processo Penal, que veda expressamente o recurso à própria confissão para suprir-se a falta de exame de corpo de delito; e, depois da Lei 10.792/2003, o parágrafo único do art. 186 do Código de Processo Penal, que exclui seja o silêncio do acusado "interpretado" em prejuízo da defesa.

Nesses casos, o legislador nacional, da mesma forma que o italiano, nega a possibilidade de se utilizar esses dados como *elementos* de prova, ou seja, como informações aptas a fundar o convencimento judicial. E a razão disso não é simplesmente política, mas tem relevante fundamento epistemológico: trata-se de dados essencialmente equívocos, por isso perigosos para deles serem extraídas inferências a respeito de fatos.

## 9. Prova direta (positiva) e contrária (negativa); a contraprova

Ainda com atenção à classificação das provas (elementos de prova) em *diretas* e *indiretas*, cabe evitar outra confusão, sublinhada por Taruffo, que decorre do emprego da expressão *prova direta* para indicar também a *prova positiva*, em oposição à *prova contrária* ou *negativa*.

Nesse caso, trata-se de distinção que tem por fundamento a relação entre a prova e o fato a ser comprovado: diz-se *positiva* (ou *direta*) a prova que objetiva demonstrar a existência do fato, ou, mais corretamente, confirmar a asserção sobre o fato principal; *negativa* (ou *contrária*) será a prova que se destina a negar tal asserção, demonstrando que o fato não ocorreu<sup>28</sup>.

É preciso observar, ainda, que também há *prova negativa* na situação em que a demonstração da inexistência do fato se faz pela prova da existência de um fato diverso, incompatível com o fato principal afirmado. Fala-se, então, em *prova negativa* (ou *con-*

26. TARUFFO, op. cit., p. 453 e segs.; RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino, Giappichelli, 2001, p. 367-369.

27. RICCI, op. cit., p. 368.

28. TARUFFO, op. cit., p. 432.

trária) indireta. É o caso do *álibi*, que consiste exatamente na prova de não-ocorrência do fato imputado, mediante a demonstração positiva de uma circunstância inconciliável com tal fato, ou seja, a presença do acusado em outro lugar<sup>29</sup>.

Não se pode confundir, igualmente, a *prova contrária* com outra expressão própria do léxico processual, que é a *contraprova*. Com esta, indica-se qualquer prova apresentada por uma parte, com o propósito de refutar os elementos apresentados pelo adversário. Trata-se aqui de fenômeno que não se liga à relação entre fato e prova, mas à própria natureza contraditória do processo, que exige o reconhecimento, dentre outros, de um *direito à prova*, que inclui, evidentemente, a prerrogativa de contrapor provas às apresentadas pela parte contrária, com o objetivo de influir no convencimento do juiz.

No processo penal brasileiro, esse verdadeiro *direito à contraprova* decorre não só do texto constitucional que garante o *contraditório* e a *ampla defesa* (art. 5º, LV), mas também está assegurado especialmente em algumas disposições da lei processual, como a do art. 475 do Código de Processo Penal, que impede a leitura de documentos no plenário do júri sem a cientificação prévia da parte contrária (entre outras, com a finalidade de, justamente, possibilitar a apresentação de *contraprova*<sup>30</sup>), e também a do art. 523, relacionada ao procedimento dos crimes contra a honra, que enseja a substituição ou complementação do rol de testemunhas quando oferecida a *exceção da verdade*.

## 10. Provas típicas e atípicas

Outra classificação que vale a pena referir — especialmente pelas conseqüências práticas — é aquela entre provas *típicas* e *atípicas*. Aqui se toma como base a sua previsão, ou não, no ordenamento: são assim *típicas* as provas catalogadas e reguladas em lei e, ao contrário, *atípicas* (ou *inominadas*) aquelas de que o legislador não cogitou.

Mas é preciso distinguir, desde logo, pelo menos duas vertentes para o emprego de tais expressões: pode-se levar em conta, de um lado, a previsão do *instrumento* pelo qual o elemento de prova é introduzido no processo (*meio de prova*) ou, de outro, os *modos* empregados para tanto<sup>31</sup>.

No primeiro caso, seriam então *atípicos* os eventuais instrumentos não previstos em lei, embora não seja fácil identificar meios diversos daqueles já referidos pelo legislador, dado que as fontes de prova são limitadas, assim como o são as possíveis modalidades da função representativa. Isso vale até mesmo para os meios resultantes do desenvolvimento tecnológico porque se reduzem sempre às noções de documento ou perícia, submetendo-se às regras que disciplinam tais modalidades probatórias<sup>32</sup>.

29. Idem, p. 433; CATALANO, op. cit., p. 23-24.

30. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 2 ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946, v. 4, p. 550.

31. RICCI, Gian Franco. *Le prove atipiche*. Milão, Giuffrè, 1999, p. 41-48.

32. ARAÚJO, Antonio Carlos C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2000, v. 4, p. 16-17.

Na segunda situação, pensa-se nas hipóteses em que o elemento de prova, mesmo sendo proveniente de um *meio* contemplado pela lei, é introduzido no processo, segundo um procedimento diverso daquele estabelecido pelo direito<sup>33</sup>. Nesse caso, como resalta Cavallone, interessa saber se os requisitos previstos em lei para a admissão e a produção de uma prova têm, ou não, caráter essencial e inderrogável<sup>34</sup>.

No plano das conseqüências práticas, a distinção também é relevante, porquanto, no primeiro caso, a atipicidade deveria levar à *inadmissibilidade* dos elementos resultantes do meio de prova não previsto pelo ordenamento, ao passo que a infringência às regras do procedimento probatório deveria conduzir à *nulidade* dos atos de produção realizados em desconformidade com a lei.

No processo civil brasileiro, o legislador cuidou de superar a primeira questão, ao inserir no art. 332 do Código de Processo Civil regra segundo a qual *todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa*. Assim, diante do texto processual civil não se distinguem, naquele primeiro sentido, as provas *típicas* e *atípicas*, para fins de sua admissibilidade, uma vez que a própria lei assimilou as duas espécies<sup>35</sup>.

Caberia indagar, então, se tal regra tem aplicação ao processo penal, na falta de disposição semelhante, ou se neste a legalidade probatória — que representa a mais valiosa garantia do acusado contra decisões arbitrárias — conduziria à inadmissibilidade das provas não contempladas pelo ordenamento.

A questão não é meramente teórica diante do que se disse sobre a dificuldade de identificar outros meios de prova, além dos já previstos pelo legislador. Alguns exemplos da prática judicial servem para indicar outros aspectos do problema e, talvez, contribuir para o encaminhamento de uma solução.

Assim, em certos casos, o Ministério Público pretende juntar, como prova, *testemunho* colhido unilateralmente em seu gabinete, alegando ser *documento*<sup>36</sup>. Trata-se aqui de um verdadeiro *jogo de palavras* que levaria a se admitir a introdução, no processo, de elementos obtidos com violação da própria natureza da prova testemunhal, cujo valor está, justamente, na sua produção na presença do juiz e em contraditório, de forma a permitir que o magistrado e as partes possam acompanhar o depoimento, observando o comportamento e as reações do depoente, e formulando perguntas necessárias ao esclarecimento completo dos fatos relatados.

33. RICCI, op. cit., p. 45.

34. CAVALLONE, Bruno. "Critica della teoria delle prove atipiche". In: *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova, CEDAM, 1991, p. 350.

35. Observe-se, a propósito, que tal disposição condiciona a admissão da prova somente à sua *legitimidade moral*, não fazendo referência, como ocorre no Processo Penal italiano, à sua idoneidade para assegurar a verificação dos fatos. Com efeito, o art. 189 do Código de Processo Penal de 1988 prescreve: "Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona".

36. Ver, a propósito, TJSP, 2ª Câmara Criminal, Correição Parcial 145.555-3/1.

Nessa situação não se trata, simplesmente, de infringência ao modo de introdução da prova, com o possível reconhecimento de nulidade, até porque as regras relativas à prova documental geralmente são observadas. A atipicidade está ligada ao próprio meio de prova, pois o canal de informação utilizado é diverso do estipulado em lei; a prova é atípica (no primeiro sentido) e não pode ser admitida, sob pena de completa subversão do valor de garantia da legalidade probatória.

O mesmo deve ser dito em relação ao não-atendimento de certos requisitos essenciais, estabelecidos pelo legislador, para assegurar a idoneidade dos elementos em que pode fundar-se o convencimento judicial.

É o que ocorre com a exigência de *exame de corpo de delito* nas infrações que deixam vestígios (art. 158 do CPP). Aqui o legislador estabelece, claramente, uma *regra de exclusão* de outros meios de prova, com o propósito evidente de evitar erros que poderiam advir de sua indiscriminada admissão para a comprovação da própria existência de um crime que deixou rastros materiais. É o que a doutrina alemã denomina *proibição relativa de prova*, pois o dado probatório só pode ser introduzido no processo por determinado meio<sup>37</sup>.

Também deve ser lembrado, a propósito, o chamado *reconhecimento fotográfico*. Para o reconhecimento de pessoas, a lei processual (art. 226 do CPP) só admite que isso seja feito com a presença física daquele que se pretende reconhecer e, mais do que isso, prescreve certas formalidades, como a de colocar indivíduos de características físicas semelhantes ao lado do reconhecido, de modo a se obter um elemento mais confiável de convencimento. Ora, se isso não sucede em relação à identificação fotográfica, é claro que ela não pode ser valorada como *prova*, pois não preenche o requisito da tipicidade.

## 11. Objeto de prova

Por último, também parece conveniente discutir nestas notas o sentido da expressão *objeto de prova*, que muitas vezes não é empregada com suficiente precisão no discurso jurídico.

Afirma-se, em geral, que *objeto de prova* (*thema probandum*) são os fatos que interessam à solução de uma controvérsia submetida à apreciação judicial. Com isso, pretende-se colocar em especial evidência a circunstância de que a atividade probatória não se destina a informar o juiz sobre as normas de direito positivo, mesmo porque tal conhecimento pelo juiz é presumido (*iura novit curia*).

Mas essa idéia traduz apenas uma visão parcial e aproximada daquilo sobre o que, efetivamente, verte a atividade probatória judicial.

Em primeiro lugar, a prova não objetiva simplesmente reconstruir uma realidade fática como tal, mas na medida em que os fatos a serem provados constituam pressupos-

37. GÖSSEL, Karl-Heinz. "As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha". Trad. Manoel da Costa Andrade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. 1992, 2(3):399.

to para a aplicação judicial do direito. Para o processo (e particularmente para a atividade probatória) o próprio *fato* é determinado, segundo a sua idoneidade para produzir consequências jurídicas. Em síntese, como adverte Taruffo, é o direito que define e determina aquilo que no processo constitui o *fato*<sup>38</sup>.

Sob outro aspecto, também não é exato dizer que a prova destina-se a obter o conhecimento sobre um fato, pois, antes disso, o que se apura no processo é a verdade ou a falsidade de uma *afirmação sobre um fato*. É que o *fato*, como fenômeno do mundo real, somente poderia ser constatado no próprio momento em que se verifica; não é possível, portanto, *provar* um acontecimento passado, mas somente demonstrar se uma afirmação sobre este é ou não verdadeira.

Disso resulta que, na verdade, o *thema probandum* é determinado pelas proposições representativas do *fato* juridicamente relevantes, e colocadas pelas partes como base da acusação e da defesa, ou mesmo como fundamento de eventual pesquisa judicial<sup>39</sup>.

Daí não ser possível entender a pesquisa probatória como algo dissociado do contraditório processual, pois o seu *objeto* não são simples *fatos externos* — realidades independentes do sujeito —, mas *fatos interpretados*, pois constituem resultado de uma subsunção em uma classe de fatos relevantes para o direito, segundo a perspectiva de quem os afirma no processo<sup>40</sup>.

Para o processo penal brasileiro, essas ponderações adquirem particular relevância quando se examina, por exemplo, a regra inscrita no art. 383 do Código de Processo Penal, que permite ao juiz dar ao *fato* definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Entender-se que o *fato* a que se refere a disposição legal é simplesmente uma realidade externa — ou *evento naturalístico* —, independente de sua subsunção em um certo tipo penal, como freqüentemente ocorre na praxe judiciária e mesmo com o respaldo da doutrina mais acatada<sup>41</sup>, implica admitir a mencionada confusão a respeito do que constitui o *objeto da prova* no processo penal.

No processo penal, a atividade probatória versa, fundamentalmente, sobre a *imputação de um fato criminoso*, ou seja, sobre a afirmação que faz a acusação a respeito da ocorrência de um *fato tipificado* pelo direito penal. Assim, a qualificação jurídica também integra a imputação<sup>42</sup>, na medida em que o fato narrado só tem valor quando ligado à norma incriminadora<sup>43</sup>.

38. TARUFFO, op. cit., p. 69.

39. UBERTIIS, op. cit., p. 90.

40. Sobre a classificação de fatos externos, fatos percebidos e fatos interpretados, sob a ótica da epistemologia, ver, especialmente, GONZÁLEZ, Daniel L. "Los hechos bajo sospecha: sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial". In: *Análisi e diritto 2000*. Torino, Giappichelli, 2001, p. 72 e segs.

41. Por todos, MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1965, v. 2, p. 252.

42. BADARÓ, Gustavo Henrique I. R. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 117.

43. SCARANCE, Antonio F. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 232.

É por isso que, mesmo com a omissão do código diante de uma possível alteração da qualificação jurídica do fato (*rectius*, do fato *com* sua qualificação jurídica), devem ser necessariamente observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, não só para que o réu possa defender-se de possíveis repercussões em seu direito à liberdade, mas também para que a acusação tenha a oportunidade de sustentar a afirmação inicial<sup>44</sup>. E isso vale especialmente para o exercício do *direito à prova* das partes, em atenção à alteração do objeto da pesquisa probatória.

---

44. Nesse sentido, BADARÓ, op. cit., p. 117; SCARANCE, op. cit., p. 232-234; MALAN, Diogo R. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 178-179.