

## A PROVA COMO ARGUMENTO\*

Gilberto Niederauer Corrêa  
Procurador da Justiça  
Prof. Fac. Dir. UFRGS\*\*

Vê-se quão equívoca tem sido a conceituação de prova.

Uns a identificam com o meio: outros com a atividade: outros com o resultado.

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO, citando PERELMAN, afirma que a argumentação é, precisamente, o tipo de raciocínio empregado pelo jurista.<sup>1</sup>

Clássica é a concepção da prova como argumento.

Cícero a conceituou assim.

Diverso não foi o entendimento de Aristóteles.

Há, inclusive, a afirmação de que a origem da retórica retroage ao século V A.C., na Sicília, tendo-se desenvolvido por necessidades práticas, para reivindicar as terras confiadas por Trasíbulo.<sup>2</sup>

São características essenciais do conceito romano de prova:

a – considerar-se algo retórico e abstrato;

b – estar a atividade probatória dominada pela lógica e a teoria da controvérsia (*status*), inicialmente, evoluindo depois para a teoria da formação das questões. Daí, a identificação do provável com o éticamente preferível e não com a realidade ou com aquilo que comumente acontece;

c – o fato está confundido com o direito;

d – o campo da investigação está limitado ao mais importante ou relevante, em virtude da chamada teoria das exclusões.

A partir do século XII, mais ou menos, começa a decadência da tradição retórica.

O conceito do provável passa a fundar-se em bases objetivas, de acordo com o que comumente acontece na realidade, isto é, o *id quod plerumque accidit*.

Objeto da investigação passa a ser a reconstrução do fato, que adquire, assim, autonomia, constituindo um dos pilares da teoria moderna da prova. Mas, em troca, o legislador subtrai do juiz a livre apreciação da prova, fixando ele mesmo o grau de probabilidade que se deve reconhecer aos distintos meios de prova, submetidos, assim, a critérios abstratos e objetivos.

\*Excertos da dissertação "Conceito de prova no processo penal" apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com que obteve o título de Livre-Docente.

\*\*Livre-Docente de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

A elaboração do sistema das provas tarifadas impõe a decadência do conceito retórico da prova e constrói nova noção do provável, convertendo todas as regras da experiência até então existentes, em normas objetivas obrigatórias, impondo, assim, uma lógica oficial e abstrata.

Mais tarde, o utilitarismo de STUART MILL e seus seguidores, cujo principal expoente foi BENTHAN, introduz no direito o conceito moderno de prova, baseado na filosofia indutiva e na ciência experimental, indo ao exagero de identificar a prova judicial com a prova indireta. Desde então, a essência do conceito de prova consiste em passar de um fato conhecido a um fato ignorado.

BENTHAN coloca todo o edifício de seu sistema sobre uma fé absoluta na *razão natural* que crê capaz de apreciar o diverso grau de probabilidade que existe em cada prova, criando um método objetivo e quantitativo para valorá-la, isto é, um sistema de tarifa legal estrita. Por outro lado, contesta o sistema das “regras de exclusão”, dizendo não se dever excluir nenhuma prova, porque o “*probandum*” não é a questão controvertida, mas os fatos. Dá à valoração probatória um caráter exclusivamente lógico, o que determinou fosse seu *Tratado das provas judiciais* considerado um trabalho de lógica jurídica, como afirmou DUMONT, apresentador da edição francesa de 1832. Olvida, porém, a natureza humana e social do ato de prova e seus aspectos psicológicos e técnicos.<sup>3</sup>

STUART MILL identifica a lógica com a ciência das provas e ensina que as conclusões da indução não são certas, mas prováveis, motivo pelo qual o problema fundamental é aumentar o grau de probabilidades, identificando as “regras de exclusão” com a “lógica da relevância”.

Por isso, tem razão LESSONA quando afirma que estudar a prova em si “é próprio da lógica”.<sup>4</sup>

ECHANDIA esclarece que, afundando no conceito de prova, pode distinguir-se a prova em si mesma e os meios de prova ou instrumentos que a subministram.

A *prova em si mesma* é constituída pelas razões ou motivos que servem para levar ao juiz a certeza sobre os fatos, enquanto que *meios de prova* são elementos ou instrumentos utilizados pelas partes e pelo juiz que subministram as razões ou os motivos, donde a possibilidade de meios de prova que não sejam prova de nada, quando não contenham motivos ou razões para a convicção do juiz.<sup>5</sup>

Isto torna indiscutível que provar é persuadir, gerar convicção. Persuasão e convicção que se realizam no mundo intelectual. E com dupla direção: das partes para lograr o convencimento do juiz; deste para persuadir as partes mas, principalmente, a coletividade.

Com isto se identifica o argumento.

Não passou despercebida a SANTO TOMÁS essa característica de persuasão das pessoas, pois “*argumentum dicitur, quod arguit mentem ad assentiendum alicui*” (chama-se argumento o que ergue a mente para convencer alguém).

O argumento tem, tradicionalmente, uma bipartição fundamental, em função da maior ou menor intensidade de sua força dialética, o que ARISTÓTELES vislumbra ao distingui-los em “argumentos estritamente lógicos” e “argumentos dialéticos”, o que, em KANT, originou o “fundamento da prova” e a “demonstração”.

JAIME PUIGARNAU acrescenta seu entendimento de que a bipartição do argumento deveria basear-se sobre o que respectivamente versa, de sorte a entender-se por

*prova* “a manifestação da realidade de um fato” e por *demonstração*, “a manifestação da verdade de uma tese”.<sup>6</sup> Como não se pode falar de fatos do mundo real senão através da abstração, porque não se pode abrir uma via pela qual pudesse penetrar a realidade fática na câmara do puro pensamento, resulta que os fatos do mundo real, ao serem importados ao campo da lógica se traduzem em proposições, as quais, confrontadas com as proposições abstratas ou tese, objeto da demonstração, constituem as proposições fáticas, objeto da prova.

Em suma, conclui PUIGARNAU, o argumento *in genere* consiste na manifestação racional da verdade ou falsidade de uma proposição.

Das duas espécies de argumento, a prova é a manifestação racional da verdade ou falsidade de uma proposição fática, enquanto que a demonstração é a manifestação racional da verdade ou falsidade de uma proposição abstrata ou tese, sujeitando-se a prova às regras do raciocínio indutivo e a demonstração, à do dedutivo.<sup>7</sup>

O conceito de prova está, assim, modernamente embasado na indução e na dedução. Estes procedimentos não estão em oposição entre si, pois têm funções diferentes: enquanto a dedução descansa sobre as determinações da sintaxe, as regras do procedimento da indução pertencem à semântica.<sup>8</sup>

SCHREIBER mostra que as decisões jurídicas são um subgrupo das proposições normativas.

As proposições normativas são proposições que descrevem uma situação do mundo tal como é desejada, ao passo que as proposições indicativas contêm enunciados acerca das realidades que devem ser comprovadas pela observação.<sup>9</sup>

Como nosso conhecimento acerca dessas realidades, pelo menos no campo do direito criminal, reside no testemunho de outros, tem de basear-se, fundamentalmente, na fé e na confiança que as pessoas inspiram. Mas não apenas a fé valoriza o testemunho, pois o conhecimento científico especializado, cada vez mais indispensável, nos impõe o dever de submeter as informações à prudente confirmação, atento a que a crença, a memória, as relações de parentesco, de trabalho, de idade, de estado social podem influir nos esquemas mentais das pessoas, não havendo qualquer incompatibilidade entre a testemunha crer uma coisa como certa e esta não ser verdadeira.

Sendo os diversos meios de prova, em sua imensa maioria, instrumentos indiretos de reconstrução histórica de fatos passados, o conhecimento que se tem destes entra sempre no domínio do provável, na concepção científica de probabilidade objetiva. Isto impõe renunciar a um tipo de conhecimento certo, pois a formalização do saber, nesse campo, não resulta possível. Daí, a convicção ou certeza moral ser o resultado de uma probabilidade maior, objetivamente colocada, extraída dos elementos objetivos de informação histórica. Nessa atividade, trabalha-se com os argumentos lógicos e dialéticos, donde a reconstrução judicial do fato aparecer numa posição de pesquisa e análise de proposições prováveis.

Resultado dessa atividade é chegar-se a um ponto qualquer no qual prevalece a probabilidade de uma hipótese sobre a hipótese inversa, surgindo, aí, o convencimento da verdade, a convicção.

A determinação deste ponto de convencimento, diz FOSCHINI, no qual a dúvida transforma-se em certeza, é um “ato de fé”, expressão do próprio ser, isto é, expressão de uma vivência prática e não teórica. Neste juízo, neste convencimento, é que consiste a prova.<sup>10</sup>

Analisando a estrutura da prova, FOSCHINI afirma possuir ela três momentos fundamentais e concomitantes, quais sejam a percepção, a subsunção e a dedução, os quais formam uma unidade lógica.

Essa distinção é puramente ideal e serve apenas ao propósito de dissecar a estrutura da prova.

A percepção significa o contato processual com a realidade, a qual está contida no fato fonte de prova adquirido no processo.

Percebido o fato, tal acontecimento seria insignificante se não viesse referido à experiência, isto é, subsumido em uma máxima de experiência que funciona como meio para extrair a verdade do fato diverso que é o tema da prova. Em tal função, a máxima de experiência funciona como "argumento de prova". E exemplifica: erraria quem acreditasse que a simples visão (percepção) de uma fotografia, na qual Tício é retratado em uma dada localidade em companhia de Caio, determina a prova de que Tício esteve em companhia de Caio. Esta dedução só é possível enquanto o fato percebido (fotografia) é subsumido acima de tudo na experiência relativa ao procedimento fotográfico, em função do qual se diz que se existe a fotografia de uma cena, deve ter existido, antes, a cena fotografada.

Tanto é verdade que se a mesma cena, em vez de resultar de uma fotografia resultasse de um desenho, a prova não mais traduziria aquilo, precisamente por variar a regra da experiência, da imutabilidade, da realidade da cena fotografada pela fantasiosidade da cena desenhada.<sup>11</sup>

Por mais fácil e veloz que possa ser a subsunção da fonte à máxima da experiência, deve sempre estar, inevitavelmente, referida à experiência total em que a máxima está incluída. O momento da subsunção constitui aquele da emergência da liberdade de convencimento, do convencimento racional, justamente porque emerge, concretamente, da máxima de experiência.

Por isso, minha afirmação anterior de que o sistema da convicção racional, conceituada a prova como argumento, realiza, em sua plenitude, a fase científica da prova.

A experiência de que me sirvo ou é a comum dos homens, ou é a dos especialistas, conhecedores das ciências auxiliares do direito processual penal, ou é altamente especializada e seu conhecimento será obtido através dos peritos ou dos assistentes técnicos.

Tendo havido a percepção dos fatos (no exemplo anterior, o exame da fotografia), operada sua subsunção numa máxima de experiência (no exemplo anterior, se existe a fotografia de uma cena, deve ter existido a cena fotografada), opera-se a dedução da verdade ou falsidade do fato diverso que constitui o tema da prova (no exemplo anterior, Tício esteve no dito lugar em companhia de Caio). Como, porém, tal verdade não é certa mas apenas provável, não posso afastar a possibilidade de que a fotografia não retrate a cena fotografada, mas, ao invés, seja uma cena habilmente montada. . .

Com a prova testemunhal não é diverso o fenômeno.

É óbvio que uma das causas pela qual estou convencido da existência de um lobo marinho no jardim zoológico de Sapucaia, é que alguma pessoa o viu e transmitiu essa percepção. Mas não é esta a base do meu convencimento, uma vez que necessito convencer-me da probabilidade de que aquela pessoa teve aquela percepção.

Em verdade, toda a vida social se desenvolve sobre a fé na experiência alheia e na verdade da descrição com que são comunicadas. O processo não faz exceção. Por isso, ao

acolhermos o testemunho de outrem nos servimos de argumentos extraídos da experiência, ainda que inconscientemente, examinando a imputação, os antecedentes, o caráter da testemunha, suas relações com a parte, seu interesse no desate da controvérsia, etc., de modo que a análise crítica constitui um instrumento necessário para verificar o dado fornecido, através de um juízo do tipo silogístico, em que a premissa maior é um dado científico ou da experiência, concernentes às vivências humanas, e a premissa menor qualquer da ou das circunstâncias referidas, implicando um juízo de credibilidade, no qual sempre existe um saldo imponderável que se determinará pelo livre convencimento.

Após essa conclusão pela veracidade do testemunho, a ilação de que o fato descrito tenha, realmente, acontecido realiza, quiçá, a última dedução, não menos impregnada de “standards jurídicos”, de máximas de experiência.

A crítica é, mais ou menos, a seguinte: se A afirma que viu B realizando tal conduta e A é pessoa digna de fé, mostra-se extremamente improvável que o acontecimento percebido fosse o fruto de uma alucinação ou de uma encenação para enganá-lo. Logo, se percebeu o fato, não tendo incorrido em equívoco ao interpretá-lo, tendo retido uma recordação exata e tendo-lhe sido possível traduzi-lo, fielmente, em palavras – embora a respeito de alguns desses eventos psíquicos seja virtualmente impossível uma verificação – posso considerar como demonstrado o fato praticado por B e percebido por A.

Assim também ocorre com a perícia. A perícia pode constituir-se em uma mera declaração probatória – como normalmente ocorre no auto de exame de corpo de delito – com a narração simples de um fato percebido no exercício do encargo. Pode, também, constituir-se no desenvolvimento de uma prova crítica, pela construção de um raciocínio silogístico cujas premissas são dados de um fato e regras técnicas ou de experiência. Nesse caso, o perito fornece um raciocínio do qual o juiz verifica premissa e conclusão, podendo, à evidência, repudiá-la.

Pode consistir ainda e indiscutivelmente, na “prova por indícios”, a que ficou reduzida a prova judicial na maioria dos casos, como ensina ENGISCH<sup>1 2</sup>, ensejando uma presunção cuja estrutura está magnificamente colocada pelo Professor Pereira Leite, nos seguintes termos:

“Toma-se um fato *A* – fato conhecido, fato-base, fato auxiliar, fonte da presunção ou indicio – e atinge-se o fato *B* – fato desconhecido, presumido, ou fato probando. A ponte entre *A* e *B* é construída, por raciocínio, segundo a experiência humana do mundo. Seu material é a normalidade, o que habitualmente ocorre ou está na natureza das coisas.

A relaciona-se a *B* porque é efeito ou causa de *B*, porque costuma acompanhar *B*.

A relação entre *A* e *B* é uma relação de probabilidade, porque se apoia no que normalmente ocorre e não no que sempre ocorre. Supõe, pois, a possível ocorrência do anormal, inusitado, insólito. Através da presunção atingirá o juiz a chamada “certeza moral”. Esta locução acaso encobre a incerteza dos julgamentos humanos.

Há, pois, três elementos na presunção: o fato base – *A*, o fato desconhecido – *B* e a normalidade do aparecimento de *A* e *B* ou de sua presença encadeada”.

Assim exposto o tema, penso poder extrair alguns conceitos fundamentais capazes de permitir a aquisição de uma perfeita noção de prova processual penal.

O método histórico é insubstituível em matéria processual penal, razão pela qual tudo pode ser reduzido a três operações: heurística, crítica e síntese.

Heurística consiste na determinação das fontes informativas, as quais são previstas nas leis processuais como meios de que o juiz pode valer-se e a forma de introduzi-los no processo.

Crítica consiste no estabelecimento do valor de cada um dos dados colhidos, de sua aptidão para gerar determinada crença, de sua força de convicção, cindindo-se, analiticamente, em duas etapas: uma, exterior, relativa à sua autenticidade e outra, interna, relativa a seu valor.

Síntese consiste no resultado a que chega o juiz — como o historiador — pela observação do conjunto dos elementos de prova devidamente valorados, recriando o passado.

O passado que se tem de recriar consiste na imputação, isto é, no fato típico atribuído ao acusado, com todas as circunstâncias relevantes.

O conjunto dos fatos relevantes constitui o *tema da prova*.

O fato típico, com todas as suas circunstâncias, existe ou não. Todavia, não são os fatos propriamente ditos que se provam, que se reconstroem, mas as afirmações de sua existência e da relação com o acusado.

Essa reconstrução é ideal, é abstrata.

É impossível provar uma mesa, um contrato, uma obrigação<sup>14</sup>. O que, sim, requer prova, são nossas afirmações em relação a tais fatos, pois só eles podem ser objeto de prova.

Em consequência o que é *objeto de prova* são as afirmações que se referem aos fatos.

Como as afirmações de fatos passados têm a eles como conteúdo, é comum afirmar-se que objeto de prova são os fatos. Todavia, objeto de prova é a verificação das afirmações das partes com os fatos reconstruídos.

Para reconstruir os fatos e circunstâncias que são a matéria das afirmações, faz-se mister introduzir no processo as *fontes de prova*, entendidas estas como os elementos probatórios existentes antes e independentemente do processo. Essa inclusão dá-se através dos meios de prova.

*Meio de prova* é, portanto, o modo admitido, implícita ou explicitamente, pela lei, como veículo de prova; são as atuações judiciais com as quais as fontes se incorporam ao processo.

Assim, a testemunha é uma fonte de prova; sua declaração, seu testemunho é meio de prova.

A parte e o que ela sabe é fonte; sua declaração é meio.

A coisa a ser examinada é fonte; o exame pericial ou a inspeção judicial é meio.

O documento é fonte de prova; sua incorporação ao processo é meio de prova<sup>15</sup>.

A fonte de prova, introduzida no processo pelos meios admitidos, nominadamente ou não, contém *elementos de prova* que são aquelas informações com as quais o juiz forma o seu convencimento. Daí serem também chamados os “*elementos de prova*”, de “*motivos de prova*”, “*argumentos de prova*”, “*fundamentos de prova*”.

Estes, os elementos de prova, é que constituem, objetivamente, a prova. Com eles realizam-se operações intelectuais, lógico-críticas, tendentes a convencer da veracidade ou falsidade de afirmações com relevância jurídica, vale dizer, criando convicção que é o sentido subjetivo da prova.

MOACIR AMARAL SANTOS, em obra recentíssima, afirma que a prova judiciária só pode ser compreendida como um todo, objetiva e subjetivamente, não podendo ser tomada separadamente, apreciada como fato e como indução lógica<sup>16</sup>.

Isto coloca a necessidade de uma atitude crítica do juiz que só será eficaz na medida em que a investigação dos fatos puder encontrar respaldo na liberdade dos meios de prova, aceitas as conquistas da ciência e da tecnologia, mas respeitados os direitos e garantias inerentes à condição humana, tudo submetido ao contraditório que, em matéria criminal, antes de conflito de interesses, é conflito de perspectivas, constituindo, desde a tradição greco-romana, imprescindível critério de busca da verdade.

Assim colocado o tema, pode-se concluir esta dissertação com o seguinte conceito:

Prova consiste em argumentos extraídos das fontes de prova, capazes de permitir, com a reconstrução histórica de fatos relevantes, concluir-se da veracidade ou falsidade das afirmações das partes; vale dizer: *prova é, também, argumento!*

#### NOTAS

- <sup>1</sup>. FULLER, Lon F. *Casos dos exploradores das cavernas*, trad. de Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre, Fabris, 1976. p. xiii.
- <sup>2</sup>. GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova, contributo alla logica giuridica*. Milano, Gluffrè, 1971. p.6.
- <sup>3</sup>. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria geral de la prueba judicial*. Buenos Aires, Victor P. de Zavalia, 1972. v.1, p.69.
- <sup>4</sup>. LESSONA. *Teoria general de la prueba en Derecho Civil*, citado por ECHANDIA, ob. ref., p.10, nota 5.
- <sup>5</sup>. ECHANDIA, ob. cit., p.33.
- <sup>6</sup>. PUIGARNAU, Jaime Mans. *Lógica para juristas*. Barcelona, Bosch, 1969. p.194.
- <sup>7</sup>. PUIGARNAU, ob. cit., p.195-7.
- <sup>8</sup>. SCHREIBER, Rupert. *Lógica do Direito*, trad. de Ernest Garzón Valdez. Buenos Aires, Sur, 1967. p.97.
- <sup>9</sup>. SCHREIBER, ob. cit., p.41.
- <sup>10</sup>. FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del Diritto Processuale Penal*. Milano, Guiffè, 1965. p.408-10.
- <sup>11</sup>. FOSCHINI, ob. cit., p.415.
- <sup>12</sup>. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 2.ed., Lisboa, Fundação Gulbenkian, 1964. p.72.
- <sup>13</sup>. PEREIRA LEITE, João Antonio. Conferência proferida no Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre.
- <sup>14</sup>. DOMINGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona, Avel, 1969. p.359, n.4.
- <sup>15</sup>. SENTIZ MELENDO, Santiago. Naturaleza de la prueba. *Justitia*. São Paulo, v.84, 1.º trim. 1974, p.211-26.
- <sup>16</sup>. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976. v.4, p.10-1, n.º 4.