

JORDI FERRER BELTRÁN

COLEÇÃO
O NOVO
PROCESSO
CIVIL

PROVA E VERDADE NO DIREITO

Tradutor: VITOR DE PAULA RAMOS

LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART
DANIEL MITIDIERO
Coordenadores

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Carteira Particular
José Máximo Badaró
Número N° 9529

PROVA E VERDADE

2.1. Duas formas de estabelecer a relação

Pretendendo analisar as numerosíssimas matizes em que foi proposta a relação entre prova e verdade, faz-se necessário elaborar amplo elenco de posições teóricas, explícitas e implícitas. Não obstante, talvez se trate de um esforço pouco produtivo; uma vez terminado o elenco, pode ser que não se tenha avançado em absoluto no esclarecimento da relação entre tais noções.

Por isso, limitar-me-ei a expor duas das formas mais habituais com que se apresentou essa relação, analisando seus problemas e as críticas a que foram submetidas.

Para a primeira dessas teses, que defende a existência de uma relação que pode ser chamada de conceitual, a verdade de uma proposição é condição necessária, mas não suficiente, para que se possa dizer que a proposição está provada. Trata-se de uma tese sobre o conceito de prova já analisada no capítulo anterior que, de forma geral, sustenta que uma proposição está provada se é verdadeira e se há elementos de juízo a seu favor. Essa foi classicamente a concepção majoritária da prova judicial (cf., por todos, BENTHAM, 1823, v. I, p. 30; BONNIER, 1869, v. I, p. 5-6), que, pode-se dizer, hoje está em franca decadência, pelas razões que serão indicadas no item que segue¹.

A segunda tese, por sua vez, sustenta que a relação entre prova e verdade é teleológica; isto é, não confere à verdade qualquer papel na definição da prova, mas a considera o objetivo último da atividade probatória (entre outros, CHIARLONI, 1987, p. 505 e ss.; FERRAJOLI, 1989, p. 551 e ss., 556). O que se sustenta, desse modo, é que a finalidade principal da atividade probatória é obter o conhecimento da verdade sobre os fatos ocorridos, cuja descrição será convertida em premissa do raciocínio decisório (SUMMERS, 2000, p. 285 e ss.).

1. Em todo caso, vale a pena destacar que, na minha opinião, essa tese conceitual não é plausível; isto é, não creio que a verdade de uma proposição deva ser considerada condição necessária para que possa resultar provada. Veja-se o item 1.3.3, supra, para maior argumentação sobre essa refutação.

A segunda limitação processual que incide de um modo relevante sobre a relação entre prova e verdade é o instituto da coisa julgada. De forma muito rudimentar, pode-se dizer que a função de tal instituto é a de pôr um limite à discussão jurídica pelo processo judicial. É interessante advertir que essa não é uma limitação imposta pelo próprio marco processual, como eram as anteriores. Nesse sentido, é perfeitamente possível conceber um sistema judicial em que todos ou alguns casos possam ser reapresentados indefinidamente, bem como que as decisões adotadas nas sucessivas instâncias sejam passíveis de se recorrer de maneira ilimitada. Mais do que isso, um sistema como esse não só pode ser concebido como hipótese teórica, mas também pode ser encontrada alguma experiência histórica nele, em que se permitia a reapresentação indefinida de diferentes processos com o mesmo objeto litigioso⁶.

Convém que sejam diferenciados dois sentidos em que a expressão “efeito de coisa julgada” vai costumeiramente utilizada. Esses dois sentidos são identificados habitualmente pelas denominações “coisa julgada formal” e “coisa julgada material”. A primeira dessas é a qualidade de ser impassível de impugnação, que vai atribuída a uma decisão judicial pelo ordenamento jurídico (e que, por vezes, em espanhol vai também denominada *firmeza*⁷). Essa impossibilidade de impugnação pode produzir-se por dois motivos, a saber: pode se tratar de uma decisão contra a qual o ordenamento não admita qualquer recurso, ou pode ocorrer que as partes deixem transcorrer em branco os prazos para a apresentação do recurso pertinente.

Em sentido material, por sua vez, a coisa julgada guarda relação com os efeitos que determinado tipo de decisão judicial, a sentença, produz em relação a outros processos. Por um lado, exclui a possibilidade de que se adote uma decisão futura

6. É muito indicativo o nome que recebiam esses processos: *lites immortales*. Sobre o tema, pode-se ver GIULIANI, 1988, p. 527 e ss. Também, na União Soviética, durante um largo período depois da revolução, considerou-se que toda sentença, civil ou penal, podia ser revisada, sem limite temporal predeterminado. Mais do que isso, os obstáculos à possibilidade de revisão de uma decisão judicial até que se obtivesse uma solução acertada – na determinação dos fatos e na aplicação do direito – eram considerados um formalismo burguês inaceitável. Vide, sobre o tema, DAMAŠKA, 1986, p. 179. Em sentido contrário a essa caracterização da coisa julgada, considerando-a uma instituição “ínsita à própria função jurisdicional”, manifesta-se TAPIA, 2000, p. 135.

7. Montero Aroca, com bom critério, propõe usar essa denominação de *firmeza* para esse primeiro sentido, reservando a expressão coisa julgada para o sentido material, de modo que se evitem confusões terminológicas. Cf. MONTERO AROCA, 1995, p. 72 e ss. Não obstante, a LEC assumiu as denominações coisa julgada formal e material em seus arts. 207 e 222.

entre as mesmas partes e sobre o mesmo objeto (art. 222.1 da LEC). Por outro, em seu aspecto positivo, a coisa julgada material

(...) é o efeito vinculante para um processo posterior da sentença transitada em julgado, prolatada em um anterior, sobre uma situação ou relação jurídica que – não sendo a mesma novamente submetida à consideração judicial – condiciona a situação ou relação jurídica que se faz valer no novo processo (TAPIA, 2000, p. 207-208; art. 222.4 da LEC).

Seja como for, convém matizar três pontos importantes: o instituto da coisa julgada não impede sempre a reapresentação da discussão sobre os fatos (CHIARLONI, 1987, p. 514), seu alcance vai além da determinação dos fatos e, por fim, não se trata da única limitação à possibilidade de reapresentação da discussão sobre os fatos provados no marco do processo judicial.

Assim, em primeiro lugar, em alguns casos é possível reabrir a questão da determinação dos fatos provados de um caso, mesmo quando sobre esse recair sentença transitada em julgado. Obviamente, isso depende da regulação jurídica presente em cada ordenamento, mas é habitual, por exemplo, que seja permitida a revisão de uma sentença transitada em julgado quando se dispuser de novas provas que possam demonstrar a inocência de uma pessoa condenada penalmente.

Em segundo lugar, resta claro que a coisa julgada possui alcance mais amplo do que o da determinação dos fatos provados, pois não se aplica somente aos aspectos referentes à determinação dos fatos do caso, mas também, e, inclusive, principalmente, à decisão sobre a interpretação e a aplicação do direito a tais fatos.

Por fim, em muitos ordenamentos é habitual que se limite de diversos modos a possibilidade de reapresentação, em segunda e sucessivas instâncias, da discussão sobre os fatos provados do caso, em homenagem ao princípio de imediação⁸. De forma aproximada, o que se sustenta é que o sujeito mais bem situado epistemologicamente para valorar as diferentes provas aportadas ao processo, individual ou conjuntamente, é aquele que presenciou diretamente sua produção, de modo que isso pressuporia um limite às possibilidades de revisão por outros superiores da declaração de fatos provados realizada por esse juiz ou tribunal.

8. O alcance que deve ser dado ao princípio de imediação não está claro em absoluto e, por muitos anos, uma interpretação extraordinariamente lassa desse foi o subterfúgio para a adoção de concepções altamente irracionalistas da prova, limitando o alcance do dever de motivação e impedindo um verdadeiro controle posterior da decisão. Vide, por todos, ANDRÉS IBÁÑES, 1992, p. 295 e ss.; 2003a, p. 59 e ss.; 2003b, p. 57 e ss.

A terceira limitação às possibilidades de conhecer a verdade acerca de (proposições sobre) fatos no processo judicial vai representada pela existência, em todos os ordenamentos jurídicos modernos, de uma considerável quantidade de regras jurídicas sobre a prova. Nesse sentido, como mostrado no capítulo anterior⁹, muitos são os autores que sustentam que a existência dessas regras limita ou impede de maneira direta que se possa defender uma vinculação mais ou menos estreita entre os conceitos de prova jurídica e de verdade. Não obstante, parece imprescindível realizar uma análise mais detalhada sobre os diferentes tipos de regra processual sobre a prova e sobre a sua incidência naquela relação, a fim de não se aventurar na defesa de teses gerais não fundamentadas em todos os casos.

Para isso, diferenciei três tipos de regra sobre a prova: regras sobre a atividade probatória, sobre os meios probatórios e sobre o resultado probatório. Como procurei mostrar no capítulo anterior, os dois primeiros tipos de regra sobre a prova não pressupõem um empecilho a que se possa atribuir valor de verdade aos enunciados que declaram fatos provados¹⁰. Por sua vez, no caso do terceiro tipo de regras, a resposta não pode ser tão simples.

Com efeito, nesse tipo devem-se distinguir as denominadas regras de prova legal e as regras que estabelecem o princípio da livre valoração da prova. Uma boa forma de interpretar o que essas últimas regras estabelecem é considerar que preveem que o órgão julgador avalie o material probatório aportado ao processo de acordo com as regras da racionalidade geral. Nesse caso, as únicas limitações jurídicas são impostas por um contexto processual em que se delimitam os elementos de prova que posteriormente devem ser individual e conjuntamente valorados pelo juiz.

Por outro lado, no caso das regras de prova legal, como já expus, abstrai-se da racionalidade da decisão no caso concreto, conferindo-se um determinado resultado probatório a um meio genérico de prova¹¹. Desse modo, pode-se considerar que

9. Itens 1.4 e 1.4.1.

10. É dizer, não impedem que esses enunciados sejam suscetíveis de veracidade ou falsidade. Outra coisa, por óbvio, é que possam incidir aumentando ou diminuindo as possibilidades de que o enunciado declarado provado resulte, no fim, verdadeiro, isto é, que corresponda aos fatos realmente ocorridos. Nesse sentido, Gascón fala, de modo muito eloquente, da tarefa da descoberta da verdade. Vide GASCÓN, 1999, p. 115, 125 e ss. Essa mesma distinção, com diferente terminologia, pode ser encontrada em Wigmore, que classificava as regras sobre a prova entre regras que perseguem uma finalidade extrínseca (não probatória) e regras auxiliares intrinsecamente probatórias. Sobre o tema, vide JACKSON, 2004, p. 129.

11. Não se exclui, entretanto, que se possa atribuir racionalidade à decisão geral do legislador de atribuir um específico valor probatório a um determinado meio genérico de prova.

tanto essas regras como os enunciados que fixam os fatos provados por aplicação daquelas ao caso concreto são casos de regras constitutivas (gerais e aplicadas, respectivamente). Sendo assim, não é possível lhes atribuir valor de verdade.

Uma vez apresentadas as diferentes limitações processuais à possibilidade de alcançar uma determinação verdadeira dos fatos no processo judicial, convém recapitular e voltar por um momento às duas formas principais com que se defendeu a relação entre prova e verdade: a relação conceitual e a teleológica. Agora já é possível analisar a plausibilidade dessas relações à luz das limitações apresentadas. Não obstante, para isso apresentarei primeiramente algumas das teses que negaram aquelas relações.

2.3. Verdade material vs. verdade formal

As diferentes limitações processuais – e não processuais (como os interesses das partes) – que podem interferir na determinação da verdade dos enunciados que declaram fatos provados fazem com que, em algumas ocasiões, sejam declarados provados enunciados falsos. Sendo assim, defendeu-se a necessidade de levar em conta, de alguma forma, os casos em que o transcurso normal do processo, por uma ou outra das razões estudadas, conduz a que se declarem provados fatos que se afastam do que realmente ocorreu.

Diante de tal exigência, parecem apresentar-se duas alternativas, excludentes e exaustivas: ou se abandona a definição da prova em termos de verdade, isto é, a relação conceitual entre ambas as noções, ou se sustenta que os casos em que se declara provado um enunciado sobre os fatos que resulta falso, na verdade, não está provado.

Não obstante, a doutrina alemã do final do século XIX (cf., por exemplo, VON CANSTEIN, 1899, p. 306 e ss.) – e com ela boa parte da doutrina e da jurisprudência europeia até os nossos dias – buscou escapar do dilema anterior postulando a distinção entre dois tipos de verdade, material e processual. A primeira também foi denominada pelos qualificativos “objetiva”, “real” etc. A segunda, de seu turno, também recebeu denominações de “formal”, “judicial”, “forense” etc.

Seja como for, as razões para negar essa racionalidade deveriam ser diferentes das que servem para julgar a racionalidade da decisão no caso concreto. Para uma fundada opinião negativa sobre a racionalidade do instituto da prova legal pode-se ver TARUFFO, 1992, p. 361 e ss., especialmente 374. Em sentido contrário, MONTERO AROCA, 2000, p. 53 e ss.; 2001, p. 138-139.

A verdade material é aquela de que se fala fora do processo judicial. Por isso, também é possível referir-se a essa pela denominação de verdade *tout court*, sem outros qualificativos. Não está claro quais seriam as condições de verdade, nesse sentido, em que os teóricos que propuseram tal distinção estavam pensando, mas é plausível sustentar que a verdade (material) de um enunciado dependa de sua correspondência com o mundo: da ocorrência dos fatos cuja existência é afirmada, ou da não ocorrência dos fatos cuja existência é negada. Essa é, precisamente, a verdade que se crê inalcançável, pelo menos em muitas ocasiões, no processo judicial.

A verdade formal, por outro lado, é aquela que se obtém no processo, como resultado da atividade probatória. Tal verdade formal pode coincidir ou não com a material (mesmo que, frequentemente, admita-se ser desejável que o faça), mas seria aquela que gozaria de autoridade jurídica. Independentemente da coincidência com os fatos realmente ocorridos, à declaração de fatos provados realizada pelo juiz ou tribunal na sentença é atribuída a qualificação de verdadeira formalmente. Essa declaração pode ser revogada e substituída por outra por um tribunal superior, mas, uma vez transitada em julgado, a sentença é “a única verdade” que interessa para o direito. Dessa forma, a declaração de fatos provados realizada pelo julgador torna-se verdadeira (em sentido formal) pelo mero fato de ser emitida pelo órgão judicial. Ainda que nada seja dito a tal respeito pelos defensores da distinção, parece claro, desse modo, que a declaração de fatos provados adquire força constitutiva.

Isso não quer dizer, entretanto, que o julgador disponha de total discricionariedade para determinar os fatos provados, ou que possa fazê-lo a seu livre arbítrio (parece, entretanto, supor isso NIETO, 2000, p. 248-249). Mais do que isso, poderia, inclusive, ocorrer de o juiz ou tribunal ter o dever jurídico de buscar descobrir os fatos realmente ocorridos, isto é, a verdade material. Seja como for, pode haver também normas que imponham determinados resultados probatórios diante da presença de determinados meios de prova etc. A violação desses deveres pode ser motivo de recursos pertinentes e da revogação da decisão judicial por parte de um órgão superior. Não obstante, a distinção entre verdade material e verdade formal dá destaque à autoridade conferida à declaração de fatos provados realizada pelo julgador e à irrelevância jurídica da verdade material uma vez resolvido o caso.

Não obstante, em muitas ocasiões pretende-se dizer algo mais ao se defender a distinção. Assim, era muito habitual sustentar que se tratava de um objetivo do processo penal a descoberta da “verdade material sobre os fatos”, ao passo que no processo civil isso não seria um objetivo institucional, conformando-se com a “verdade formal”. Isso se deveria à vigência no processo civil do princípio dispositivo, bem como à presença de um bom número de regras de prova, diferentemente do que ocorreria no caso do processo penal.

Assim, quando se defende uma tese como essa, não só se nega que *de fato* ocorra no processo civil uma dissociação entre os fatos declarados provados e os realmente ocorridos; afirma-se, além disso, que não é um objetivo do processo civil, diferentemente do processo penal, a descoberta da verdade material (JIMÉNEZ ASENJO, s. f., p. 404; QUINTANO RIPOLLÉS, 1960, p. 243; ARAZI, 1986, p. 30 e ss.; e VERDE, 1990, p. 467).

É importante destacar nesse ponto, entretanto, que a diferença entre as limitações à “descoberta” da verdade no processo civil e penal é claramente contingente, depende da regulação processual de cada ordenamento jurídico e, ainda, é uma diferença de grau. Pode-se ver, com efeito, que uma parte das limitações analisadas no item anterior está presente também no processo penal. Mais do que isso, o primeiro tipo de limitação, característico do marco constituído pelo próprio processo, estaria presente em qualquer tipo de processo e, se a caracterização está correta, independentemente da regulação de cada ordenamento.

2.3.1. O rechaço da distinção

Já na primeira metade do século XX alçaram-se importantes vozes doutrinárias para rechaçar explícita e claramente a distinção entre diversos tipos de verdade. Desde então, esse rechaço converteu-se em algo amplamente majoritário, ainda que ainda hoje se possam encontrar, sem excessivo esforço, referências a ela tanto na doutrina como na jurisprudência¹².

Um dos autores que exerceram maior influência para a extensão do abandono da distinção entre verdade material e verdade formal foi Canelutti. Bastarão

12. No mesmo sentido, MONTERO AROCA, 2000, p. 26; 2001, p. 112. Vejam-se, por exemplo, ALMAGRO NOSETE, CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, 1992, v. I, p. 412; v. II, p. 443. Nieto (2000, p. 248 e ss.), de seu turno, realiza uma defesa muito clara – mesmo que a meu sentir não convincente – da vigência da distinção entre dois tipos de verdade. *Vide*, também, entre muitas outras, as SSTS de 5 de novembro de 1996, de 22 de abril de 1994 e de 15 de março de 1989. Em particular, a jurisprudência espanhola costuma fazer referência à necessidade de determinar a verdade material no processo penal. Nesse sentido, *vide*, por exemplo, as SSTS de 6 de outubro de 1988 (em matéria civil, em que se afirma que não cabe exigir na jurisdição civil, diferentemente da penal ou a social, a especificação, em sentença, dos fatos provados, visto que, em matéria civil, operaria a verdade formal, apreciando-se as provas segundo a consciência), de 8 de maio de 2000 e de 18 de outubro de 1985 (ambas em matéria penal). Em sentido contrário, Urbano Castrillo e Turres Morato (2000, p. 29) sustentam que “a meta do processo penal é a ‘obtenção formalizada da verdade’, que pode coincidir ou não com a real ou material, mas que é, sobretudo, aquela obtida por via formal, é dizer, a verdade forense”.

algumas citações do autor italiano para mostrar claramente seu pensamento sobre o tema. Assim, adverte que a noção de verdade formal

(...) não é mais do que uma metáfora, sem dúvidas; em realidade, é fácil observar que a verdade não pode ser senão uma, de forma que a verdade formal ou jurídica ou coincide com a verdade material, e não é mais que verdade, ou diverge dessa, e não é mais do que uma não-verdade (...) (CARNELUTTI, 1947, p. 29-30).

E, mais adiante, assinala, também, em uma frase citada insistentemente por boa parte da doutrina espanhola e italiana, que “a verdade é como a água: ou é pura ou não é verdade” (CARNELUTTI, 1947, p. 34).

Nos termos problemáticos por mim mencionados sobre a relação entre prova e verdade no início do item anterior, as claras observações de Carnelutti contra a distinção entre verdade material e verdade formal podem ser bem entendidas. Assim, o que o processualista italiano defende é que essa distinção não é mais do que uma falsa saída ao dilema.

Segue de pé o dilema do mesmo modo que foi apresentado: ou se abandona a relação conceitual entre prova e verdade – isto é, não se define a prova em termos de verdade dos enunciados –, ou se sustenta que é impossível conceitualmente provar um enunciado falso. Nesse último caso, quando se declara provado um enunciado desse tipo, dever-se-á dizer, necessariamente, que se cometeu um erro e que o enunciado não está realmente provado. Outra coisa, por óbvio, será que a decisão tenha autoridade jurídica e que, dependendo do caso, seja, inclusive, irrecorrível.

Não obstante, como será visto mais adiante, a alternativa que propõe Carnelutti representa um passo à frente somente terminológico quanto à distinção que ele próprio rechaça. Não pretendo, com isso, subvalorizar sua contribuição, mas somente advertir que seu trabalho pressupõe principalmente uma contribuição de clareza conceitual para o problema analisado, sem, entretanto, uma solução teórica substancialmente distinta.

2.3.2. *Problemas pendentes: as alternativas*

Apoiando-se nas palavras de Carnelutti, ou em reflexões análogas, e nas limitações processuais à busca da verdade apresentadas anteriormente, boa parte da doutrina processualista optou pela primeira opção do dilema, isto é, pelo abandono da relação conceitual entre prova e verdade.

Em muitas ocasiões, ademais, esse abandono vinculou-se, ou se confundiu, com o abandono adicional da relação teleológica¹³. Nessa última linha podem ser vistas as observações de dois importantes processualistas espanhóis, que sustentam que:

O lógico teria sido abandonar para sempre o conceito de verdade como fim da prova jurídica e buscar por outros caminhos encontrar a solução. (SERRA DOMÍNGUEZ, 1962, p. 357).

Tradicionalmente a função da prova vem se referindo à descoberta da verdade, dando-se, assim, origem a outro mito em matéria de prova (...). (MONTERO AROCA, 2000, p. 23; também MONTERO AROCA, 2001, p. 108).

Ainda que as diferenças entre as alternativas não venham claramente delineadas, dois trabalhos recentes de Montero Aroca (2000, p. 26 e ss.; 2001, p. 112 e ss.) podem servir como guia para apresentar as diferentes opções teóricas presentes na doutrina atual sobre a relação prova-verdade. Assim, esse autor identifica três grandes teses, a saber:

a) prova como fixação dos fatos: sustenta-se que a finalidade da prova é a fixação formal dos fatos por parte do juiz, independentemente de sua relação com o ocorrido. Essa é a tese defendida por Carnelutti; teve um bom número de seguidores. Nas palavras do autor italiano:

(...) no processo de investigação sujeito a normas jurídicas – que restringem e deformam sua pureza lógica – não pode ser sinceramente considerado um meio para o conhecimento da verdade dos fatos, mas sim uma *fixação ou determinação dos próprios fatos*, que pode coincidir ou não com a verdade desses e é disso absolutamente independente. (CARNELUTTI, 1947, p. 30, grifos do autor).

Nesse ponto, vale a pena observar que, como já mencionado anteriormente, não há uma diferença substancial entre essa tese e aquela que subjaz à noção de verdade formal. Em outras palavras, tanto a vinculação da prova jurídica à fixação formal dos fatos como a vinculação à noção de verdade formal pressupõem sua desvinculação da verdade *tout court* e, o que é mais importante, uma versão não racional da prova, de acordo com a qual está provado aquilo que o juiz ou o tribunal declara provado¹⁴. Por outro lado, mesmo sendo uma consequência do anterior, em

13. Mais do que um abandono de ambas as teses, produz-se uma confusão entre elas, por exemplo, em MIRANDA ESTRAMPES, 1997, p. 36-37.

14. Na realidade, pode-se entender a distinção entre verdade formal e material de outra forma. Pode-se dizer, assim, que o objetivo (ou um dos objetivos) de qualquer tipo de

ambos os casos se produz uma confusão entre a atribuição de efeitos jurídicos (de autoridade) a uma decisão judicial e a sua correção, inclusive jurídica. Confunde-se, enfim, a infalibilidade com o caráter jurídico definitivo ou não da decisão¹⁵.

b) prova como convicção do juiz sobre os fatos: segundo essa tese, “a prova é o conjunto de operações por meio das quais se trata de obter o convencimento do juiz sobre alguns elementos de juízo determinados” (MONTERO AROCA, 2000, p. 27; 2001, p. 113-114; vide, também, SERRA DOMÍNGUEZA, 1962, p. 356). Essa parece ser a doutrina majoritária no âmbito da dogmática processual¹⁶. Assim, para Cabañas (1992, p. 21):

(...) a palavra “prova” identifica (...), em sua melhor acepção técnica e pura, o já referido *estado psicológico de convencimento do juiz sobre a veracidade de todos ou alguns dos fatos alegados pelas partes*. Com efeito, uma afirmação fática não estará “provada” mesmo que se utilize em tempo e forma oportunos algum dos instrumentos previstos na legislação, se, ao final, tal atividade não produzir no juiz a certeza da realidade física do acontecimento descrito nessa afirmação (grifos do autor).

processo judicial é a determinação dos fatos de acordo com a verdade material, isto é, que os enunciados fáticos incorporados ao raciocínio da decisão judicial correspondam ao mundo. Por sua vez, pode-se denominar verdade formal a declaração judicial de fatos provados. Pode-se acrescentar, também, que é importante que essa verdade formal coincida com a material, mesmo reconhecendo que isso não é sempre assim. A divergência entre os dois tipos de verdade, ou entre o que ocorreu no mundo e o que se declarou no processo, pode dever-se a qualquer das limitações processuais expostas neste capítulo e no anterior (propõe a distinção dessa forma, por exemplo, SUMMERS, 2000, p. 286 e ss.). Desse modo, se se mantém a ideia de que o objetivo do processo é a determinação dos fatos de acordo com a verdade material não se dá azo ao problema da infalibilidade nem se cai em uma versão construtivista da declaração de fatos provados: poder-se-á dizer sempre que o que é verdadeiro formalmente (que foi declarado verdadeiro no processo) não corresponde, como deveria, à verdade material. Por outro lado, permanece uma crítica, se assim se quiser, terminológica: não se entende bem a razão para que valha a pena seguir chamando de *verdade* formal a declaração de fatos provados realizada pelo juiz em sua decisão, e não simplesmente prova, distinguindo, assim, prova de verdade, e não diferentes verdades.

15. Sobre o tema, pode-se ver o que foi dito no item 1.2.1, supra. No mesmo sentido, Alchourrón e Bulygin (1989, p. 311), para quem é plausível dizer que a verdade processual “é o *final*, no sentido de que põe fim à controvérsia (mas colocar fim à discussão sobre a verdade não torna verdadeiro o enunciado!)”.
16. Assim o apresenta, por exemplo, Miranda Estrampes (1997, p. 45 e ss.), com amplas referências às doutrinas espanhola, italiana e latino-americana.

Também nesse caso valem as críticas realizadas à concepção anterior sobre a confusão entre o caráter jurídico, inclusive definitivo, de uma decisão e sua infalibilidade. Com efeito, se se sustenta que a finalidade da prova como atividade é alcançar a convicção do julgador sobre os fatos, essa finalidade será satisfeita independentemente do sentido em que for produzida aquela convicção, de se está de acordo ou não com os fatos realmente ocorridos e, inclusive, de se é ou não a conclusão cabível à luz dos elementos probatórios presentes nos autos do processo.

Por outro lado, concebendo-se a noção de fato provado (isto é, a prova como resultado probatório) de forma equivalente, caberá dizer que um fato está provado quando o juiz estiver convencido de sua ocorrência. Nesse caso, também não se deixará qualquer espaço para o erro: se o juiz alcançar a convicção, o fato estará provado. Caso contrário, não estará. E isso depende unicamente do aspecto subjetivo psicológico do juiz, que ninguém mais, além dele, pode determinar, chegando-se, necessariamente, a uma concepção irracional da prova¹⁷. Um órgão superior, em qualquer caso, somente poderá reformar a decisão do órgão inferior alegando ter chegado a uma convicção diferente, bem como que sua convicção “vale mais” por efeito da hierarquia entre órgãos.

Por fim, a concepção analisada acarreta mais um problema. Afinal, confunde-se a noção de prova com a atitude proposicional do juiz acerca dos enunciados declarados provados¹⁸. E se vincula, ainda, a prova com a crença (a convicção), de modo que não se pode considerar um importante número de casos em que, por razões muito diferentes, o juiz se vê obrigado a declarar provados fatos independentemente (e até mesmo contra) suas crenças a respeito dos fatos do caso¹⁹.

17. Em alguns casos, pretende-se evitar essa consequência afirmando-se que o juiz possui inexoravelmente o dever de motivar sua decisão, e que isso permite evitar as decisões arbitrárias. Entretanto, em minha opinião, uma concepção da prova vinculada à convicção psicológica é incompatível com uma concepção forte da motivação (justificação) das decisões (TARUFFO, 1975, p. 107 e ss.; 1992, p. 376). Por isso, não é de se estranhar que se acabe reduzida a motivação a uma explicação (não justificada) dos passos ou dados que levaram à convicção em questão (IGARTUA, 1998, p. 288-289).

18. Esse ponto será desenvolvido no capítulo seguinte.

19. Também esse aspecto será desenvolvido no capítulo seguinte, ao analisar-se a concepção que vincula a prova à crença do juiz. Por enquanto, vale a pena acrescentar unicamente que, como destaca Montero Aroca (2000, p. 27 e ss.), os autores que defendem essa concepção costumam criticar a existência de regras de prova legal, precisamente porque essas regras atribuem resultados probatórios independentemente da convicção ou da crença do juiz a respeito.

c) prova como certeza do juiz sobre os fatos: segundo a caracterização de Montero Aroca (2000, p. 29; 2001, p. 116) dessa tese, prova é “a atividade processual que tende a alcançar a certeza no julgador sobre os elementos trazidos pelas partes”.

Não está claro, em minha opinião, quais são os limites entre a noção de convicção e a de certeza nesse contexto²⁰. De qualquer forma, parece que também a noção de certeza teria um caráter eminentemente subjetivo, de modo que surgiriam de novo os problemas assinalados para as concepções anteriores²¹.

Passando-se para a recapitulação daquilo que foi dito sobre as três alternativas recém-apresentadas como finalidades da prova, pode-se observar que todas elas apresentam a vantagem, sobre a distinção de verdade material e formal, da clareza conceitual, ao não necessitar multiplicar as noções de verdade. Por outro lado, tampouco estão, elas próprias, bem delimitadas, não ficando claras as margens entre uma e outra concepção.

Por último, e mais importante, todas essas compartilham com a noção de verdade formal o fato de dependerem da própria decisão judicial, de forma que nenhuma delas apresenta um parâmetro externo à própria decisão do juiz sobre os fatos que permita avaliar sua correção. Por isso, assim delineadas, desembocam necessariamente em uma concepção irracional da prova jurídica.

2.4. Novamente sobre as relações conceitual e teleológica entre prova e verdade

Se se aceita, como creio que se deva fazer, o caráter relacional dos enunciados probatórios (do tipo “Está provado que *p*”) com os elementos de juízo (os meios de prova) presentes nos autos do processo, pode-se já pôr em dúvida a relação conceitual entre prova e verdade. Isto é, aquela que consiste em defender a verdade de um enunciado como condição necessária para que se possa dizer que ficou provado. Assim, vai imposto o primeiro obstáculo para sustentar essa relação, pois a prova de um enunciado relaciona-se aos elementos de juízo de que se disponha, ao passo que a verdade do enunciado, definitivamente, não tem esse caráter.

20. Com efeito, alguns autores assimilam diretamente as duas concepções. Assim, por exemplo, LIEBMAN, 1980, p. 275 e DE SANTO, 1991, p. 289. Esse último, ainda, assimila tanto a noção de convicção como a de certeza da crença. Miranda Estrampes (1997, p. 57), finalmente, assimila as noções de certeza e de crença.

21. Montero Aroca (2000, p. 29) distingue, entretanto, dois tipos de certeza. A primeira seria derivada do convencimento psicológico do juiz (para os casos de livre valoração da prova), e a segunda seria do tipo “objetivo”, imposta pelo legislador como resultado de um meio de prova (para os casos de prova legal).

Não obstante, esse único inconveniente não permite, sozinho, que se rechace a relação conceitual entre prova e verdade. A razão é muito simples: poder-se-ia, ainda, sustentar que somente seria possível dizer que há elementos suficientes a favor de *p* quando esses elementos demonstrassem a veracidade de *p*. Nesse caso, manter-se-ia incólume a relação conceitual.

Apesar disso, creio que há boas razões para rechaçar essa relação. A principal é que essa não corresponde ao uso dos operadores do direito e, tampouco, às exigências dos ordenamentos jurídicos positivos. Com efeito, é perfeitamente compatível a verdade do enunciado probatório “Está provado que *p*” com a falsidade de *p*²².

Por isso, tem sentido um enunciado do tipo: “No processo ficou provado que João era o pai de Pedro; por outro lado, novas provas genéticas demonstraram que ele não é”. Para que se possa dizer que uma proposição está provada é necessário e suficiente que se disponha de elementos de juízo suficientes a seu favor, que tornem aceitável essa proposição como descrição dos fatos do caso. Outra coisa é saber quais são as condições para essa aceitabilidade, mas, por enquanto, bastará dizer que a exigência é menor do que a verdade.

Por outro lado, as diferentes limitações processuais à busca da verdade no processo permitem dizer, como destacado pela maioria dos especialistas, que em boa parte dos casos em que consideramos provadas proposições sobre fatos não é possível afirmar que a proposição provada é verdadeira. Mais do que isso, em algumas ocasiões, mesmo que conheçamos a falsidade da proposição em questão, é perfeitamente possível sustentar que a proposição está provada (se se considerar, levando-se em conta unicamente os elementos de juízo presentes no processo, que esses são suficientes para aceitá-la como verdadeira, ou se o direito obrigar a que se faça isso).

Por fim, se se vincula conceitualmente a prova de uma proposição à sua veracidade, não se pode considerar o funcionamento dos diferentes *standards* de prova. A ideia da existência de *standards* de prova pressupõe o caráter gradual da corroboração de uma proposição. Assim, a questão que se apresenta é determinar que nível de corroboração será considerado suficiente para que se aceite a proposição como provada.

Dependendo do âmbito ou jurisdição, ou do tipo do processo, esse *standard* pode ser (obviamente, tratando-se de âmbitos distintos) mais ou menos exigente. Entretanto, isso parece não encaixar bem com a relação conceitual entre prova e verdade: se a verdade é condição necessária para que uma proposição esteja pro-

22. Defendi essa tese no item 1.3.3, supra, e, por isso, não me estenderei aqui sobre o tema.

vada, então a prova não admite gradação; desse modo, se a corroboração mostra a verdade será suficiente; se não a mostra, não se poderá dizer que a proposição esteja provada. Não é estranho, pois, que quem vincula conceitualmente prova e verdade tenha sérias dificuldades para admitir a existência de diferentes *standards* e exigências em razão do tipo de processo²³.

Resta ainda avaliar a plausibilidade de sustentar-se a relação teleológica entre prova e verdade. Como já visto no item anterior, parte importante da doutrina processualista nega que a finalidade da prova seja alcançar o conhecimento da verdade sobre os fatos. Como alternativa, afirmam-se teses como as da convicção judicial, quiçá majoritária, da certeza e até mesmo da probabilidade. Antes de oferecer uma resposta positiva, valerá a pena analisar criticamente as alternativas. Para isso, creio que possa ser útil recordar o que é que se prova em um processo.

Não é estranho encontrar na doutrina e na jurisprudência a tese de que o que se prova no processo são fatos. Algumas vezes, isso obedece a razões de simplicidade expositiva (como pode ser o caso de algumas das ocorrências neste trabalho); em outras, é exatamente isso o que se quer dizer. Não obstante, essa é uma forma ruim de apresentar o problema.

Os fatos não podem ser provados em si mesmos. Como explicita um ilustrativo exemplo de Serra Domínguez (1962, p. 359), não se pode provar uma mesa, nem um contrato, nem uma obrigação. A única coisa que se pode provar é o enunciado que afirma a existência de uma mesa em minha sala, não a própria mesa. Da mesma forma, pode-se provar o enunciado que afirma (ou nega) a existência de um contrato etc.

No processo, portanto, dever-se-ão provar os enunciados formulados pelas partes sobre os fatos²⁴ (nesse sentido, por exemplo, CARNELUTTI, 1947, p. 55; SENTÍSMELENDO, 1979, p. 158; ANDRÉS IBÁÑEZ, 1998, p. 398; WRÓBLEWSKI, 1992, p. 113; TARUFFO, 1992, p. 95; UBERTIS, 1995, p. 12; e MIRANDA ES-TRAMPES, 1997, p. 33).

Se isso é assim, cabe que se questione o que pode ser objeto da certeza, da convicção etc. Se o objeto da prova são os enunciados formulados pelas partes sobre

23. Nesse sentido, por exemplo, Papadopoulos (2003, p. 130 e ss.) tem que usar o expediente de converter os diferentes *standards* de prova em diferentes sentidos de *verdade*, como única possibilidade de integrar a existência de *standards* de prova diferentes. Creio, entretanto, que o preço conceitual que se paga com essa reconstrução é excessivamente elevado, resultando em um retrato alheio à prática jurídica.

24. Em realidade, dever-se-ia dizer, com maior rigor, que se provam proposições, não enunciados.

os fatos, parece claro que a convicção, a certeza ou qualquer outra atitude mental do juiz que se queira sustentar como finalidade da prova deverá referir-se a esses enunciados. Desse modo, não vejo outra possibilidade senão a de sustentar que a certeza ou a convicção verse sobre a verdade do enunciado (CARRARA, 1944, p. 291; DE SANTO, 1991, p. 289).

Isso, por óbvio, não pressupõe afirmar a relação conceitual entre a prova e a verdade, mas permite observar que os autores que, sustentando teses como as apresentadas no item anterior, pretenderam “ostracizar” a noção de verdade da análise da prova e estão destinados necessariamente ao fracasso, visto que suas próprias teses acabam vinculando (mesmo que de maneira mais indireta) ambas as noções²⁵.

Para dar somente dois exemplos desse fracasso, referir-me-ei aos casos de Montero Aroca e Serra Domínguez. O primeiro – depois de qualificar como “mito” a relação entre a prova e a verdade e de sustentar que a finalidade da prova é produzir a certeza do juiz sobre os fatos – sustenta que a certeza judicial sobre um depoimento de testemunha consiste na conclusão de que essa “disse a verdade” (MONTERO AROCA, 2000, p. 49); ou, também, que, uma vez realizada a inspeção judicial, o juiz deverá “dizer sobre a veracidade ou falsidade do fato que se representou a ele”²⁶ (MONTERO AROCA, 2000, p. 51).

Serra Domínguez (1962, p. 356), por sua vez, sustenta que “até o momento em que não se ostracizou da investigação o termo verdade, não se puderam conseguir resultados satisfatórios” na análise da prova. Não obstante, considera que se pode “definir o conceito de prova como uma atividade de comparação entre uma afirmação sobre alguns fatos e a realidade desses destinada a formar a convicção de uma pessoa” (SERRA DOMÍNGUEZ, 1962, p. 356). Parece clara, ademais, a referência seguramente inconsciente à verdade como correspondência.²⁷

25. Também ocorre algo parecido quando se vincula a noção de prova à noção de probabilidade (em qualquer de suas versões). Com efeito, não vejo como se possa evitar sustentar que a probabilidade relevante é a de que seja verdadeiro o enunciado que se pretenda provar.

26. Bastaria unicamente acrescentar que os fatos, como tais, não são suscetíveis de veracidade ou falsidade, mas unicamente os enunciados que os descrevem.

27. Outros autores, como Muñoz Conde (1999, p. 53 e ss.) utilizam a expressão “verdade forense”, que lembra “verdade formal”, mas defendem a “teoria consensual da verdade” (seguindo a tese de Habermas), que seria a única capaz de explicar as autorizações e as proibições ou limitações instrutórias, “coisa que não se poderia fazer partindo de uma perspectiva epistemológica se se sustenta a ideia de verdade como correspondência”. Sinceramente, não consigo entender as razões dessa impossibilidade. Por outro lado, creio que a coerência, o consenso etc. podem ser considerados possivelmente critérios,

A análise anterior já permite intuir a plausibilidade da relação teleológica entre prova e verdade. Entretanto, vale a pena oferecer um último argumento a seu favor. Como assinalado por Van Fraassen (1980, p. 24) ao analisar a finalidade ou o propósito da ciência, quais são esses vai depender das condições de êxito da instituição. E isso, por certo, não exclui a possibilidade de que existam outros propósitos subsidiários que possam ser ou não meios para aquela finalidade principal.

Parece razoável sustentar que o êxito da intervenção das partes na fase da prova, aportando meios de prova etc., ocorre se essas conseguem convencer o juiz de que sua “descrição” dos fatos (sua história, se assim se preferir) é verdadeira. Com isso, terão boas condições de ganhar o caso. Entretanto, não parece possível dizer, nesse caso, e sem mais, que tenha funcionado com êxito o instituto jurídico da prova. Se uma das funções principais do direito é a regulação da conduta, o cumprimento dessa função requer que se apliquem, no processo, as consequências jurídicas previstas nas normas se, e somente se, tiverem ocorrido efetivamente os fatos condicionantes dessas consequências.

Para isso, a prova como atividade tem a função de comprovar a produção desses fatos condicionantes, ou – o que é a mesma coisa –, determinar o valor de verdade dos enunciados que descrevem sua ocorrência²⁸. E o êxito do instituto da prova jurídica ocorre quando os enunciados sobre os fatos que se declaram provados são verdadeiros, diante do que se pode sustentar que a função da prova é a determinação da verdade sobre os fatos (no mesmo sentido, entre outros, TARUFFO, 1992, p. 373; LOMBARDO, 1993, p. 752; UBERTIS, 1995, p. 4-5²⁹; ANDRÉS IBÁÑEZ, 1998, p. 385; GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 40; e IGARTUA, 2003, p. 136 e ss.).

Para terminar esta parte da análise, vale a pena insistir em duas matizações. Em primeiro lugar, a independência das relações conceitual e teleológica entre a

sempre falíveis, de verdade, mas de nenhuma forma se pode sustentar que a verdade possa ser reduzida a esses. No mesmo sentido, e no contexto da análise sobre a prova jurídica, podem-se ver ALCHOURRÓN e BULYGIN, 1989, p. 311; FERRAJOLI, 1989, p. 20-23, 42 e ss.; FERRUA, 1992, p. 59 e ss.; TARUFFO, 1992, p. 145 e ss.; UBERTIS, 1995, p. 11; e ANDRÉS IBÁÑEZ, 1998, p. 403. Neste trabalho, de qualquer forma, como já advertido em outras ocasiões, utiliza-se em todos os momentos a teoria da verdade por correspondência.

28. Como sustentou Cie lak (1955:44), demonstrar a existência ou inexistência de um fato equivale a demonstrar a veracidade ou falsidade das proposições que afirmam ou negam essa existência.

29. Ubertis cita uma interessante sentença da Corte Constitucional italiana (número 255 de 1992), em que se declara expressamente que “a finalidade primária e inexorável do processo penal não pode ser outra senão a busca da verdade”.

verdade e a prova permite perfeitamente que possa ocorrer de um enunciado fático resultar juridicamente provado e, não obstante, ser falso. Também, por óbvio, de um enunciado fático verdadeiro não resultar provado. Tudo isso depende dos elementos de juízo aportados ao processo. A única coisa que poderá ser dita é que, nesse caso, a prova como atividade não terá cumprido sua função ou finalidade.

Por outro lado, como Van Fraassen destacava em sua análise do propósito ou finalidade da ciência, afirmar que *algo* é o propósito de um instituto ou atividade não exclui que existam também outros propósitos ou finalidades (vide, também, QUESADA, 1998, p. 278). Isso ocorre claramente no caso da regulação jurídica da prova. Está claro que, além da determinação da verdade sobre os fatos, essa regulação jurídica tem outros objetivos, que podem variar em cada momento histórico e em cada ordenamento.

Assim, para citar somente alguns, podem-se mencionar a celeridade na tomada de decisões, a paz social, a proteção dos direitos individuais³⁰ etc. (vide, entre muitos outros, RESCHER e JOYNT, 1959, p. 568; WEINSTEIN, 1992, p. 336-337). De qualquer forma, como assinala acertadamente Damaška (1978, p. 860; 1986, p. 160 e ss.), mesmo em momentos históricos em que, em virtude de um modelo altamente inquisitivo, pretendia-se maximizar a busca da verdade – incluindo a prática legal de torturas para obtê-la – não se pode dizer que essa busca fosse ilimitada e que não houvesse outros valores no processo judicial.

2.5. Ser verdadeiro e ser tido por verdadeiro

Como já destacado, a relação entre as noções de prova e verdade, de um ou outro tipo, traz, há muito tempo, muitas dores de cabeça a boa parte dos processualistas. No item anterior defendi a plausibilidade da tese que sustenta a existência de uma relação teleológica entre essas noções. Não obstante, com isso não se esgotam os problemas.

Como dito anteriormente, a distinção entre verdade material e formal foi elaborada por parte da doutrina alemã do século XIX como reação à constatação de que, em muitos casos, os fatos declarados provados nos processos judiciais não coincidem (e, por vezes, não podiam juridicamente coincidir) com os fatos realmente ocorridos. Em outras palavras, que eram declaradas provadas proposições

30. Nesse caso dá-se, como dito por Ashworth (2003, p. 107, 118-119), um conflito incomensurável entre a necessidade de justificar a decisão judicial com base em juízos declaratórios de fatos provados verdadeiros e a necessidade de proteger os direitos fundamentais. De minha parte, somente gostaria de advertir que não me parece clara a incomensurabilidade do conflito.

que eram falsas e vice-versa. Apesar disso, o direito reconhecia, e segue reconhecendo, autoridade a essas decisões: segue considerando-as como decisões jurídicas, e essas produzem efeitos jurídicos normais.

Dediquei boa parte desse capítulo a mostrar a ausência de plausibilidade da distinção entre diferentes tipos de verdade, assim como a insuficiência de boa parte das alternativas teóricas propostas pela doutrina. Na continuação, pretendo oferecer uma solução plausível ao problema que acabará na noção de aceitabilidade de uma proposição. Com isso, por outro lado, introduzirei a discussão que será desenvolvida de maneira mais extensa no próximo capítulo.

O ponto de partida que pode permitir resolver o imbróglio da relação entre prova e verdade de uma proposição é a distinção entre “ser verdadeira” e “ser tida por verdadeira”. Uma proposição p é verdadeira se, e somente se, se dá o caso de que p . Essa é a clássica noção de verdade como correspondência (TARSKI, 1931). No famoso exemplo de Tarski, “a neve é branca” é verdadeiro se, e somente se, a neve é branca. Isto é, se se produz uma correspondência entre aquilo que diz o enunciado e os fatos do mundo.

Dessa forma, a verdade de uma proposição não depende absolutamente de quem formula o enunciado que a expressa (seja um juiz, o constituinte, você ou eu mesmo). Se trasladamos isso ao contexto que aqui importa, a verdade da proposição p mencionada no enunciado probatório “Está provado que p ” não depende absolutamente do que decidir o juiz que emite o enunciado probatório em sua decisão. Tampouco depende de qualquer coisa que puder ter ocorrido no transcurso do processo, nem dos meios de prova aportados a esse etc.³¹. Depende única e exclusivamente de sua correspondência com o mundo: de que os fatos que p descreve tenham se produzido efetivamente.

O que, sim, depende do juiz ou tribunal que decide o caso é considerar p como verdadeira. Isto é, o juiz pode ter p por verdadeira em sua decisão, à luz dos elementos de juízo aportados aos autos do processo para provar a verdade da proposição – incorporando-a como tal a seu raciocínio decisório –, ou não a ter por verdadeira.

Vale a pena assinalar que a decisão de não ter por verdadeira a proposição p não deve ser confundida com a decisão de tê-la por falsa. Essa é outra diferença entre o valor de verdade de p e o fato de que seja tida por verdadeira por alguém. No primeiro caso somente duas opções são possíveis: a proposição é verdadeira ou falsa.

31. Outra coisa é a verdade do próprio enunciado probatório (“Está provado que p ”), que analisarei mais adiante.

No segundo, entretanto, existe uma terceira possibilidade, intermediária: pode-se considerar p como verdadeira, como falsa (é dizer, considerar verdadeira “não p ”), ou não lhe atribuir valor de verdade. Esse último pode ocorrer, por exemplo, se não se dispõe de elementos de juízo suficientes a favor nem contra a proposição p .

É conveniente advertir que não se deve confundir o fato de se ter por verdadeira uma proposição com a crença em sua verdade. Normalmente, essa crença é precisamente a razão pela qual um sujeito tem uma proposição por verdadeira. Entretanto, isso não é necessariamente assim.

Cabe a possibilidade de que se decida ter por verdadeira uma proposição e incorporá-la em um raciocínio por outras razões que não a crença em seu valor de verdade. Assim, por exemplo, pode-se proceder por hipótese de trabalho ou por obediência a uma norma que assim imponha. Nesse sentido, o direito, como qualquer outro sistema normativo, pode regular a decisão de um sujeito de ter por verdadeira uma proposição e incorporá-la como tal a seu raciocínio. Pode, por exemplo, obrigá-lo a assim proceder, em determinadas condições, ou proibi-lo de assim proceder etc. Por outro lado, não há sentido em regular a verdade de uma proposição nem a crença do sujeito sobre essa verdade.

E qual a relação de tudo isso com a prova jurídica? Pois bem, creio que uma boa forma de apresentar o problema da relação entre prova e verdade é esta: a finalidade da prova como instituto jurídico é a de permitir alcançar o conhecimento acerca da verdade dos enunciados fáticos do caso. Quando os meios de prova específicos incorporados ao processo aportam elementos de juízo suficientes a favor da verdade de uma proposição (o que não deve ser confundido com que a proposição seja verdadeira), então se pode considerar que a proposição está provada. Nesse caso, o juiz deve incorporá-la a seu raciocínio decisório e tê-la por verdadeira.

Em todo caso, poder-se-ia acrescentar que, *a posteriori* da decisão judicial, uma vez transitada a sentença e salvo exceções, para fins jurídicos o que importará será aquilo que o juiz tiver entendido por verdadeiro, perdendo relevância aquilo que é verdadeiro (caso não coincidirem). Entretanto, esse é um problema unicamente de atribuição de efeitos jurídicos, que não tem relação com a verdade de qualquer proposição.

Seguindo Cohen (1989, 1992) e Ullmann-Margalit e Margalit (1992) parece possível considerar a ideia de ter por verdadeiro p mediante a noção de “aceitação”³².

32. Ainda que entre Cohen e Ullmann-Margalit e Margalit haja algumas diferenças de propostas, creio que essas não resultem relevantes nesse contexto. As duas mais importantes poderiam ser consideradas essas: (a) para Cohen a aceitação é fundamentalmente

Assim, esses últimos autores afirmam que “(...) alguém aceita um enunciado quando decide proceder ou atuar como se fosse verdadeiro, independentemente de se crê ou não que o enunciado é verdadeiro” (ULLMANN-MARGALIT E MARGALIT, 1992, p. 176).

Como se pode observar, a noção de aceitação, assim definida, resulta ser uma atitude voluntária³³ e independente das crenças que o sujeito tenha sobre a verdade do enunciado. Isto é, é perfeitamente possível que alguém *decida* aceitar como verdadeiro um enunciado, mesmo crendo (acertadamente ou não) que ele é falso. E, além disso, o elemento da voluntariedade permite que seja possível também submeter a adoção dessa decisão a uma regulação normativa. Pode-se observar que, dessa forma, produz-se um claro paralelismo com a ideia de “ter por verdadeira” uma proposição³⁴, tal como apresentada nos itens anteriores.

Em minha opinião, a distinção entre “ser verdadeiro” e “ser tido por verdadeiro” ou “ser aceito como verdadeiro” permite considerar os problemas que levaram à distinção entre verdade material e verdade formal, sem apresentar os inconvenientes que suscita essa última e, especialmente, sem multiplicar as noções de verdade.

Além disso, acentua-se o fato de que não se trata de “haver” diferentes verdades, mas, sim, da diferença entre a verdade de uma proposição, que não depende de qualquer sujeito que a expresse, e a atitude mental de um sujeito – nesse caso, o juiz – sobre a verdade da proposição.

Por outro lado, podem-se encontrar exemplos em que alguns dos autores que propuseram a distinção entre verdade material e verdade formal parecem estar pensando em uma tese similar à que se acaba de apresentar. Assim, por exemplo, Von Canstein fala de *suposição de verdade*, em oposição à verdade material (VON CANSTEIN, 1880, p. 355), e Gonner observa claramente que:

(...) do que declaram as testemunhas, e do que alguém confessa em seu próprio prejuízo ou confirma sob juramento em seu benefício, é

teórica, ao passo que para Ullmann-Margalit e Margalit é fundamentalmente prática; e (b) para Cohen a aceitação tem pretensão de durabilidade, coisa que é refutada por Ullmann-Margalit e Margalit. De todo modo, a noção de “aceitação” será analisada com mais detalhes no capítulo seguinte.

33. O que a torna preferível à noção de crença (em todos seus sucedâneos, como a convicção etc.) para dar conta da atitude proposicional do juiz diante dos enunciados que são declarados provados.

34. Ullmann-Margalit e Margalit falam de aceitar um enunciado, mas não creio que esse seja aqui um aspecto relevante. Por outro lado, como já disse em outras ocasiões, entendo que o objeto da prova são as proposições.

sempre possível o oposto, ainda que não provável. Entretanto, as leis tiveram que intervir decretando que na determinação dos direitos *isso fosse tido por verdade*. (GONNER, 1804, p. 255, grifo nosso).

Também, mais recentemente, podem-se encontrar expressões parecidas. Assim, por exemplo, Wróblewski sustenta que “uma peculiaridade da aplicação judicial do Direito é que a base fática das decisões judiciais se constitui por um enunciado existencial *tratado como um enunciado verdadeiro*” (WRÓBLWESKI, 1992, p. 152, grifo nosso).

E, por fim, vale a pena mencionar também o que afirma Levy-Bruhl: “Uma proposição provada é uma proposição admitida, *aceita*, fazendo parte, no que segue – pelo menos por um tempo –, parte das verdades oficiais (...)” (LEVY e BRUHL, 1964, p. 22, grifo nosso).

Também com a noção de aceitação de uma proposição como verdadeira pode-se dar conta adequadamente de outro aspecto que preocupava especialmente aqueles que pensaram na distinção entre verdade material e formal. Esse aspecto é a produção de efeitos jurídicos, por vezes irreversíveis, da decisão judicial, mesmo quando essa se afastar, em sua declaração de fatos provados, dos fatos realmente ocorridos; isto é, quando incluir enunciados fáticos falsos ou omitir a inclusão de enunciados fáticos verdadeiros relevantes para o caso.

Seguindo novamente as ideias de Ullmann-Margalit e Margalit (1992, p. 171 e ss.), pode-se dizer que a aceitação de uma proposição ou o fato de tê-la por verdadeira funciona como uma presunção³⁵. Tal presunção introduzir-se-ia no raciocínio para fins de facilitar a tomada de uma decisão prática.

Dito isso, a partir daqui é possível entender a produção de efeitos jurídicos da decisão em questão: presume-se que os enunciados fáticos declarados provados pelo juiz em sua decisão são verdadeiros. Quando essa decisão não admite novos recursos, a presunção torna-se insuperável, *iuris et de iure*, e a decisão adquire força de coisa julgada. As razões para introduzir essa presunção são, por óbvio, do tipo

35. O que, novamente, separa as noções de aceitação e de crença. Um funcionário de um supermercado pode defender que o cliente tenha sempre razão, como uma forma de levar a cabo determinada política comercial. Por óbvio, isso não supõe que creia efetivamente que é verdade que o cliente sempre tenha razão. Entretanto, aceita essa proposição e a incorpora a seu raciocínio prático para o fim de tomar decisões em seu trabalho. Faz isso como se a proposição fosse verdadeira, presumindo sua verdade de forma insuperável (ainda que consciente de que a proposição é falsa) (vide Ullmann-Margalit e Margalit, 1992, p. 170-171). O mesmo pode fazer um advogado que aceite a inocência de seu cliente para o fim de levar a cabo uma melhor defesa.

prático, possuindo relação com o interesse de que as causas judiciais cheguem ao seu final de forma relativamente rápida, ou que não se eternizem.

Antes de finalizar este capítulo, vale a pena pontuar outra questão, que será desenvolvida no capítulo seguinte. Se se sustenta, como defendi nos itens anteriores, que se podem entender as declarações de fatos provados incluídas nas decisões judiciais como a aceitação desses enunciados como verdadeiros por parte do juiz, então reaparece o perigo de que se mantenha o fechamento em uma concepção irracional e subjetiva da prova. Para evitar essa consequência, é necessário dispor de critérios externos à decisão do próprio juiz que permitam avaliar sua correção.

Assim sendo, de forma paralela à distinção entre “ser verdadeiro” e “ser tido por verdadeiro”, ou “aceito como verdadeiro”, pode-se elaborar uma nova e útil distinção: “estar provado” *versus* “ser tido por provado”.

Neste trabalho defendi que “Está provado que p ” deve ser entendido como “Há elementos de juízo suficientes (nos autos do processo) a favor de p ”. Pois bem, está claro que, no caso da prova judicial, será o juiz ou tribunal (ou, por vezes, o jurado) quem terá que tomar uma decisão sobre a existência ou inexistência de elementos de juízo suficientes para aceitar p como verdadeira. Entretanto, pode ocorrer de essa decisão resultar errônea: que se considere que não há elementos suficientes e que, sim, haja, e vice-versa. Nesses casos, produzir-se-á uma dissociação entre o que o juiz ou tribunal declara, ou tem por provado, e o que realmente está provado.

Desse modo, diferentemente do que ocorre nas concepções subjetivistas ou irracionalistas da prova, a verdade de um enunciado probatório (do tipo “Está provado que p ”) não depende do que decidir o juiz, um tribunal ou um jurado. Eles podem decidir ter p por provado, declará-lo provado. Entretanto, a verdade do enunciado probatório depende exclusivamente de sua correspondência com o mundo. Nesse caso, depende de efetivamente existirem ou não elementos de juízo suficientes a favor de p que tenham sido aportados ao processo.

O elemento-chave aqui é a suficiência dos elementos de juízo. Para poder dispor de um critério ou um conjunto de critérios que permitam julgar a correção da decisão judicial dever-se-á dispor de uma teoria sobre a suficiência dos elementos de juízo, isto é, uma teoria que nos diga quando, ou sob quais condições, os elementos de juízo disponíveis são suficientes para que resulte racional aceitar uma proposição como verdadeira no raciocínio decisório. Quando o juiz adotar sua decisão sobre os fatos contrariando essas condições de racionalidade poder-se-á dizer que «teve p por provado”, mas que, em realidade, p não estava provado (e vice-versa). Em outros termos, poder-se-á dizer que o juiz aceitou p como verda-

deiro em seu raciocínio, mas que, tendo em vista os elementos de juízo presentes nos autos, p não era *aceitável*³⁶.

Definitivamente, creio que uma reconstrução como a apresentada permite que se dê conta de modo plausível de boa parte dos problemas e das intuições que circundam as relações entre prova e verdade e que preocupam há muitos anos os processualistas. Resta, ainda, desenvolver adequadamente a noção de aceitação de uma proposição, bem como suas diferenças em relação a outras atitudes proposicionais, como a crença. Entretanto, isso será matéria do capítulo que segue.

36. Assim, do ponto de vista da aceitação do juiz ou tribunal, a suficiência dos elementos de juízo a favor de uma proposição equivale à aceitabilidade dessa proposição. E uma teoria sobre a suficiência dos elementos de juízo pode ser entendida também como uma teoria sobre a aceitabilidade das proposições como verdadeiras.