

COLEÇÃO Raciocínio
Probatório

Coordenação:
VITOR DE PAULA RAMOS

ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Do ônus ao dever de provar

VITOR DE PAULA RAMOS

4^a edição
Revista
e atualizada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

1

ALGUMAS PREMISSAS, OU DO NOVO DIREITO PROBATÓRIO. DIMENSÃO EPISTÊMICA DO PROCESSO: VERDADE, PROVA E NECESSIDADE DE UM PROCESSO ORIENTADO TENDENCIALMENTE À COMPLETUDE DO MATERIAL PROBATÓRIO

Com o presente capítulo serão defendidas as premissas para os capítulos seguintes¹. Assim, defender-se-á: (a) o sen-

1. Nos dez anos que separam a dissertação que originou este livro da edição atual, de 2014 a 2024, felizmente o cenário a respeito da teoria geral da prova mudou bastante no Brasil, passando os temas deste primeiro

tido de verdade como correspondência ao mundo real e a objetividade da verdade, (b) o sentido de “está provado” como “há elementos de corroboração suficientes a favor de *p*”, (c) a ligação teleológica da prova com a verdade e (d) a necessidade de que o processo esteja orientado para o aporte de todas as provas relevantes disponíveis, a fim de que possa tendencialmente produzir decisões justas.

1.1. LINHAS SOBRE A VERDADE

1.1.1. Da verdade por correspondência. O consenso e/ou a crença não fazem verdade

A epistemologia dedicou muito de seus escritos, nas últimas décadas, a entender e criticar um fenômeno que assolou a cultura, em geral, e a cultura do direito, especificamente: a *veriphobia*,² definida como “um profundo ceticismo ou um completo repúdio da verdade como um critério viável para o estudo de fenômenos epistêmicos”:³ *veritas odium parit*.

O presente trabalho, por outro lado, parte da premissa de que, tanto dentro do direito, como na epistemologia, tais ideias devem ser combatidas de duas formas: defendendo-se que a verdade existe e não depende de sujeitos, isto é, que é, nesse sentido, objetiva; e que algo é verdadeiro quando corresponde ao “mundo lá fora”, à realidade; isto é, mediante a adoção de

capítulo a serem mais referidos, mencionados e debatidos pela doutrina pátria. Assim, pode ocorrer de o(a) leitor(a) de hoje ver o presente capítulo como um lugar-comum.

2. GOLDMAN, 1999: 7 e ss.

3. GOLDMAN, 1999: 7 e ss.

uma visão *correspondentista* da verdade. Em outras palavras, afirma-se possível *conhecer* melhor ou pior a verdade, sem que isso afete sua existência ou sua objetividade⁴.

Dizer que algo é verdadeiro é dizer que corresponde à realidade.⁵ É, em outras palavras, sustentar, como já mencionado, que “é a realidade que determina a veracidade ou a falsidade das narrativas que a descrevem.⁶ “[V]erdadeiro é dizer que o que é, é, e o que não é, não é”;⁷ que “[a] frase ‘a neve é branca’ é verdadeira se, e somente se, a neve é branca”⁸ ou mesmo que “proposições podem ser verdadeiras ou falsas somente na medida em que são retratos [*pictures*] da realidade”.⁹

Todas as descrições acima, de abordagens *correspondentistas* à verdade,¹⁰ entendem, portanto, que essa nada mais é do que *aquilo que acontece “lá fora”*. É o mundo real. E esse ocorre por si só, independentemente da vontade, da percepção, ou mesmo de algum consenso. A verdade não necessita

-
4. O objetivismo não pode, como adverte GONZÁLEZ LAGIER, 2013: 28, implicar um *objetivismo ingênuo*, sem diferenciação entre o *fato externo* e o fato percebido e interpretado. O autor propõe a diferenciação entre o que chama de *fato empírico*, *fato percebido* e *fato interpretado*.
 5. GOLDMAN, 1999: 59.
 6. TARUFFO, 2012: 100.
 7. ARISTÓTELES, [ed. de] 1969: 107.
 8. TARSKI, 1944: 343.
 9. WITTGENSTEIN, 1921: 25.
 10. A ideia de verdade por coerência é, também, bastante difundida. Para um panorama de tais ideias, que fugiria do escopo do presente trabalho, vide, inclusive com críticas sobre as críticas, DAMAŠKA, 1998: 291. TARUFFO, 2012c: 40; HAACK, 2013: 71; TARUFFO, 2012d: 88 e ss. Sustentando não serem excludentes a teoria correspondentista e a coerentista, GONZÁLEZ LAGIER, 2022: 22. Para um breve panorama sobre os debates sobre a verdade, vide TUZET, 2016: 67.

de adeptos;¹¹ os fatos ocorrem no mundo mesmo quando ninguém os constata e mesmo quando todos estão convencidos em sentido contrário. E importa para o Direito a adoção de uma (alguma) teoria correspondentista, sob pena de que “nossos sistemas probatórios atuais percam o significado”¹² – passando a ser mais eficiente e econômico o lançamento de dados¹³ –, bem como, principalmente, de que as decisões sejam tendencialmente incorretas sobre os fatos (como será demonstrado nos próximos itens).

A afirmação de que a Terra gira em torno do Sol, nesse sentido, poderá ser verdadeira somente na medida em que for um retrato da realidade, isto é, na medida em que a afirmação corresponder ao Sol, à Terra e aos seus movimentos que existem, que estão “lá fora”. Mesmo se todos no mundo voltarem a acreditar que é o Sol que gira em torno da Terra, portanto,¹⁴ isso não terá o condão de alterar o movimento do Sol e da Terra; de alterar a realidade. Afinal, caso contrário, em uma sociedade em que 50% das pessoas acreditassem que o Sol gira em torno da Terra e 50% das pessoas acreditassem que a Terra gira em torno do Sol, teríamos que admitir que, ao mesmo tempo, o Sol giraria em torno da Terra e essa ao redor daquele. Algo que seria filosoficamente inaceitável.

Da mesma forma, o fato de a ciência ter boas razões para acreditar, hoje, que cigarro causa câncer não tem qualquer

11. GOLDMAN, 1999: 12.

12. DAMAŠKA, 1997: 95.

13. Sobre o juiz Bridlegoose e o lançamento de dados, vide TWINING, 2006: 125 e ss. e TARUFFO, 2012d: 122 e ss.

14. TARUFFO, 2012d: 96.

influência sobre a realidade.¹⁵ Mesmo que reiteradas pesquisas científicas demonstrassem o contrário, seria sempre a realidade que determinaria a correção ou não das pesquisas, e não o contrário. O conhecimento do ser humano sobre a verdade poderá estar certo ou errado, mas a verdade independe do conhecimento que o ser humano tem sobre ela. Em uma corrida de cavalos é possível acreditar ou apostar que qualquer dos animais vá vencer.¹⁶ Entretanto, uma vez feita a escolha, é o mundo real que vai determinar se aquela crença estará correta ou não.¹⁷

No contexto jurídico, a situação é análoga: a *verdade* de um enunciado “não depende do que resolver o juiz, o tribunal ou um jurado”, “depende exclusivamente de sua correspondência com o mundo”.¹⁸ Assim, a proposição “Pedro matou Maria” só poderá ser verdadeira se *corresponder* ao que efetivamente ocorreu no mundo real, no mundo lá fora. Se, em realidade, Pedro estava a milhares de quilômetros de distância quando Maria foi morta, mesmo que toda uma sociedade acreditasse na culpabilidade de Pedro, o consenso não teria a força de “criar” a “realidade” de que Pedro efetivamente tivesse matado Maria.

15. HAACK, 1998: 146 demonstra que, mesmo que em muitas sociedades ao longo da história o racismo tenha sido aceito, os “conhecimentos” que, por exemplo, entendiam que brancos eram superiores a pretos foram provados falsos, isto é, não correspondentes à realidade.

16. A analogia é de GOLDMAN, 1999: 20.

17. GOLDMAN, 1999: 20. Demonstrando a diferença entre as crenças e o mundo externo, vide GASCÓN, 2010: 41.

18. FERRER BELTRÁN, 2005: 138. No mesmo sentido, afastando a ideia de que a busca racional pela verdade possa ser confundida com a busca por ou a obtenção de “certezas absolutas”, NARDELLI, 2019: 56.

Caso contrário – isto é, caso o que o juiz resolvesse fosse sinônimo de verdade – o erro não existiria.¹⁹ Nenhuma corte de Justiça poderia julgar de maneira errônea, e ninguém em momento algum poderia ser considerado condenado equivocadamente²⁰. A frase “condenou-se um inocente” não teria mesmo qualquer sentido, transformando-se em uma contradição lógica.

A crença, portanto, seja a de qualquer pessoa, seja a de um juiz de direito, não tem o condão de transformar ou criar a realidade; é a realidade que faz com que a crença possa ser considerada verdadeira ou falsa.²¹ Em outras palavras, o ser humano não faz “mundos”, mas sim descrições do mundo, que podem nesse se “encaixar” ou não.²² Isto é, ser ou não verdadeiras.

1.1.2. Verdades, verdade e linguagem

Outro aspecto importante é que a respeito de determinado fato (que existe no mundo externo) é possível fazerem-se muitas afirmações verdadeiras: várias *verdades*. Imaginando-se que Pedro efetivamente tenha matado Maria, poder-se-á dizer: “Pedro matou Maria”. “Pedro esfaqueou Maria”. “Pedro desferiu 17 facadas em Maria”. “Pedro assassinou Maria”. “Pedro tirou a vida de Maria”. “Maria perdeu a vida com facadas

19. TWINING, 2006: 124. No mesmo sentido, Ho, 2010: 55.

20. TWINING, 2006: 124.

21. GOLDMAN, 1999: 20.

22. GOLDMAN, 1999: 20.

desferidas por Pedro” etc. Tratar-se-á, entretanto, de proposições, afirmativas, frases que “*são verdadeiras*”;²³ não por corresponderem a algo que a linguagem descreveu, mas, justamente, quando for o caso, à verdade²⁴ (isso é, ao mundo real). A verdade (a realidade, o “mundo lá fora”) continuará sendo uma só, objetiva, mas muitas afirmações verdadeiras poderão ser feitas sobre a realidade. Em outras palavras, “[e]xiste uma verdade, mas muitas verdades”;²⁵ e sobre uma *verdade* podem ser ditas muitas *verdades*.

A pedra de toque do tema parece estar, portanto, no desfazimento da confusão entre a suposta (e inexistente) relatividade (ou subjetividade) da realidade e a (realmente existente) “arbitrariedade” ou relatividade da linguagem. Um exemplo pode esclarecer o ponto.

A interrupção dolosa da gestação de um feto com anencefalia pode ser considerada um homicídio em determinado país e não ser em outro; em certo edifício, um cão-guia para cegos pode ser considerado incluído no suporte fático de uma regra que proíbe a entrada de cachorros e em outro não; para determinada cultura um objeto pode ser considerado uma cadeira e para outra não. Isso porque as palavras contêm sentidos mínimos e independentes,²⁶ mas muito de seu sentido pode depender do contexto e da cultura.

23. HAACK, 2003.

24. HAACK, 2013: 53-54.

25. HAACK, 2013: 53-54.

26. Vide a exposição sobre a independência da palavra “CAT” em SCHAUER, 1991: 56.

Semelhantes constatações, entretanto, não possuem qualquer relação necessária com a verdade. Uma vez determinado o significado das palavras “alguém”, “interromper”, “gestação”, “feto” e “anencefalia”, a afirmação de que “alguém interrompeu a gestação de um feto com anencefalia” só poderá ser considerada verdadeira se corresponder a algo que efetivamente ocorreu na realidade.²⁷

Note-se o ponto: a arbitrariedade, a ambiguidade, está na linguagem, na forma como o mundo é descrito. Quando uma testemunha afirma “vi um rapaz loiro correndo”, é preciso saber o que a testemunha entende por “rapaz” e por “loiro”. Para uma senhora de 70 anos, provavelmente um homem de 30 será considerado um rapaz. Para uma menina de 15 anos, alguém de 30 não será provavelmente descrito como um “rapaz”. Da mesma forma, o conceito de loiro para um brasileiro, talvez seja diferente daquele de alguém que vive na Noruega.

Isso, entretanto, dirá respeito somente à descrição da realidade, não à realidade em si. O que a senhora, a menina, o brasileiro ou o norueguês percebem ou deixam de perceber não afeta minimamente o mundo lá fora²⁸. Se a *percepção* daquilo que ocorre depende em larga medida do sujeito, por um lado, a *realidade*, a verdade, por outro, não guardam qualquer relação necessária com a linguagem. Mesmo que a palavra “oxigênio” não existisse, as pessoas poderiam respirar normalmente.²⁹

27. DAMAŠKA, 1998.

28. No mesmo sentido, referindo-se aos fatos *empíricos*, GONZÁLEZ LAGIER, 2022: 28.

29. GOLDMAN, 1999: 17.

1.1.3. Da incompletude do conhecimento e da sua (não) relação com a verdade. A figura do Perfeccionista Desapontado

Já se afirmou, até agora, que a verdade não depende de consensos, de crenças, ou mesmo de descrições dos sujeitos. Cumpre ora aprofundar as relações possíveis entre o conhecimento, sua incompletude, e a verdade.

Se, por um lado, quando procuramos obter conhecimento sobre algo podemos estar certos ou errados (uma vez que o que determina a correção, a verdade, é justamente o mundo lá fora), não existe qualquer correlação necessária entre a incompletude do conhecimento e a verdade. Esclareça-se: um conhecimento obtido de maneira absolutamente incompleta pode muito bem ser verdadeiro, isso é, corresponder à realidade.

Se um filósofo afirmasse, na época de Platão, que a Lua tem crateras com base em observação a olho nu, tal afirmativa teria embasamento bastante incompleto. Apesar disso, nesse caso específico, seria verdadeira.³⁰ Em outras palavras, mesmo quando a obtenção do conhecimento é incompleta, isso não quer dizer que a afirmação daí decorrente seja “*portanto*” falsa.³¹

A doutrina descreve, nesse sentido, as figuras céticas em relação à verdade, chamadas (de maneira bem-humorada) de Perfeccionista Desapontado e Caricaturista, personalidades

30. Nos itens seguintes abordar-se-á a importância da completude do material probatório para a busca mais adequada da verdade.

31. TWINING, 2006: 110 e ss.

que viriam associadas.³² Para tais personagens, “já que a certeza completa é inalcançável pelo direito, segue-se que o direito é totalmente imprevisível”.³³

Esse tipo de postura (que, conforme será visto nos capítulos que seguem, é e foi bastante comum na processualística brasileira) baseia-se essencialmente em *non-sequitur*.³⁴ Afinal, não poder alcançar a verdade em todos os casos, ou não poder ter uma relação “automática” entre o que se considera provado e o que é verdadeiro não autoriza de forma alguma que se conclua pela irrelevância ou pela inexistência da verdade (tanto na vida, em geral, como no direito e no processo civil, especificamente).

Trata-se, também, de *non-sequitur* a ideia de que, por algo ser incompleto, deva automaticamente ser falso. É perfeitamente possível, aliás, como será visto no próximo capítulo, que uma investigação muito bem-feita possa chegar a um resultado falso, ou, pelo contrário, que outra extremamente malfeita encontre um resultado verdadeiro.

A investigação, ou a busca, destarte (e conforme será demonstrado de maneira mais pormenorizada no capítulo que segue), pode chegar a resultados que se encontrem mais ou menos corroborados. Entretanto, mesmo algo que esteja bastante corroborado poderá ser demonstrado falso, por exemplo, mediante novas provas.

32. TWINING, 2006: 103. Traduções livres dos termos *Disappointed Perfectionist* e *Caricaturist*.

33. TWINING, 2006: 104.

34. TWINING, 2006: 104.

A questão liga-se, assim, com o que já foi dito sobre a linguagem ou as crenças não criarem o mundo. Mesmo que o ser humano médio não saiba atualmente se existe vida em outro planeta da via láctea, tal fato independe do conhecimento ou da crença: existirá ou não dependendo daquilo que realmente acontece no “mundo lá fora”. Ou seja, a verdade existe quer alguém tenha conhecimento sobre ela, quer não tenha.

Restam, portanto, apresentadas as opções pelas duas primeiras ideias do início do presente item, no sentido de que a verdade existe e é objetiva (ou seja, não depende de qualquer sujeito).

Tais constatações, como demonstrado, decorrem da afirmação de que “existe um mundo lá fora”, ou seja, de se constatar a “*out-there-ness*”;³⁵ e, assim reconhecendo, superar o “erro colossal que determinou uma moda, mas se fundando em um erro filosófico”.³⁶ Retorna-se à verdade, que existe e é objetiva.

1.2. DA IMPORTÂNCIA DA VERDADE PARA A BUSCA DOS FATOS NO DIREITO, DA LIGAÇÃO ENTRE A PROVA E A VERDADE, DO SIGNIFICADO DE “ESTÁ PROVADO QUE P” E DA VALORAÇÃO RACIONAL DA PROVA

Ninguém abre um jornal pela manhã espera encontrar na seção de esportes resultados de jogos que não ocorreram

35. A expressão, conforme já destacado, é de LATOUR e WOOLGAR, 1986 [1979]: 182.

36. TARUFFO, 2012d: 39.

efetivamente.³⁷ Nem pretende votar num candidato por algum motivo falso³⁸ (exemplo, crença de que o candidato promoveu maiores investimentos em saúde, quando, em verdade, isso não ocorreu).³⁹

Se tudo isso já é bastante evidente com relação aos demais ramos sociais, para o Direito a verdade tem importância central: é (como será demonstrado no item seguinte) um elemento necessário para a decisão justa⁴⁰ e um verdadeiro fim do próprio Estado Constitucional.⁴¹

No presente tópico serão respondidas as seguintes questões: (i) a verdade – que, conforme visto no item anterior, existe, é objetiva e corresponde às coisas que efetivamente ocorrem no mundo – importa para o Direito (quanto à busca dos fatos)? (ii) Qual seria, portanto, a relação entre prova e verdade? (iii) O que significaria dizer que “está provado que *p*”? (iv) Como seria possível obter, pela prova, conhecimentos sobre

37. GOLDMAN, 1999: 3. No mesmo sentido, falando sobre a “demanda da verdade”, SCHAUER, 2022: 5.

38. GOLDMAN, 1999: 326: “*under the majority vote in a two-candidate election, full core knowledge guarantees that a majority of voters get their more preferred outcome set*”.

39. GOLDMAN, 1999: 118.

40. GOLDMAN, 1999: 141-142.

41. “A proposta deste curso é a seguinte: a constituição, informada pelos princípios materiais do constitucionalismo – vinculação do Estado ao direito, reconhecimento e garantias de direitos fundamentais, não confusão de poderes e democracia – é uma *estrutura política conformadora do Estado*”. E segue: o “Estado Constitucional é ‘mais’ do que Estado de direito”. Baseia-se na legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação”, assim como na “legitimidade de uma ordem de domínio” e “legitimação do exercício do poder político”. CANOTILHO, 2003: 87 e ss.

fatos que possuam pretensão efetiva de veracidade? É o que se passa a enfrentar a seguir.

1.2.1. Da importância da verdade para o Direito quanto à busca dos fatos

Não obstante o que foi afirmado acima (conforme já adiantado anteriormente), de um modo geral, a doutrina processualista brasileira (algumas exceções serão apontadas oportunamente) reserva pouco ou mesmo nenhum papel para a verdade dentro do processo. Fala-se, assim, que “o compromisso que o direito tem com a verdade não é tão inexorável como aparenta ser”.⁴² Que “a figura mítica do juiz, como alguém capaz de *descobrir* a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada”.⁴³ Que “os conceitos de ‘verdade’ e ‘falsidade’ são estranhos ao domínio do direito (...)”;⁴⁴ que a “verdade material” seria um mito, “travestida de principal finalidade do processo”⁴⁵; que o processo pautar-se pela verdade significaria uma “herança de uma visão heroica do juiz como um oráculo divino que revelaria a verdade (...)”;⁴⁶ ou mesmo, mais diretamente, que “o processo não se presta à busca da verdade, sobretudo porque a verdade real é inatingível (...)”.⁴⁷

42. MARINONI e ARENHART, 2015: 40. Na edição mais recente, 2019: RB-2.4.

43. MARINONI e ARENHART, 2015: 40. Na edição mais recente, MARINONI e ARENHART, 2019: RB-2.4.

44. SILVA, 2006: 321.

45. ALVARO DE OLIVEIRA, 2009: 177 e 178.

46. CABRAL, 2016; CABRAL, 2020: 170, na nova edição.

47. DIDIER JR., OLIVEIRA e BRAGA, 2015: 46 e ss. Os autores, posteriormente, esclarecem que o que estão buscando afastar é a ideia de que o processo

pudesse chegar a uma verdade “absoluta, real, suprema”; a verdade “relativa ao contexto”, por outro lado, funcionaria como “uma bússola a guiar a atividade instrutória” (idem, p. 48), de modo que teria, “sim, de ser buscada no processo” (ibidem). Apesar de o presente trabalho dizer respeito ao processo civil, vale salientar que, no campo do processo penal, diversos autores que associam a *busca da verdade* com uma suposta *busca a qualquer custo da verdade*. Nesse sentido, por exemplo, LIMA, 2020: 70, falando de concepções que vigeram “[d]urante anos e anos”, afirma que se dizia que “no processo penal vigorava o princípio da verdade material (...). A descoberta da verdade, obtida a qualquer preço, era a premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado. Essa busca da verdade material era, assim, utilizada como justificativa para a prática de arbitrariedades e violações de direitos, transformando-se, assim, no valor mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual. A crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípua do processo criminal. (...) No âmbito processual penal, hodiernamente, admite-se que é impossível que se atinja uma verdade absoluta”. No mesmo sentido, LOPES JR., 2020: 564-565, fazendo referência ao que chama de “mito da verdade real”, que estaria “intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o ‘interesse público’ (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma ‘verdade’ a qualquer custo”. A existência de uma relação teleológica entre a prova e a verdade, que defenderei nos itens que segue, significa afirmar que, dentro das regras processuais e do respeito estrito aos direitos fundamentais, o processo, inclusive (ou principalmente) o penal, deve buscar, de fato, saber o que ocorreu “no mundo lá fora”. *Buscar a verdade*, portanto, na minha opinião, não implica de forma alguma *buscar a verdade sem limites*, e nem adotar vertentes autoritárias. Significa simplesmente afirmar que o processo deve estar aparelhado o máximo possível para, dentro das regras do jogo, acertar o máximo possível: no caso do processo penal, repita-se, condenar, dentro das regras, culpados e absolver, também dentro das regras, inocentes. Defendendo, no âmbito do processo penal, a busca da verdade como um objetivo institucional do processo veja-se, por exemplo, BADARÓ, 2019: 129, para quem “*retirar a verdade do trono em que reinava absoluta no processo penal não significa desterrá-la*. Se a verdade não é o centro do processo penal, não há como negar, por outro lado, que a verdade exerce um papel importante no processo, sendo o seu acerto um dos seus escopos institucionais”); ainda, NARDELLI, 2019: 60. Defendo tal ponto de vista desde a primeira edição desta obra, tendo-a publicado, também, nas três edições da minha obra sobre Prova Testemunhal, a mais recente em DE PAULA RAMOS, 2022: 43 e ss. Nesse mesmo sentido, notadamente sobre o processo penal, vide mais recentemente SALGADO, 2023: 41 e ss. e KIRCHER, 2024: 45 e ss.

O que essas passagens, aqui trazidas a título ilustrativo, demonstram é uma sólida posição da doutrina processualista brasileira no sentido daquilo que TWINING denomina Perfeccionista Desapontado⁴⁸ (conforme mencionado no item anterior). Ou seja, se a verdade absoluta (ou a Verdade com letra maiúscula⁴⁹) é inalcançável (inclusive no campo jurídico), isso automaticamente quereria dizer que a verdade não importaria, ou mesmo que não seria algo que diria respeito diretamente ao Direito.⁵⁰

Como também já foi abordado no item anterior, entretanto, tal raciocínio de “se, então”, acaba levando ao mencionado *non-sequitur*,⁵¹ como reconhece a epistemologia. Isso é, o fato de não se poder atingir a verdade em todos os casos – ou o fato do conhecimento e da busca no processo serem limitados – não traz como consequência direta nem necessária que a verdade deva ser abolida dos estudos da processualística como um fim central e concreto (e não meramente lateral e utópico).

48. TWINING, 2006: 103.

49. TARUFFO, 2012d: 95.

50. Entendendo, por outro lado, ser a verdade ideologicamente oportuna ao processo, MITIDIERO, 2013: 117 e ss. No mesmo sentido, GODINHO, 2015: 153, para quem “não se trata de se averiguar se é possível atingir-se uma verdade absoluta no processo, pela singela razão que essa impossibilidade não é exclusiva do campo processual (...) Entretanto, a preocupação com a busca da verdade pode constituir um dos pilares de um processo democrático, efetivamente preocupado com a solução justa do caso concreto”. Ainda: “[o] desinteresse do juiz pela busca impessoal da verdade, a melhor possível, ainda que incompleta, reduziria o processo a um jogo de sofismas e de armadilhas, incompatível com um Estado de Direito que proclama a promessa de ser o guardião da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos” (GODINHO, 2015: 105).

51. TWINING, 2006: 104.

Sobre a primeira pergunta formulada no início do capítulo, de resto, a resposta não apresentaria dificuldades para um leigo em direito, que afirmaria sem sombra de dúvidas que uma decisão que considere culpada ou inocente uma pessoa que não o é estaria intrinsecamente equivocada⁵². Isso, como já abordado, porque o que confere a veracidade ou a falsidade de um enunciado é o que realmente ocorre no mundo real.

Levando a questão para o campo da epistemologia, tem-se que um conflito jurídico não possa ser considerado meramente *interest-based*, ou seja, desprovido de qualquer *standard* externo para sua resolução⁵³ (como seria, por exemplo, se dois amigos que passassem a noite juntos tivessem um impasse por um preferir jogar cartas e outro preferir ver um filme).⁵⁴ Conflitos jurídicos são *merit-based*, ou seja, há um critério externo.⁵⁵

Assim, se a regra do art. 121 do CP afirma que quem matar alguém terá uma pena correspondente, será equivocado aplicar tal pena sem a ocorrência do fato previsto (matar alguém), da mesma forma que em um jogo de futebol será considerada equivocada a decisão que considerar que houve marcação de gol quando, em verdade, a bola não tiver ingressado inteiramente na goleira.

O Direito, ademais, tem como uma das suas funções pre-cípua a ordenação de condutas.⁵⁶ Isto é, prevê consequências

52. Ho, 2010: 60. Em sentido análogo, ANDERSON, SCHUM e TWINING, 2005: 82.

53. GOLDMAN, 1999: 280.

54. GOLDMAN, 1999: 280

55. GOLDMAN, 1999: 280.

56. KELSEN, 1946: 36. FERRER BELTRÁN, 2005: 26. Abordando as regras, mas mencionando expressamente a necessidade de *authoritative settlement*, bem

jurídicas (como, por exemplo, sanções) para determinados atos, a fim de estimular alguns e proibir (ou coibir) outros. E as sanções, como é evidente, devem ser aplicadas somente a fatos que realmente ocorreram, como no exemplo acima sobre o homicídio.

Caso as sanções fossem atribuídas aleatoriamente,⁵⁷ não haveria qualquer vinculação entre as condutas de cada um dos membros da sociedade e a probabilidade de ser sancionado, não existindo, assim, qualquer razão para que alguém se comportasse de acordo com o estabelecido pelas normas jurídicas. Cada um se comportaria como bem entendesse, e o Direito deixaria de ser uma razão para o sujeito alterar sua conduta; isso é, o *Direito perderia sua capacidade de ordenar condutas*.⁵⁸

Condenando inocentes, ou atribuindo outras consequências jurídicas sem a devida correspondência com a realidade, ademais, restaria afetada uma dimensão bastante importante da segurança jurídica, que é justamente a calculabilidade, isto é, “a capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica (...)”.⁵⁹ Tanto quem segue a lei quanto quem não segue teria as mesmas preocupações quanto à possibilidade de aplicação das sanções.

Isso basta, portanto, para que seja respondida a primeira pergunta formulada acima, no sentido de que, sendo o Direito

como da determinação daquilo que deve ser feito, ALEXANDER e SHERWIN, 2001: 12.

57. O exemplo e o argumento são de FERRER BELTRÁN, 2007: 44 e ss.

58. FERRER BELTRÁN, 2007: 44 e ss.

59. ÁVILA, 2011: 126. Na edição mais recente, ÁVILA, 2021a: 144.

merit-based, é necessário que a busca da verdade esteja entre seus fins primordiais; ou seja, a verdade quanto aos fatos não só importa, como é um dos fins principais do Direito (o assunto será, de qualquer modo, novamente abordado no item que segue).

1.2.2. Da ligação entre a prova e a verdade

Sobre a terceira afirmativa (de que há uma relação teleológica entre prova e verdade) cumpre frisar, em primeiro lugar, que prova e verdade não estão relacionadas de maneira conceitual, ou seja, como se a verdade de uma proposição fosse “condição necessária, mas não suficiente, para que se possa dizer que essa proposição está provada”,⁶⁰ acarretando que um fato não pudesse restar provado e ser falso.⁶¹ Tal, com efeito, não parece ser a melhor opção.

Um exemplo pode esclarecer a questão.⁶² Como se sabe, os exames de DNA possuem grau muito elevado de acerto em casos de investigações de paternidade; mesmo assim, possuem alguma mínima margem de erro. Isso quer dizer que, em alguns casos, o exame apontará no sentido de que um indivíduo é pai de outro, mas essa informação será *falsa* (ou seja, não corresponderá à realidade).

Sendo esse o caso, a afirmação de que o réu é pai do autor poderá ser considerada provada (pelas razões que serão vistas

60. FERRER BELTRÁN, 2005: 86.

61. FERRER BELTRÁN, 2005: 85.

62. O exemplo é de FERRER BELTRÁN, 2005: 55.

em seguida), mas seguirá sendo *falsa*, justamente porque o réu *não é pai do autor*.

Exigir que uma hipótese seja considerada provada somente quando for verdadeira é portar o Direito a um *standard* elevado em demasia, que não é utilizado em qualquer outro campo do conhecimento humano (nem, por exemplo, na medicina, em que estudos são feitos para corroborar mais ou menos as hipóteses).

A relação entre prova e verdade, portanto, vem melhor definida como sendo *teleológica*,⁶³ sustentando-se que não se reserva “à verdade qualquer papel na definição da prova, mas a considera o objetivo último da atividade probatória”.⁶⁴

É que, conforme salientado pela doutrina, a prova tem uma função instrumental com relação à apuração da verdade dos fatos,⁶⁵ mas “a presença do meio (a prova) não garante a obtenção do fim (a verdade)”.⁶⁶ Relembrando o exemplo destacado acima, do exame de DNA, com efeito, é perfeitamente possível que algo resulte provado, mas não seja verdadeiro.

63. FERRER BELTRÁN, 2005: 85. No mesmo sentido, KNIJNIK, 2007: 15.

64. FERRER BELTRÁN, 2005: 86. Não me parece, aliás, como pareceu a LEONARD ZIESEMER SCHMITZ, que eu esteja aqui defendendo que “[e]ncontrar a verdade ‘real’ seria algo que conduziria à ‘certeza’ e ‘justeza’ da decisão, e conformar-se com as provas dos autos, pelo contrário, levaria o juiz a proclamar uma decisão injusta” (SCHMITZ, 2015: 91-117). O que se está, sim, pretendendo defender é que o processo deve estar preocupado em maximizar a busca da verdade, sendo o cenário ideal de um procedimento probatório aquele em que o que resta provado é verdadeiro.

65. TARUFFO, 1992: 64.

66. FERRER BELTRÁN, 2005: 47.