

MARINA GASCÓN ABELLÁN

Universidad de Castilla-la Mancha

O PROBLEMA DE PROVAR

Tradução

Livia Moscatelli

Caio Badaró Massena

Coordenação científica da tradução

Janaina Matida



Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

PREFÁCIO	11
I. PROVA E ARGUMENTAÇÃO (I). DECIDIR SOBRE OS FATOS	17
1. Verdade e prova: concepção cognoscitivista	17
2. Valoração da prova: o espaço da indução	22
2.1. Prova e indução	22
2.1.1. A indução como racionalidade da justificação e da valoração	26
2.1.2. Prova direta e prova indireta: considerações críticas.	28
2.2. Livre valoração.....	31
2.3. Modelos de valoração.....	33
2.3.1. Os modelos matemáticos	34
2.3.2. O modelo valorativo do grau de confirmação	37
2.3.2.1. Não-refutação	38
2.3.2.2. Confirmação (ou probabilidade) suficiente e maior do que qualquer outra H sobre os mesmos fatos.....	38

2.4. Argumentos de confirmação	39
2.5. Confirmação (ou probabilidade) “maior que” qualquer outra H sobre os mesmos fatos.....	42
2.6. Confirmação ou probabilidade “suficiente”	42
II. PROVA E ARGUMENTAÇÃO (II). JUSTIFICAR A DECISÃO .	43
1. Antes: os <i>standards</i> de prova.....	43
1.1. O <i>standard</i> como indicador do grau de probabilidade exigível.	43
1.2. Sobre o alcance heurístico e justificatório dos <i>standards</i> de prova	48
2. Motivação da prova	50
2.1. Justificar (também) as decisões probatórias.....	50
2.2. Sobre os argumentos e o estilo da motivação	53
2.3. Algumas deficiências na práxis da motivação	58
2.3.1. A técnica do relato	58
2.3.2. Motivação implícita, por remissão e não exaustiva...	59
2.3.3. A inexigibilidade de motivação da prova direta.....	61
2.4. Apontamentos: breves diretrizes sobre a motivação.....	64
III. INCERTEZA CAUSAL. PROBABILIDADE, <i>STANDARDS</i> DE PROVA E OPORTUNIDADES PERDIDAS	67
1. Introdução	67
2. Causalidade e imputabilidade	69
2.1. Distinguindo	69
2.2. Critérios de imputação.....	71
3. A prova do nexos causal.....	75
3.1. Objeto da prova	75
3.2. Prova e probabilidade.....	77
3.3. <i>Standards</i> de prova e incerteza	79

4. Um novo <i>standard</i> de prova: as oportunidades perdidas	82
4.1. Sentido da TPUC	82
4.2. Caracterização da TPUC	84
4.3. Requisitos (e uso espúrio) da TPUC	88
IV. PREVENÇÃO E EDUCAÇÃO: O CAMINHO PARA UMA MELHOR CIÊNCIA FORENSE NO SISTEMA DE JUSTIÇA..	91
1. Ciência forense: “boom”, mitificação e erros	91
2. Mais transparência e menos exagero: a crítica da ciência forense..	97
3. Avanços e desafios	104
3.1. O caminho (ético) que a ciência forense deve seguir: pre- venção	105
3.2. O desafio do direito: a educação	110
V. ALÉM DA VERDADE: DEFESA DOS DIREITOS QUANDO SE BUSCAM PROVAS	125
1. Mãos limpas: direitos <i>versus</i> verdade	125
2. Defesa dos direitos: a exclusão da prova ilícita	128
2.1. Conceito de prova ilícita	128
2.2. Alcance da exclusão: prova ilícita derivada.....	129
2.3. Fundamento da exclusão.....	131
a) Do “devido processo” ao “efeito dissuasório”	131
b) A doutrina espanhola sobre a “conexão de antijuridicidade” .	134
3. O argumento das exceções	138
3.1. A fonte independente.....	138
3.2. A descoberta inevitável	140
3.3. O nexa causal atenuado.....	142
3.4. A boa-fé	145

3.5. A exceção Falciani: podem ser admitidas provas obtidas ilicitamente por um particular?	146
4. Conclusão: <i>a proibição de prova ilícita levada a sério</i> . A impopular missão do cumprimento das garantias	149
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	155

REFERÊNCIAS DOS ORIGINAIS

Prova e argumentação (I). Decidir sobre os fatos [com modificações]

GASCÓN ABELLÁN, Marina. La valoración de la prueba. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.). Argumentación Jurídica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 373-402.

Prova e argumentação (II). Justificar a decisão [com modificações]

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Estándares de prueba y motivación. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.). Argumentación Jurídica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 427-455.

Incerteza causal. Probabilidade, standards de prova e oportunidades perdidas

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Valoración de la Prueba y Causalidad Jurídica. Ciencia Forense, n. 14, p. 77-97, 2017.

Prevenção e educação: o caminho para uma melhor ciência forense no sistema de justiça

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prevención y Educación. El camino hacia una mejor Ciencia Forense en el sistema de justicia. In: VÁZQUEZ, Carmen; FERRER BELTRÁN, Jordi (eds.). El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un punto de encuentro entre diferentes tradiciones. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 239-269.

Além da verdade: defesa dos direitos quando se buscam provas

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Además de la verdad. Defensa de los derechos cuando se buscan pruebas. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto et al. (eds.). El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís. Palestra: Lima, 2020. p. 360-418.

PREFÁCIO

O ano era 2006. Uma estudante de direito chegava à *Universidad Autónoma de Madrid* para cursar um semestre de intercâmbio. Mesmo diante de tantas novidades, não demorou nada para que a disciplina *Metodología y Argumentación Jurídica*, oferecida por Juan Carlos Bayón, capturasse por completo a minha atenção. Foi aí que, pela primeira vez, vi a prova dos fatos ser encarada como um desafio argumentativo que ia além do passo-a-passo procedimental que a melhor dogmática processual já nos havia ensinado. O Prof. Bayón nos introduziu leituras instigantes que questionavam o fundamento das regras e práticas probatórias de diversas culturas jurídicas, a partir de uma abordagem pouco conhecida até então: a *epistemología jurídica*. Nesta acepção, a epistemologia, enquanto subárea da filosofia, passou a ser aplicada aos fatos que, no direito, precisam ser conhecidos. A determinação dos fatos considerados juridicamente relevantes passa, então, a ser tratada como um problema de *conhecimento*.

É justamente neste contexto em que tive o primeiro contato com o pensamento de Gascón Abellán, entre aqueles que desbravaram os caminhos da epistemologia jurídica na cultura jurídica iberoamericana. Junto dos escritos de Michele Taruffo (1992)¹, Jordi Ferrer Beltrán (2002)², Luigi Ferrajoli

1. TARUFFO, M. “La prueba de los hechos”. Trad. ao castelhano por Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Ed. Trotta, 2002; Taruffo, M. “La prova dei fatti giuridici”, Milano: Giuffrè, 1992.

2. FERRER BELTRÁN, J. “Prueba y verdad en el derecho”. Madrid: Marcial Pons, 2002.

(1989)³ e Perfecto Andrés Ibáñez (1992)⁴, o seu “Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba” (1999)⁵ está entre as primeiras obras da disciplina publicadas no idioma de Cervantes. Recordo-me do encantamento instantâneo que essas leituras⁶ produziram-me durante o curso do Prof. Bayón e, sem dúvidas, são obrigatórias aos estudiosos da prova.

Mas a importância de Gascón Abellán vai além de sua destacada contribuição a essa fase inicial da epistemologia jurídica. Se é justo dizer que a professora catedrática de filosofia do direito da *Universidad de Castilla-La Mancha* participou com protagonismo da etapa fundacional, também é oportuno reconhecer que ela segue nos brindando conhecimento aprofundado sobre os desdobramentos probatórios mais atuais. Gascón Abellán tanto participou da construção dos alicerces da chamada *concepção racionalista da prova* nos idos dos anos 90, quanto deu continuidade a desenvolvimentos, sem dúvida, necessários à revisão do tratamento que concretamente se confere às regras e práticas probatórias nos sistemas jurídico-probatórios de nossa cultura jurídica. Não por outra razão, em páginas escritas por Gascón Abellán sempre é possível encontrar uma análise apurada, questionamentos intelectualmente afiados, sobre temas que merecem nossa redobrada atenção: as provas periciais e a relação que o direito tem com as ciências são um exemplo disso; o tratamento das provas ilícitas e a tensão entre a preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos e o interesse na descoberta da verdade, outro.

Assim, a obra “O problema de provar” que o leitor tem em mãos reúne assuntos probatórios diversos. Ela abarca uma cuidadosa apresentação de conceitos fundamentais ao tratamento epistemológico da prova judicial, bem como uma exposição perspicaz de desafios que ainda carecem de soluções adequadas nos sistemas jurídicos concretos. A filosofia do direito realizada

3. FERRAJOLI, L. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Trad. ao castelhano por P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Madrid: Ed. Trotta, 1995; Ferrajoli, L. “Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale”. Roma-Bari: Laterza & Figli, 1989.

4. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”. In Doxa, 1992.

5. GASCÓN ABELLÁN, M. “Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba”, Madrid: Marcial Pons. Essa obra foi recentemente traduzida ao português. Gascón Abellán, M. “Os fatos no direito: bases argumentativas da prova”. Trad. ao português por Ravi Peixoto (Revisão de Vitor de Paula Ramos), Salvador: Ed. Juspodivm, 2022.

6. As publicações mencionadas são as que, à época, foram trabalhadas conosco no curso.

por Gascón Abellán consiste em uma teoria efetivamente comprometida com a prática, com a melhoria do desenho institucional probatório que os sistemas de justiça devem desenvolver. É preciso errar menos na prestação jurisdicional e, para isso, Gascón Abellán reforça que é preciso saber mais de prova.

Com isso em mente, a autora oferece-nos cinco capítulos. Em “Prova e argumentação I. Decidir sobre os fatos” (capítulo 1), Gascón Abellán trabalha a importância da prova para a argumentação jurídica. Se tradicionalmente a argumentação no direito sempre se concentrou nas razões que devem ser sustentadas para a construção da premissa maior do raciocínio judicial, já passou da hora de corrigir a falta de tratamento às razões capazes de prestar respaldo à premissa menor, isto é, às provas que devem ser exigidas para a incorporação de certas hipóteses fáticas à decisão judicial. A autora explora a valoração da prova como espaço do *raciocínio indutivo*, o qual por sua vez, muito embora não traga certezas absolutas acerca da ocorrência dos fatos, tem, sim, a capacidade de justificar, probabilisticamente, uma melhor reconstrução dos fatos. O trajeto trilhado por Gascón Abellán perpassa *modelos de valoração, argumentos de confirmação*, sem se furtar a tecer uma análise crítica da velha distinção entre *provas diretas e provas indiretas*, revisitando também a diferença entre *contexto de descoberta e contexto de justificação*.

Com esse amparo, já na sequência, em “Prova e argumentação II. Justificar a decisão” (capítulo 2), a autora aborda os *standards probatórios* e também o dever de *motivação* que pesa sobre o magistrado à hora de oferecer as boas razões que encontrou para haver selecionado a hipótese fática que apresenta em seu raciocínio decisório. Neste capítulo, a satisfação do grau de suficiência previamente estabelecido para que enunciados fáticos sejam considerados provados é o centro de atenção de Gascón Abellán. Isso faz com que, para além de dispor ao leitor como o domínio da categoria conceitual do standard probatório funciona como a ferramenta necessária à argumentação, a autora também faz questão de analisar algumas deficiências argumentativas comuns à práxis da motivação: a *técnica do relato*, a *motivação não exaustiva* e o entendimento equivocado de que *as provas diretas não precisam ser objeto de motivação*.

O capítulo terceiro é dedicado à prova do nexo causal, por isso intitula-se “Incerteza causal. Probabilidade, standards probatórios e oportunidades perdidas”. Trata, portanto, de um tema espinhoso e desafiante, que tem

gerado soluções nem sempre satisfatórias à pretensão de justiça que a melhor prestação jurisdicional busca alcançar. As acuradas reflexões de Gascón Abellán encontram amparo em distinções fundamentais, como a que se põe entre os conceitos de *causalidade* e *imputação*, bem como na abordagem crítica da *teoria da perda de uma chance* como um standard de prova. Gascón Abellán analisa as vantagens da proposta sem se olvidar das debilidades que precisam ser sanadas.

Em “Prevenção e educação: o caminho para uma melhor ciência forense no sistema de justiça” (capítulo 4), Gascón Abellán analisa a relação que direito e ciência devem desenvolver para a implementação de uma agenda de redução de erros à hora de determinar fatos. É preciso aproximar a prova judicial dos avanços conquistados pela ciência, mas isso não significa abraçar ingenuamente todo e qualquer conteúdo produzido originalmente pelo contexto científico. Não é o fato de que algo seja etiquetado como científico, muitas vezes de forma apressada, que faz com que deva ser incorporado automaticamente. A autora trata dos perigos provenientes da *mitificação da ciência* e explora a importância da combinação de estratégias de *prevenção* e de *educação* dos operadores jurídicos acerca dos conhecimentos científicos. Os desafios são robustos, e como ressalta Gascón Abellán, precisamos de uma abordagem crítica e epistemicamente comprometida para a construção de uma melhor ciência forense.

Finalmente, em “Além da verdade: defesa dos direitos quando se buscam provas” (capítulo 5), Gascón Abellán enfrenta corajosamente a tensão entre a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e o interesse na descoberta da verdade. A autora examina os desenvolvimentos teóricos relativos à exclusão da prova ilícita e aponta para os riscos da sua relativização. Neste capítulo, o leitor poderá constatar a influência de autores como Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís e Perfecto Andrés Ibáñez na forma em que Marina Gascón Abellán edifica o seu *modelo epistemológico de determinação dos fatos judiciais*. Gascón Abellán apresenta a verdade como um dos objetivos do processo, mas não o único. A epistemologia jurídica de Gascón Abellán caminha junto com o garantismo penal, não servindo de escusa para qualquer esvaziamento dos direitos prometidos por nossas cartas constitucionais.

Assim, considero que as lentes conceituais e as discussões propostas nas páginas que se seguem contribuirão ao aperfeiçoamento de advogados, juízes, promotores de justiça, defensores públicos e policiais e, neste sen-

tido, representam uma ferramenta teórica muito promissora à construção conjunta do sistema processual probatório que merecemos. Ao chamar sua obra de “O problema de provar”, Gascón Abellán revela, mais uma vez, a humildade intelectual que acompanha os grandes mestres, que avançam propondo boas questões, *boas perguntas, bons problemas*, mas a verdade é que o leitor também encontrará aqui um frutífero caminho para o desenvolvimento de *soluções aos déficits epistêmicos* que estão presentes no interior dos sistemas de justiça em que atuamos. Enfim, por tudo o que Gascón Abellán me ensinou e ensina, estendo a todos o convite para que adentrem o rico horizonte probatório contido neste livro.

Santiago de Chile, 3 de setembro de 2022.

JANAINA MATIDA

I.

PROVA E ARGUMENTAÇÃO (I): DECIDIR SOBRE OS FATOS⁷

1. Verdade e prova: concepção cognitivista

Nos últimos cinquenta anos, a teoria da argumentação jurídica experimentou um desenvolvimento simplesmente espetacular. O fenômeno ocorreu paralelamente à expansão e à consolidação do Estado de Direito. E isso não deveria surpreender, pois se é certo que uma decisão judicial é sempre o resultado de um exercício de poder, também é certo que no estado constitucional este poder do juiz foi reforçado e, conseqüentemente, a necessidade de justificar com bons argumentos o uso que foi feito dele se tornou mais evidente. O que ocorreu pode ser expresso de forma muito sucinta: a presença de constituições normativas (que obrigam a constitucionalização de todas as questões importantes), que são, contudo, materiais e abertas (nas quais as respostas constitucionais permitidas ou exigidas nem sempre são claras), tornou os juízes novos “senhores da lei”. Consoante seus poderes discricionários aumentaram, a necessidade de controlar a racionalidade do seu exercício também se intensificou. De fato, a necessidade de que os juízes justifiquem as decisões com argumentos racionais é atualmente um tema incontestável.

7. Tradução para o português por Livia Moscatelli, mestre em raciocínio probatório pela Universitat de Girona (Espanha) e mestranda na Universidade de São Paulo (USP).

Por muito tempo, no entanto, os desenvolvimentos mais importantes da teoria da argumentação jurídica se concentraram predominantemente no aspecto normativo ou interpretativo da decisão judicial (*quaestio iuris*) e mostraram pouca preocupação com os problemas relacionados à prova (*quaestio facti*)⁸. Como se a decisão sobre os fatos não trouxesse problemas; ou – mais preocupante – como se, apresentando-os, fosse uma decisão irremediavelmente fadada à extrema discricionariedade, senão à pura e simples arbitrariedade. Mas as coisas não são assim. Uma análise minimamente reflexiva nos mostra que o juízo sobre os fatos é problemático, ou até mais do que o juízo de direito; que a discricionariedade do juiz é muitas vezes maior do que na interpretação das normas; que é o momento de exercício do poder judiciário em que o juiz é mais soberano e, conseqüentemente, pode ser mais arbitrário; e que, em última análise, se na decisão sobre os fatos os tribunais exercem enorme poder, é preciso prestar contas apresentando, com argumentos apropriados, que ele foi exercido racionalmente.

Ao identificar esse problema, a teoria da argumentação já superou a injustificável desatenção a respeito da decisão sobre os fatos. Existem muitos estudos sobre o raciocínio probatório, e, hoje, pode-se dizer – pelo menos do ponto de vista teórico – que estão superadas as concepções irracionais da decisão sobre os fatos que impossibilitaram sua motivação e controle⁹.

8. *Quaestio facti* e *quaestio iuris* correspondem, com efeito, a diferentes momentos de decisão (e, portanto, de poder) que apresentam diferentes problemas: de interpretação das normas, de um lado, e de conhecimento do mundo, do outro. Por isso, frente àqueles que incluem problemas de qualificação jurídica dos fatos na *quaestio facti*, observa-se que “de um ponto de vista lógico, deve-se fazer uma distinção cuidadosa entre problemas de conhecimento dos fatos e problemas de qualificação jurídica dos fatos”. Os primeiros são problemas empíricos, enquanto os segundos são problemas de interpretação” (GUASTINI, R. L’interpretazione rivisitata. In: *Distinguendo*. Studi di teoria e metateoria del diritto. Torino: Giappichelli, 1996. p. 201, nota 30).

9. Eu mesmo já tratei deste assunto em: GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el Derecho*. Bases argumentales de la prueba (1999). 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. Em nosso entorno mais próximo, merecem destaque os estudos de P. Andrés Ibáñez (uma compilação em: *Los “hechos” en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005), J. Igartua (*Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995; *La motivación de las sentencias*. Madrid: CEPC, 2003), J. Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2003; *La valoración racional de la prueba*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007) e D. González Lagier (Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal. *Jueces para la democracia*, n. 46, p. 17-26, 2003 (Parte I) e n. 47, p. 35-51, 2003 (Parte II)). Também teve uma influência decisiva entre nós os trabalhos de M. Taruffo (por todos, *La prueba de los hechos*. Trad. de J. Ferrer. Madrid: Marcial Pons, 2008) e L. Ferrajoli (*Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. de P. Andrés Ibáñez e outros. Madrid: Trotta, 1995).

Essa é a perspectiva da qual parto em minha análise, com o objetivo de dar conta da chave argumentativa do processo de decisão sobre os fatos e sua justificação. O que se segue é, portanto, uma sintética análise argumentativa da prova¹⁰.

A concepção da prova que adotarei pode ser chamada, sem grande esforço, de *cognitivista*, a qual entende que a prova é uma atividade destinada a conhecer ou averiguar a verdade sobre fatos controvertidos ou litigiosos, sendo um *instrumento de conhecimento*, um conhecimento que é frágil e cujos resultados são meramente prováveis. De forma concisa, essa concepção entende que a prova é baseada no saber e não no poder, sendo aquele sempre imperfeito e relativo¹¹. O cognitivismo se opõe à concepção *persuasiva* da prova, esta que defende que a finalidade probatória é apenas persuadir o julgador com o objetivo de obter uma resolução favorável¹². Não se pode sequer contestar se a convicção do juiz está certa ou errada: simplesmente o julgador está persuadido. Essa forma de entender a prova é compatível com (e, mais ainda, implica) uma concepção irracional da decisão sobre os fatos (ou da valoração da prova, que é seu núcleo essencial), sendo difícil ou mesmo impossível a exteriorização e o controle. Por um lado, “porque a persuasão de um sujeito sobre algo é um estado psicológico e nada mais”; por outro, porque a persuasão pode fundar-se em qualquer coisa que tenha influenciado a formação desse estado psicológico e não necessariamente na produção de provas¹³. Ao contrário, para o *cognitivismo*, a valoração da prova é concebida como uma atividade *racional*, consistente em verificar a verdade dos enunciados à luz das provas disponíveis e, portanto, suscetível de exteriorização e controle.

A oposição mais significativa entre as duas concepções se reflete no

10. Uma extensa análise conceitual, epistêmica e argumentativa sobre a prova pode ser encontrada no meu livro de 1999: GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el Derecho*. Bases argumentales de la prueba (1999). 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

11. Estas são as palavras eloquentes de L. Ferrajoli em *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. de P. Andrés Ibáñez e outros. Madrid: Trotta, 1995. p. 623.

12. Essa tese é bem representada pelas correntes antiformalistas, as quais defendem que a prova é uma atividade essencialmente subjetiva e, portanto, irracional ou incontrolável. Tais tendências encontram sua versão mais extrema no chamado “ceticismo sobre os fatos” de Jerome Frank, que exalta tanto o papel dos processos psicológicos do juiz na valoração das provas que arruína a aspiração de determinar quais fatos realmente aconteceram. Sobre esse autor, ver principalmente: *Law and the Modern Mind* (1930). Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1970.

13. Vide: TARUFFO, M. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Discusiones*, n. 3, 2003. p. 32-33.

modo de entender as relações entre os conceitos de verdade e prova, ou, mais propriamente, entre enunciado verdadeiro e enunciado provado¹⁴. Dizer que um enunciado fático é *verdadeiro* significa que os fatos que ele descreve existiram ou existem em um mundo independente; isto é, que a descrição formulada dos fatos é correta no sentido de corresponder à realidade. Por outro lado, dizer que um enunciado fático está *provado* significa que a sua verdade foi verificada; isto é, que o enunciado foi confirmado pelas provas disponíveis. Essa concepção cognitivista implica a separação entre ambos os conceitos e supõe que *a declaração dos fatos provados da sentença possa ser falsa*. Para a concepção persuasiva, ao contrário, tal afirmação não tem sentido, pois, embora a verdade dos fatos não seja algo que deva ser perseguido aqui, é evidente que na prática tal concepção assume como *verdadeiro aquilo que se mostra provado no processo*.

A concepção cognitivista da prova é particularmente adequada tanto do ponto de vista conceitual quanto valorativo. *Conceitualmente*, porque o conceito de verdade como correspondência é o que melhor se adapta às intuições dos falantes, e claro, ao objetivo inalienável da prova, que nada mais é do que descobrir aquilo que efetivamente aconteceu: na perspectiva do direito, se entendemos que a função do processo é aplicar a lei e que uma decisão somente é correta/justa se o enunciado que integra a condição de aplicação da norma for verdadeiro, então a averiguação da verdade é um objetivo, um valor *instrumental*, que deve ser perseguido para garantir o fim principal do processo¹⁵. Acima de tudo, essa concepção é *valorativamente* adequada, pois, ao distinguir entre os conceitos de “verdadeiro” e “provado”, permite, como aponta Ferrajoli, defender uma atitude epistêmica não dogmática: “é possível sustentar a hipótese de que um acusado possa ser inocente (ou culpado), ainda que tal hipótese tenha sido rejeitada em todas as instâncias de um processo e esteja em contraste com todas as

14. Sobre a distinção entre verdadeiro e provado, ver mais amplamente: FERRER BELTRÁN, J. *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2002, especialmente o capítulo II. Também deve ser observado que na literatura processual e na jurisprudência, é comum se referir ao conceito de *verdade* com o termo *verdade objetiva ou material* e à *prova* com o termo *verdade processual ou formal*. J. Ferrer critica o uso dessa terminologia por sua falta de rigor conceitual. Acredito, entretanto, que na medida em que se tenha claro o seu significado, não vejo nenhum grande inconveniente, exceto, é claro, a falta de rigor conceitual em continuar a utilizar esse binômio.

15. Vide: TARUFFO, M. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Discusiones*, n. 3, 2003. p. 47-57.