

VERDADE, PROVA E PROCESSO: O QUE OS EPISTEMÓLOGOS TÊM A DIZER SOBRE AS REGRAS DE EXCLUSÃO DO DIREITO PROBATÓRIO.

TRUTH, EVIDENCE AND PROCESS: WHAT THE EPISTEMOLOGISTS HAVE TO
SAY ABOUT THE EXCLUSIONARY RULES OF EVIDENCE LAW.

Gabriel Cabral^{*†}

RESUMO

Neste artigo, pretende-se analisar a relação entre os epistemólogos e as regras de exclusão do direito probatório. Por essas regras, categorias inteiras de provas são excluídas da análise daqueles responsáveis pelo julgamento dos fatos no direito. As regras de exclusão, que costumam impor obstáculos ao acesso dos julgadores a evidências relevantes, têm por razão de existência ora a opção pela proteção de outros princípios, como o do devido processo legal, ora pela compensação das deficiências cognitivas de jurados leigos. O direito probatório lida com a apuração de fatos, questões epistêmicas por excelência, não com normas práticas. Descobrir o que de fato aconteceu ou se as alegações das partes são verdadeiras é diferente de julgar se certos comportamentos estão de acordo com as prescrições do direito. A despeito disso, tratam-se ambas as situações no direito pelo mesmo meio: por regras, que, por serem criadas a partir de generalizações, acabam por serem excludentes. Tendo este panorama em vista, destacam-se duas posições críticas: o ceticismo extremo e o moderado em relação à existência de regras jurídicas sobre provas. A primeira posição tem como representante Jeremy Bentham, que advogou pela abolição de todas as regras jurídicas sobre evidências, próprias do sistema “técnico”, para que este fosse substituído por um sistema “natural”, sem amarras à busca do conhecimento. Contemporaneamente, de forma moderada, epistemólogos alertam para o caráter contraepistêmico das regras de exclusão, apesar de reconhecerem sua importância residual em alguns casos. Para estes autores, regras não deveriam existir no direito probatório, mas como elas existem, devem ser ignoradas sempre que não forem convenientes.

PALAVRAS-CHAVE: Epistemologia Judicial; Regras de Exclusão; Ceticismo.

ABSTRACT

In this article, the intention is to analyze the relationship between the epistemologists and the exclusionary rules of the Law of evidence. By these rules, a whole category of evidences are excluded from the analysis of those responsible for judging the facts of Law. The exclusion rules, that tend to impose obstacles to the access of judges to relevant evidences, have as a reason of existence sometimes the option for the protection of other principles, like the due legal process, sometimes in return of the cognitive disorders of the lay jurors. The Law of evidence deals with finding the facts, epistemic issues par excellence, not with standard practices. Discover what really happened or if the allegations of the parties are true is different to judge whether certain behaviors are in accordance with the provisions of law.

* Mestrando em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

† Todas as traduções neste artigo foram feitas pelo autor.

Despite this, both situations are treated in the Law by the same means: by rules, that, being created from generalizations end up being exclusionary. With this background in mind, we highlight two critical positions: the moderate and extreme skepticism about the existence of legal rules of evidence. The first position has its representative Jeremy Bentham, who advocated the abolition of all legal rules on evidences, from the "technical" system itself, for it to be replaced by a "natural" system, free in pursuit of knowledge. At the same time, in a moderate way, epistemologists warn the counter-epistemic character of the exclusionary rules, although acknowledging their residual importance in some cases. For these authors, there should be no rules on Law of evidence, but as they exist, should be ignored whenever they are not convenient.

KEYWORDS: Legal Epistemology; Exclusionary Rules; Skepticism.

1 INTRODUÇÃO

Pode haver alguma coisa mais importante do que a verdade? Se no contexto de uma conversa informal parece ser tão óbvio que não se deve impor obstáculo algum pra a busca da verdade, por que no âmbito do direito se permite que categorias inteiras de evidências sejam excluídas do exame dos julgadores dos fatos? Afinal, o que pode ser mais importante do que a verdade? Imagine o cenário: duas mães chegam à escola dos seus filhos para buscá-los. Lá chegando, notam que seus filhos estão com hematomas. A partir desta constatação, pretendendo descobrir o que ocorreu, começam uma investigação: tomam depoimentos dos funcionários da limpeza e dos colegas de classe dos seus filhos. Elas têm sucesso em sua investigação, pois todos os depoimentos tomados convergem para a mesma conclusão: o fato que ocorreu foi uma briga entre ambos os alunos e os hematomas são resultado da contundência excessiva das agressões mútuas.

Por meio deste experimento mental, duas conclusões podem ser inferidas: primeiro, na situação ilustrada, qualquer forma de regulação que viesse a afastar informações das duas personagens seria prejudicial à realização do resultado ótimo que se obteve; segundo, a tarefa das mães não ocorreu em um contexto normativo no qual haja formalidades que vinculem seus comportamentos de forma inflexível. Suas razões para agir foram todas informadas por regras morais e sociais que as orientaram – e apenas orientaram – sobre como deveriam proceder em sua investigação.

Deixando-se maiores detalhes para os livros de ficção científica, imagine igualmente que exista uma espécie de grande sindicato de todas as mães do mundo, onde elas compartilham informações telepaticamente. Este sindicato, cuja pretensão é a de ajudar as

mães a cuidarem de seus filhos, possui um regulamento próprio. Neste regulamento estão incluídas não apenas normas e princípios sobre como as mães devem agir em determinadas situações, mas também a previsão de sanções para as mães desobedientes. Tais regras e princípios advêm de noções construídas por mães desde tempos remotos, a partir da observação cuidadosa de quais práticas foram as melhores para a criação de filhos felizes e saudáveis. Uma dessas regras determina que as mães não devam entrevistar coleguinhas de seus filhos do colégio, pois, além de ser um inconveniente significativo para crianças, estas se confundem facilmente em seus relatos. Se tal sindicato fantástico existisse, a categoria de provas “depoimentos de coleguinhas do colégio” estaria excluída, bem como, conseqüentemente, a possibilidade de as mães terem uma crença forte sobre a origem dos hematomas dos filhos.

Essa situação imaginada tem paralelo com a realidade. Há um ambiente institucionalmente reconhecido em que a busca da verdade é relativizada: o do direito. Nele, as regras de exclusão¹ tem status jurídico, não moral; o princípio protegido é, por exemplo, o “devido processo legal”, não a “boa prática maternal”; um dos motivos da relativização é da proteção dos jurados, considerados sujeitos cognitivamente frágeis, não as crianças. Devido ao fato de o direito inadmitir a categoria das provas ilícitas² de serem avaliadas pelos juízes, é criada em seu âmbito uma divisão particular: separou-se a ligação intuitiva e imediata entre a prova e fato, pois nem toda prova pode ter capacidade de provar. Pode-se chegar a uma situação peculiar na qual existe um fato e duas provas que dependem uma da outra, mas devido ao fato de uma delas ser ilícita, a outra acaba por se tornar inútil (Marinoni; Arenhart, 2011, p. 261). Em casos como este, quem perde é a verdade.

Diante deste panorama, é fácil entender o interesse recente de epistemólogos pelo estudo do direito probatório. Esses estudiosos, ao perceberem que há uma relativização da busca pela verdade, procuram aplicar conceitos da epistemologia ao mundo jurídico, literalmente prescrevendo uma “desindireitização” do direito em situações em que se estiver lidando com fatos. Para esses autores, por meio de uma proposta de deslegitimação da presença de regras de exclusão, símbolo máximo da própria natureza excludente do direito, poder-se-ia ter direito mais epistêmico. Por conta desta postura em relação às regras, foi

¹ Dentre as denominações em diferentes códigos, destacam-se as “exclusionary rules” ou regras de exclusão do direito estadunidense, “beweisverwertungsverbot” ou as proibições no uso da evidência no direito alemão e “innutilizzabilità” ou não usabilidade do direito italiano.

² O exemplo brasileiro pode ser facilmente encontrado na Constituição, artigo 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

atribuído a estes autores o rótulo de “céticos”. Ocorre que, dentre os céticos, há diferentes graus de ceticismo: há o ceticismo extremo de Bentham e o ceticismo moderado dos epistemólogos contemporâneos. Se os autores céticos diferem quanto à aceitação da presença de regras jurídicas para regular averiguação de fatos, têm em comum o fato de nutrirem uma presunção diminuidora da força das regras. Regras, para estes autores, não passam de entraves epistêmicos. Portanto, se se vai falar das críticas à existência das regras de exclusão no direito, não se pode deixar de saber o que estas são, de onde vieram e para que fins existem.

2 O QUE SÃO? CONTEXTUALIZANDO AS REGRAS DE EXCLUSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

As ilicitudes reconhecidas pelo direito brasileiro que têm a capacidade de transformar evidências admissíveis em inadmissíveis podem decorrer de violação de direito material ou processual, em matéria civil ou penal. No plano do direito material, uma prova pode ser produzida de forma lícita, observando as exigências processuais, mas se tornar ilícita pelo meio antijurídico a partir do qual foi obtida. Pode-se imaginar, por exemplo, que a polícia judiciária faça uma diligência para obter uma peça de informação por meio da invasão de um domicílio sem mandado judicial³. Ou ainda, que um depoimento testemunhal seja prestado a partir de conhecimentos obtidos de modo ilícito, como, suponha-se, a partir de uma gravação clandestina de comunicação telefônica⁴. Provar-se por meio da prova testemunhal é lícito, mas o modo pelo qual as informações foram obtidas pode torná-la ilícita, isto é, passível de exclusão. O problema de fundo material também pode ser encontrado no momento da formação da prova, tomando-se como exemplo a ilicitude das provas criadas por meio de coação.

A ilicitude das provas também pode ser aferida pela inobservância de regras estritamente processuais. Sob a ótica do direito processual, para usar o exemplo do parágrafo anterior, a preocupação com a coação é ulterior, referindo-se à questão de saber se a testemunha foi forçada a prestar seu depoimento perante a autoridade judicial. A despeito do

³ O direito material atacado aqui é o da inviolabilidade do domicílio, cuja previsão legal está expressa no artigo 150 do Código Penal: “Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: [...]§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência. [...]”

⁴ Afronta-se aqui o direito constitucional ao sigilo da correspondência. Artigo 5º, inciso XII da Constituição: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

fato de a coação ser a mesma, o momento em que é praticada altera sobre qual dimensão do direito sua implicação terá efeito. Outro ponto importante para o direito processual é saber se o pedido para produção das provas foi tempestivo. Um pedido fora do prazo, por mais que faça referência a uma prova importante sem o qual o julgador do fato pode não ter uma crença forte o suficiente, tem o condão de torná-la inadmissível. Mais um obstáculo para a busca da verdade que só faz sentido no âmbito jurídico. Afinal, como justificar tais obstáculos? O modelo de regras probatórias institucionalizado no Brasil foi criado tendo por base a doutrina estadunidense das *exclusionary rules*, do final do século XVIII. Assim sendo, ainda que separados por tradições político-jurídicas diferentes⁵, o sistema jurídico brasileiro optou por apropriar-se desses princípios e doutrinas, usando-os como modelo para regular de que forma seriam operacionalizadas as regras de exclusão.

2.1 DE ONDE VIERAM? A DOUTRINA DAS *EXCLUSIONARY RULES* PARA PROTEGER DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina normativa das *exclusionary rules*, segundo a qual devem ser criados mecanismos para limitar a, até então, liberdade absoluta de produção de provas pelo Estado contra os indivíduos tem origem histórica no final do século XVIII, tendo sido considerada como norma vinculante da atividade judicial apenas a partir das *rationes decidendi* de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos no século passado. Tido isso, a doutrina das regras de exclusão tem como embrião o ano de 1791⁶, com a promulgação da Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Seu texto é direto e curto:

O direito do povo de estar seguro em sua privacidade, sua casa, de seus papeis e efeitos contra buscas e apreensões despropositadas, não poderá ser violado e nenhum mandado será emitido, salvo se baseado em causa provável, apoiada por juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o lugar a ser pesquisado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

A Emenda, como se pode perceber, declara dois direitos dos indivíduos frente a qualquer pretensão arbitrária de ação dos agentes do Estado: primeiro, da proteção contra buscas e apreensões despropositadas; segundo, do requisito de uma causa provável para a emissão de mandados de busca e apreensão. Apesar de apresentar duas cláusulas diferentes,

⁵ A distinção entre a tradição da *common law* e da *civil law* refere-se mais a uma questão de grau de força dos precedentes do que de naturezas diferentes de sistema jurídico. Talvez o maior mito que se propagou em relação à *common law* seja o de que, em nos sistemas sob tal influência, há um número menor de codificações em decorrência da adoção da doutrina do *stare decisis*, segundo a qual os precedentes têm valor vinculativo, equiparando-se em força às leis elaboradas pelo Poder Legislativo.

⁶ As primeiras dez Emendas, conhecidas coletivamente como a Carta de Direitos (*Bill of Rights*), foram adicionadas no ano de 1791, dois anos depois da ratificação da Constituição americana.

sem especificar sua correlação, é, desde sempre, entendimento da Corte Constitucional que a aplicação da Emenda deve ser guiada por uma interpretação que agregue esses direitos, de forma a se constituir uma regra unificada para regular e limitar o poder de busca e apreensão dos agentes do Estado.

Esta lei considera expressamente antijurídicas algumas atitudes, mas prejudica sua efetivação por não prever sanções àqueles que a desafiam⁷, de forma que sua aplicação acaba ficando submetida à discricionariedade dos julgadores em cada caso. Por esse motivo, até o século 20, o único recurso contra as ações da polícia para obtenção de evidências que ocorressem em desconformidade com os preceitos da Quarta Emenda era a abertura de um processo de invasão de propriedade, deixando a questão da admissibilidade probatória intocada. Neste sentido, as provas, inobstante do fato de terem sido obtidas ilegalmente, não deixavam de admissíveis em juízo⁸.

Seguindo os apontamentos históricos traçados por Mark E. Cammack (2013), somente no começo do século subseqüente foi estabelecida a ligação que faltava para efetivação do direito do indivíduo de estar protegido de buscas e apreensões despropositadas de agentes do Estado, pois se começou o entendimento jurisprudencial de que as provas obtidas ilegalmente deveriam ser desentranhadas dos autos do processo. O julgamento paradigmático dessa transição foi o de Weeks⁹ contra Estados Unidos¹⁰ em 1914, no qual a Corte Constitucional declarou a exclusão, ou, apropriando-se do linguajar usado no Código de Processo Penal em seu artigo 157, “desentranhou” dos autos as provas que foram consideradas ilícitas por terem violado os preceitos da Quarta Emenda. Finalmente, após 123 anos, aqueles direitos de liberdade previstos de forma audaciosa na Carta de Direitos ganharam o caráter de serem exigíveis das autoridades judiciais.

⁷ Essa é uma característica das dez Emendas que formam a Carta de Direitos. Por possuírem um caráter mais programático de defesa das liberdades individuais, exigindo uma postura de abstenção do Estado para sua realização, acabam por não especificarem as sanções cabíveis da sua inobservância. Tais questões são tacitamente relegadas às Cortes, que decidirão sobre sua interpretação. Trazendo o dispositivo legal para a doutrina das gerações de direitos fundamentais, o de proteção da liberdade individual contra o arbítrio do Estado, como declarado pela Quarta Emenda, pode ser classificado como de primeira geração. (Bobbio, 1992)

⁸ Um exemplo foi uma decisão da Suprema Corte de Massachussetts em *Commonwealth v. Dana*. 43 Massachusetts p. 329. 1841, na qual o juiz determinou que a ilegalidade da ação de busca ou do mandado judicial não justificava a inadmissibilidade de prova que fosse relevante.

⁹ No caso em questão, Fremont Weeks, o “Weeks” de Weeks versus Estados Unidos, funcionário de uma empresa de correio, foi preso após um dia comum de trabalho em 21 de dezembro de 1911. As provas obtidas para fundamentar sua acusação foram obtidas por diligências de busca e apreensão feitas por policiais sem mandado judicial em sua residência enquanto este estava no trabalho..

¹⁰ *Weeks v. United States*. 232 U.S. 383. 1914.

Anos depois, o instituto jurídico foi sendo refinado. Em decisão de 1920¹¹, criou-se por meio de um precedente uma nova doutrina jurídica: a dos *frutos da árvore envenenada*¹², segundo a qual todas as evidências conseguidas por consequência causal de uma prova obtida em violação à Quarta Emenda são igualmente inadmissíveis. Não se contamina, portanto, apenas o fato ilícito em si, mas as provas obtidas a partir deste, como se a prova ilícita fosse uma árvore e as provas dela decorrentes seus frutos. Na década de 80, precedentes criaram duas exceções: a do *descobrimento inevitável*¹³, segundo a qual uma prova, ainda que decorra causalmente de prova contaminada, deve ser admitida se se entender que sua descoberta era inevitável; e a do *descobrimento independente*¹⁴, que parte da mesma premissa que a anterior, mas se diferencia por considerar que a “descontaminação” da prova pode ocorrer se se entender esta poderia decorrer de outra prova que não a contaminada. Podem-se aproveitar, assim, alguns frutos da árvore contaminada, desde que quebrados ora o nexo de ilicitude, ora o causal entre a prova contaminada e as que se seguem.

Como se pode ver, o valor da busca da verdade não é absoluto no direito, mas objeto de ponderação com outros valores. Neste sentido, se a verdade entrar em conflito com direitos fundamentais, em especial os de primeira geração de empoderamento e proteção do indivíduo frente ao poder do Estado, a resposta institucional será pela relegação da verdade a um papel subsidiário. Não obstante esta previsão institucional, regras de exclusão nem sempre se fundamentam em valores fundamentais, mas também podem ser instituídas para fins inteiramente pragmáticos, como o da proteção de certos indivíduos considerados intelectualmente despreparados para a análise de fatos no contexto judicial.

2.2 PARA QUE FINS EXISTEM? REGRAS DE EXCLUSÃO FEITAS PARA JURADOS

O instituto das regras de exclusão não se limita a tornar inadmissíveis as provas ilícitas sob o fundamento de assegurar outros direitos fundamentais que, dentro do contexto judicial, são mais importantes do que a busca da verdade. No contexto dos tribunais do júri, outros tipos de exclusões parecem necessários. Neste instituto, a prova dos atos pode ser aferida,

¹¹ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*. 251 U.S. 385 (1920).

¹² Essa metáfora só foi realmente elaborada anos depois, em *Nardone v. United States*. 308 U.S. p. 338 (1939)

¹³ *Nix v. Williams*. 467 U.S. 431 (1984)

¹⁴ *United States v. Crews*. 445 U.S. 463 (1980)

tanto em questões criminais quanto cíveis¹⁵, por juízes leigos, os jurados, que são institucionalmente considerados despreparados¹⁶ para tal atividade.

Que categorias de evidência, então, deveriam ser excluídas pelo motivo de que sua análise será feita por um corpo de jurados em vez de juízes experientes? Talvez a regra que melhor exemplifique este entendimento institucional sobre a diferença de capacidades entre juízes leigos e direito sobre a aferição de fatos seja a regra do rumor (*hearsay*), própria do direito probatório dos países da *common law*. Por essa regra, estão excluídas as peças de informação que, não fosse a presença dessas figuras consideradas cognitivamente frágeis, poderiam ser úteis para a investigação sobre o que aconteceu. Por este instituto, entende-se que a convicção de um julgador acerca da ocorrência de um fato passado estaria comprometida se baseada apenas em um rumor, isto é, em um relato de uma pessoa que alega ter ouvido alguma coisa sem ter feito o cruzamento das informações (*cross-examination*) entre as partes envolvidas. Assim, apesar de poder ser útil para aumentar o grau de convencimento do julgador do fato, o rumor é excluído por ter a capacidade de ser potencialmente enganoso. Outras regras que também se subsumam nesse modelo de exclusão para proteção de jurados são as dos documentos não originais, das meras opiniões e do caráter do depoente.

Uma questão que pode ser levantada é do sentido de existirem as regras de exclusão direcionadas aos jurados leigos. Será que os juízes não estariam em perigo de serem induzidos ao erro por certos tipos de provas da mesma forma que os jurados? Afinal, se o direito probatório diz respeito a questões epistêmicas, não propriamente jurídicas, que diferença pode fazer toda a experiência em tribunais ou os vários anos de estudos quando se está analisando a verdade sobre alegação de fatos? Partindo deste ponto, parece que regras, como a do rumor, não deveriam ser vinculativas apenas aos jurados, mas também aos juízes, quando estes forem analisar fatos.

¹⁵ O fato de o direito probatório dos Estados Unidos prever um tribunal do júri também para questões civis representa, mais do que uma opção legislativa, um símbolo do valor “liberdade” para aquela sociedade, conforme se pode notar em discursos de John Adams em 1774 e Thomas Jefferson em 1788. No direito brasileiro, assim como em todos os países da *civil law*, o tribunal do júri restringe-se à matéria penal. Nos Estados Unidos, o tribunal do júri é optativo em todas as hipóteses; no Brasil, ele não é previsto para casos de direito civil, e obrigatório em casos de direito penal nos casos de crimes dolosos contra a vida.

¹⁶ O vocábulo “preparação” pode ser entendido de forma ampla, por se considerar que há um despreparo técnico e substancial dos jurados, visto que aos mesmos não são impostos requisitos como o de uma prévia noção de direito probatório ou de ambiência em tribunais. Entende-se institucionalmente que há maior probabilidade de que estes sejam ludibriados pela retórica e outros artifícios de manipulação de advogados experientes do que seriam os juízes de direito experientes.

Corroborando com esta ideia, estudos empíricos apontam para o fato de que os juízes estão sujeitos aos mesmos tipos de falhas cognitivas que os jurados (Guttel, 2004), de forma que as regras que teriam como fundamento suprir as falhas cognitivas dos jurados também deveriam servir aos juízes. Neste sentido, afirma Schauer (2008), em havendo uma superestimação de suas capacidades cognitivas na avaliação do material probatório por parte dos juízes, que pode ser notado pelo costume destes de ignorar as recomendações das regras de exclusão, estes não são capazes de perceber que “não são tão espertos quando imaginam”. Por fim, resta notar o óbvio: juízes antes de serem juízes são pessoas e, por tal condição, estão igualmente sujeitos aos diversos vieses na tomada de decisão (Hsee; Hastie, 2006) e superestimação das próprias capacidades cognitivas, de forma que, quando analisando fatos, não são melhores julgadores do que podem ser os jurados leigos. Tendo-se entendido os motivos das regras de exclusão, resta saber o que os epistemólogos têm a dizer sobre o tema.

3 CETICISMO FORTE DE BENTHAM

Nas palavras de Twining (1994, p. 42): “A análise racional de Bentham ainda representa a mais ambiciosa e desenvolvida teoria sobre provas na história do pensamento do direito”. Para Bentham (1827), se se parte do pressuposto de que a finalidade direta do direito é o da retidão das decisões judiciais por meio de decisões que julguem de acordo com a verdade dos fatos, o sistema jurídico “técnico”, pelo qual as regras jurídicas intermedeiam a busca da verdade, não pode ser o ideal. Por este motivo, Bentham, de forma audaciosa e radical, defende a substituição de um direito probatório “técnico” por um “natural”. Para entender o sistema natural, pode-se imaginar de que forma ocorre a averiguação da verdade fora do direito, no âmbito familiar: neste contexto, ao contrário do que ocorre no meio judicial, nenhuma evidência é excluída *a priori* por regras de exclusão nem há constrangimentos à tomada de decisão. Pais de família no âmbito familiar, para usar o exemplo de Bentham, poderiam se aproximar mais da verdade e seriam melhores julgadores de fatos do que aqueles que fazem a mesma atividade dentro do contexto judicial.

Se as regras de exclusão próprias do sistema “técnico” servem apenas para gerar obscuridade e complicação desnecessária aos julgadores dos fatos, afastando-os da verdade, o mais racional a ser feito é aboli-las por completo. A tese antinômica de Bentham pode causar um estranhamento inicial, pois o autor sempre foi “pró-nômico” em relação às questões substanciais, quando o objeto de julgamento fossem normas em vez de fatos. É surpreendente que este filósofo que sempre se posicionou a favor da conveniência da completude dos

Códigos sobre direito material, sob o pretexto de que desta forma poder-se-ia afastar a arbitrariedade dos juízes, não estenda a mesma consideração para as questões processuais ligadas à prova. Diante destas evidências, pode-se pensar em uma inconsistência do autor, haja vista que ele, no que se refere à resolução de indeterminações normativas, desconfia da discricionariedade dos juízes; mas, se a indeterminação for fática, de forma diametralmente oposta, incentiva a plena liberdade dos julgadores.

Se a discussão sobre a consistência da tese geral de Bentham sobre o direito em geral é controversa, sua posição sobre a existência de regras para provas é clara (Twinning, 2006, p.43). Em se considerando o caráter esquemático da tese de Bentham, pode-se considerar que sua crítica dirige-se à opção legislativa de se estabelecer uma continuidade entre os institutos do direito em geral e do seu ramo do direito probatório. Se as regras jurídicas têm natureza excludente como afirma Schauer (2008, p. 11), bem como são razões de segunda ordem¹⁷, conforme argumenta Raz (1987), essas não podem ser úteis para a aferição de fatos no direito, contexto no qual Bentham defende que a busca da verdade seja deve ser feita sem restrições.

Por essa razão, a principal hipótese de Bentham é a de que a substituição de um “sistema técnico” por um “sistema natural” ou doméstico como o método de análise de fatos no direito geraria adjudicações mais justas. Neste sentido, afirma: “Evidência é a base da justiça: excluir evidências é excluir justiça” (Bentham, 1827, p. 656). O autor pretende, portanto, uma “desindireitização *ad hoc*”, *i.e* que o Direito mantenha suas diretivas para os contextos em que se estiver tratando de indeterminação de normas, mas que as ignore quando a dúvida a ser resolvida faça referência a fatos. Em uma analogia com o reino animal e esportivo, pode-se imaginar a questão levantada por Bentham sobre a necessidade de adaptação do direito como se fosse de um peixe Baiacu ou a de um corredor profissional.

¹⁷ Raz distingue razões de primeira e segunda ordem para se decidir. As de primeira ordem são aplicadas a sujeitos em situações de ausência de consideração de normas, enquanto que as de segunda referem-se a razões sobre razões, próprias de contextos regrados. Como exemplo extrajurídico, tem-se uma situação hipotética em que um pai dá alguma ordem para o seu filho. O filho tem uma razão de primeira ordem para obedecer ao pai, pois sua autoridade é direta; de outro modo, se o pai pedisse para que o filho obedecesse a sua vó, sua razão de obediência seria de segunda ordem inferida por uma regra socialmente instituída, pois a autoridade da avó decorre da do pai. Raz caracteriza as regras jurídicas como razões de segunda ordem institucionalmente aceitas, que têm por característica especial serem vinculativas de ações, obrigando aos tomadores de ações que excluam razões de primeira ordem que, não fossem as regras jurídicas, seriam boas razões para se agir. Um exemplo: há boas razões de primeira ordem ligadas à segurança para se dirigir de acordo com as regras de trânsito. Essa boa razão tem relevância até uma regra jurídica mandamental no mesmo sentido seja elaborada, pois, depois dela, as pessoas não precisam mais daquela. As pessoas agora têm razão para dirigir de forma respeitosa não por assim considerarem uma boa ação, mas porque há uma razão de segunda ordem para fazê-lo.

Para ambos os personagens, seriam necessárias verdadeiras alterações de suas naturezas para se adaptarem a situações extraordinárias. Pelo exemplo do reino animal, o peixe Baiacu é conhecido por possuir um dos sistemas de defesa mais exóticos que existem. Quando em perigo ou afugentado, o peixe incha de forma a ficar com até três vezes o seu tamanho original para intimidar seus predadores, voltando ao seu estado natural quando findada a ameaça. A mesma correlação pode ser feita com um corredor profissional. Corredores, como se pode perceber em provas de atletismo em eventos esportivos como as Olimpíadas, têm corpos diferentes de acordo com a distância de suas provas: os de longa distância, por focarem na resistência, são magros e pouco musculosos; ao passo que os de curta distância, por focarem na explosão muscular de seus corpos, são musculosos. Assim, imaginando-se uma situação hipotética em que um corredor tivesse que correr em uma prova de distância diferente da que está acostumado a treinar, esse teria que conformar sua estrutura física para aquela situação específica. Se um peixe deve inchar-se para se proteger, um corredor alterar sua estrutura física para cada tipo de corrida, ao direito por analogia, segundo Bentham, cabe mutilar partes do seu corpo, as regras jurídicas, quando estiver lidando com a análise de fatos.

Considera-se forte o ceticismo de Bentham pelo caráter extremo de sua crítica à presença das regras jurídicas na averiguação dos fatos. Ocorre que, em um texto anterior, sua posição era mais moderada, como se pode observar na passagem: “deve-se substituir o princípio da exclusão pelo da suspeita” (Bentham, 1823, p. 442). Bentham, então, aproximando-se daquilo que se denominará aqui como o ceticismo moderado, até aceita que regras de exclusão continuem existindo, mas com a condição de perderem o atributo da coercibilidade que as caracterizam como jurídicas. Se Bentham teve moderação em suas críticas em um momento anterior de sua carreira, contemporaneamente, a crítica moderada é a tendência dos epistemólogos que se debruçaram sobre o estudo do direito probatório.

4 CETICISMO MODERADO CONTEMPORÂNEO

Twinning, em 1985, aponta para uma vitória de Bentham (p.3). Em quase dois séculos desde sua crítica visceral, quase todas as mudanças no direito probatório foram no sentido do relaxamento de suas regras. Do mesmo modo, o tribunal do júri, instituição em decorrência do qual grande parte das regras de exclusão foram criadas, está em plena decadência (Schauer, 2008, p. 5). Este contexto no qual regras de exclusão, especialmente as que têm por motivo de existência a proteção de jurados, vêm sendo sistematicamente abandonadas, não só nos

Estados Unidos, mas em todos os ordenamentos da *common law*¹⁸, vem sendo suportado pelos céticos contemporâneos (Schauer, 2008, p. 6). Ao contrário do que ocorreu no contexto das críticas de Bentham, a teoria agora acompanha a prática, os teóricos estão em sintonia com os juízes, pois ambos pretendem o relaxamento das regras de exclusão.

Portanto, no contexto do século vinte e um, incorporam-se ao rol dos “céticos”, antes formados quase que estritamente por juristas anglo-saxões, epistemólogos de grande visibilidade. São eles: Alvin Goldman¹⁹, Susan Haack²⁰ e Larry Laudan²¹. Poder-se-ia argumentar que esses autores contemporâneos por considerarem, ao contrário de Bentham, o caráter epistêmico de algumas regras de exclusão não poderiam ser considerados céticos, sequer céticos moderados, pois são, afinal, defensores da existência de regras de exclusão no direito probatório. Sobre a questão, Schauer (2008, p. 10): “Aqueles que tratam regras probatórias como facilmente derrotáveis, portanto, podem ter mais em comum com a tradição da prova livre (de Bentham) do que estão dispostos a admitir”.

Para Schauer, regras que excluem categorias inteiras de provas podem ser levadas a sério ou não, sem meio termo. Se se considera que uma regra de exclusão possui uma boa razão epistêmica para existir, mas pode ser desconsiderada se o tomador da decisão considerar que em um determinado caso específico ela atrapalhará mais do que ajudará, já se está arruinando toda utilidade²² de sua existência enquanto uma regra para transferir o exame da utilidade para a ação em particular. Se a principal razão de existir da regra é a de evitar que algum tomador de decisão erre, não faz sentido permitir que aquele que seja o destinatário dessa diretiva tenha a opção de decidir quando está cometendo um erro ou não, quando vai obedecer ou não a uma regra.

Inobstante a observação feita por Schauer, importa notar que os “epistemólogos descobriram o direito probatório e não gostaram do que viram” (Schauer, 2008, p. 2). Esses autores notaram que as discussões relacionadas à busca da verdade no direito, em especial no

¹⁸ A título de exemplo, na Inglaterra, país onde foi desenvolvido o instituto da regra de exclusão do “rumor”, o relaxamento em relação a essa regra foi absoluto. A lei Criminal Justice Act 2003 reformou o *common law*, i.e o conjunto de precedentes com força vinculativa a respeito de determinado tema, no sentido de transformar a essa tipo de prova admissível na prática, ao transformá-lo em uma questão de discricionariedade do juiz, por estabelecer o seguinte requisito para sua admissibilidade: “ser do interesse da justiça admiti-lo”, na seção 114. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>. Acesso em 11/07/2014.

¹⁹ Professor americano de Filosofia da Universidade de Rutgers, Nova Jersey, Estados Unidos.

²⁰ Professora inglesa de Filosofia e Direito na Universidade de Miami, Estados Unidos.

²¹ Pesquisador americano do Instituto de Investigações Filosóficas, da Universidade Nacional Autônoma do México.

²² No capítulo sétimo do livro *Playing by the rules* (Schauer, 1991), Schauer elenca sete argumentos para se defender o modelo formalista de tomada de decisão.

que se refere às implicações das regras jurídicas, são um ponto de conexão entre direito e epistemologia. Tendo sido feitas estas observações, analisar-se-á agora a crítica de cada um dos três autores.

4.1 ALVIM GOLDMAN

Alvim Goldman destaca um espaço para o Direito no seu livro *Knowledge in a Social World* (1999). Nesse texto, o autor pretende articular interesses tradicionais da Epistemologia, como o da busca da verdade e da confiabilidade das investigações, sob uma perspectiva não mais solipsista, cuja influencia advém do individualismo de Descartes, focada em agentes doxásticos solitários, mas em instituições e práticas coletivas. Sua preocupação é uma epistemologia social “veritista”, isto é, que parta do pressuposto de que o conhecimento é objetivamente verdadeiro é alcançável, restando ao autor investigar de que forma instituições e práticas coletivas, como as do tribunal do júri, poderiam fomentá-lo. No que se refere ao direito, o autor, de forma análoga ao argumento de Bentham, defende que a justiça substantiva depende diretamente de bons procedimentos, melhor dizendo, de bons institutos processuais de direito probatório.

Tendo sido feita esta apresentação, pode-se apontar para o fato de que o ceticismo de Goldman sobre a existência de regras de direito probatório baseia-se no princípio da verdade-na-prova (*truth-in-evidence*), segundo o qual, nas palavras do autor “diz que um corpo de evidências maior – de evidências verdadeiras, de qualquer tipo – é geralmente um indicador melhor do que a hipótese de um corpo de evidências reduzido e contido”. (Goldman, 1999, p. 292). Em se considerando esse princípio, quanto maior o número de evidências disponíveis aos julgadores dos fatos, melhor a avaliação destes agentes cognitivos sobre a verdade da hipótese fática.

O princípio goldmaniano, portanto, vai de encontro com o propósito das regras de exclusão, haja vista que estas excluem categorias inteiras de provas de serem avaliadas. Em razão disso, Goldman considera que as regras de exclusão são “veritisticamente suspeitas” (*ibid.*). Pode-se perceber que o autor restringe-se a ter uma postura de suspeição sobre a capacidade de promoção da verdade das regras de exclusão, não se declarando totalmente contrário a elas. É reconhecido que pode haver uma falha na estimação do peso de algumas provas, se se tiver um acesso ilimitado a todas as peças de informação, o que o pode justificar a presença de algumas regras de exclusão; mas que, mesmo assim, de forma sistemática, é

preferível que existam provas mal interpretadas a provas que sequer foram analisadas, que aconteceria se se optasse pela sua exclusão apriorística.

4.2 LARRY LAUDAN

A mesma presunção de que todas as provas devem ser consideradas é compartilhada por Larry Laudan, mas é argumentada por um meio diferente, focando-se apenas nas questões ligadas às regras de exclusão do direito penal. Para esse autor, partindo do pressuposto de que os erros na adjudicação sobre fatos no direito são inevitáveis, visto que as provas serão sempre insuficientes e o julgamento humano sobre estas serão falhos, cabe aos estudiosos descobrir como diminuí-los ou distribuí-los da melhor forma possível. Portanto, há duas discussões com as quais a epistemologia judicial deve estar envolvida: a primeira, ligada à distribuição do erro, que forma o que o autor convencionou “epistemologia judicial soft-core” (Laudan, 2006, p. 117); a segunda, que se preocupa com a diminuição do erro, chamada de “epistemologia judicial hard-core” (*ibid.*).

Melhorar a distribuição do erro refere-se à prevalência de casos de falsa absolvição sobre os de falsa condenação de pessoas inocentes, que pode ser realizada se a disponibilidade das provas aos julgadores for estabelecida por um critério de confiança; de outra forma, a redução do erro relaciona-se ao aumento dos acertos dos julgadores de fatos, *i.e* que suas conclusões sobre o que ocorreu correspondam o maior número de vezes possível ao que realmente ocorreu. Para o autor, as regras de direito probatório preocupam-se quase que exclusivamente em não errar, mais do que acertar mais vezes, o que vai de encontro com o objetivo dos julgamentos de julgar sobre fatos verdadeiros. Para atingir esse objetivo, considerado o mais importante pelo autor, o critério da relevância da prova é o que deve prevalecer quando for estabelecido o rol de provas a serem analisadas. Melhorar a distribuição de erros e diminuir o número de erros não são mutuamente excludentes, mas devem ser combinados para formar o que o autor convencionou o “teste de adequação de uma regra de exclusão” (Laudan, 2006, p. 123).

O autor lamenta que o que ocorre na prática judicial, é uma prevalência do caráter distributivista (dos erros) das regras de exclusão em detrimento do seu aspecto reducionista (dos erros). As regras de exclusão que existem preocupam-se mais em não condenar falsamente uma pessoa inocente do que descobrir o que de fato aconteceu. Por este motivo, o critério da credibilidade acaba prevalecendo sobre o da relevância. Assim, Laudan, em seu

livro, pretende demonstrar o quão perverso é esse contínuo estímulo à criação de regras de exclusão com caráter “distributivista” em detrimento das de caráter “reduativista” (Laudan, 2006, p 124).

Diante do exposto, pode-se perceber que o ceticismo de Laudan não é em relação à existência de regras de exclusão, mas à forma como elas foram institucionalizadas. O problema, portanto, não é a regra em si, como argumentou Bentham, mas a motivação sentimentalista e distributivista dos legisladores que as criaram, que acabaram por transformá-las em normas essencialmente contraepistêmicas.

4.3 SUSAN HAACK

A epistemóloga também adota uma postura crítica em relação às regras de exclusão do direito probatório. Em um artigo de 2004, ela argumenta que “[...]regras de exclusão estão inerentemente em desacordo com o desiderato epistemológico de completude” (Haack, 2004, p. 29). A completude aqui entendida de acordo com a tese benthamiana, segundo a qual não pode haver obstáculos ou amarras à busca da verdade. Nesse texto, a autora procura compreender se as críticas feitas por Bentham ao direito probatório inglês do século XIX podem ser estendidas ao direito probatório americano contemporâneo. Sua metodologia de pesquisa é a de leitura comparativa entre os principais artigos da Lei Federal sobre Evidências (*Federal Rule of Evidence*), principal norma sobre as regras probatórias dos Estados Unidos, e os comentários feitos por Bentham à lei inglesa do século XIX.

Apesar de simpatizar, como uma questão de puramente teórica, com a tese central de Bentham de que as provas deveriam ser analisadas por completo, a autora critica-o pela sua radicalidade, preferindo tratar a questão “gradualmente”, expondo a moderação do seu ceticismo em relação à tese benthamiana. Assim, afirma Haack: “Bentham está certo em enxergar a completude da evidência como um desiderato, mas eu preferiria tratar o ponto de forma gradual”. (Haack, 2004, p. 32)

Para a autora, em se reconhecendo o caráter epistêmico de algumas regras de exclusão, nem sempre o maior número de evidências é o melhor para os julgadores de fatos no direito, pois pode ser que diante de um conjunto de provas incompletas, isto é, considerando que algumas delas foram excluídas por regras jurídicas, pode-se chegar a uma decisão melhor do que se fossem abrangidas todos os tipos de provas. Do mesmo modo, desse raciocínio não se segue que, como fazem as regras de exclusão, deve-se excluir sempre todos os tipos de provas

não confiáveis. Haack pretende adotar uma postura contemporizadora, alertando para o fato de que tanto Bentham, quando a lei que regula o direito probatório (*FRE*) pecam por seus excessos. Por fim, conclui a autora que o modo estadunidense (“*The American Way*”) de tratar as regras de exclusão não é necessariamente um modo ruim para determinar a verdade nas disputas legais, mas da forma como funciona atualmente, não é tão bom quando se gostaria que fosse (Haack, 2004, p. 38).

4 CONCLUSÃO

Os epistemólogos conheceram o direito probatório e não gostaram do que viram. Apesar de terem ignorado as razões pelas quais as regras de exclusão existem, concluíram, com toda razão, que a epistemologia tem muito a ensinar para os juristas: apontaram erros, afirmaram que a presença de regras jurídicas para regular a averiguação de fatos no direito, no final das contas, atrapalham mais do que ajudam à consecução de um julgamento justo. Afirmaram que o direito não está atento para as diferenças entre descobrir o que aconteceu ou se as alegações das partes são verdades, que são questões estritamente epistêmicas, e considerar se comportamentos, depois de terem sido considerados verdadeiros, estão de acordo com as prescrições das regras jurídicas, que são questões normativas. Para estes autores, as normas podem continuar existindo para regular as ações, mas se se pretende descobrir a verdade, sua regulação acaba por limitar a capacidade dos julgadores dos fatos de descobrirem a verdade. A solução: o Direito deve “desnaturalizar-se” ou se “desindireitar” quando estiver lidando com fatos. Portanto, se para as regras de direito probatório, a verdade é mais um valor para ser ponderado, para os epistemólogos, a verdade sempre deve vencer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENTHAM, Jeremy. *Traité des preuves judiciaires*. Traduzido por Dumont. Paris: Bosages freres, 1823

_____. *Treatise on Judicial Evidence*. London: J. W. Paget, 1825. Disponível em <https://archive.org/stream/atreatiseonjudi00dumogoog#page/n28/mode/2up>. Acessado em 11/07/2014.

_____. *Rationale of Judicial Evidence: Specially Applied to English Practice*. Editado por MILL, J. S. London: publicado por Hunt e Clark, 1827.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rules. In: THAMAN, Stephen C. (ed.). *Exclusionary Rules in Comparative Law*. London: Springer, 2013. p. 3-33.

GOLDMAN, Alvim. *Knowledge in a Social World*. Oxford: Clarendon Press, 1999

GUTTEL, Ehud. Overcorrection. 93 *Geo. L. J.* 241, 2004. p. 253-260.

HAACK, Susan. Epistemology Legalized: Or Truth, Justice, and the American Way. *American Journal of Jurisprudence*, 49, 2004. p. 43-61.

HSEE, C. K.; HASTIE, R.: *Decision and experience: Why don't we choose what makes us happy?* 2006. Disponível em <http://faculty.chicagobooth.edu/christopher.hsee/vita/Papers/DecisionAndExperience.pdf>. Acessado em 11/07/2014.

LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law. An essay in legal epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Prova*. 2ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays in Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

_____. In Defense of Rule-Based Evidence Law: And Rule-Based Epistemology Too. *Episteme* 295, 2008.

TWINNING, William. *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*. London: Weidenfeld & Nicholson, 1985.

_____. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.