

EM DEFESA DO DIREITO PROBATÓRIO FUNDADO EM REGRAS – E DA EPISTEMOLOGIA TAMBÉM¹

Tradução de Lucas
Miotto

Candidato ao título de
Doutor em Direito pela
University of Edinburgh,
Escócia, Reino Unido.
l.miotto-lobes@sms.ed.ac.uk

In defense of rule-based Evidence Law – and Epistemology too

Autor: Frederick Schauer

Distinto Professor de Direito “David e Mary Harrison” da University of
Virginia, Charlottesville, Virginia, Estados Unidos. schauer@virginia.edu

RESUMO

Desde que Jeremy Bentham escreveu a sua severa crítica ao Direito Probatório, filósofos e juristas têm criticado as regras probatórias excludentes argumentando que as regras formais que excluem classes inteiras de provas em razão da sua alegada infabilidade violam máximas epistemológicas fundamentais que exigem que toda prova pertinente seja levada em consideração. Embora algumas partes da prova possam ser excluídas por falta de fiabilidade – argumentam eles – seria um erro faz-

¹ Este artigo foi preparado e apersentado na *Dartmouth College/Episteme Symposium on Legal Evidence and Social Epistemology*, em 20-22 Junho de 2008. Uma versão anterior foi apresentada na University of Nottingham em 14 de Maio de 2008 no *International Journal of Evidence and Proof Annual Colloquium*. [Nota dos editores: O artigo foi originalmente publicado na revista *Episteme*, vol. 5, núm. 3, outubro de 2008, Edinburgh University Press, pp. 295-305. Os direitos autorais foram mantidos pelo autor do artigo, o qual autorizou a publicação da presente tradução para o português.]

er tais juízos em relação a categorias inteiras, em oposição a fazê-los somente em relação à provas específicas apresentadas para propósitos específicos. Este artigo põe em causa essas alegações, argumentando que exclusões fundadas em regras servem a propósitos similares àqueles desempenhados pelas regras nas teorias morais consequencialistas de regras, e que, de maneira ainda mais importante, elas são totalmente consistentes com a natureza excludente das regras jurídicas em geral. Na verdade, uma vez visto o papel que as regras excludentes podem desempenhar na Epistemologia Jurídica, se torna possível ver que elas poderiam ter um papel a desempenhar na avaliação epistêmica em geral.

Palavras-chave: Direito Probatório, Epistemologia, Regras Excludentes.

Abstract

Ever since Jeremy Bentham wrote his scathing critique of the law of evidence, both philosophers and legal scholars have criticized the exclusionary rules of evidence, arguing that formal rules excluding entire classes of evidence for alleged unreliability violate basic epistemological maxims mandating that all relevant evidence be considered. Although particular pieces of evidence might be excluded as unreliable, they argue, it is a mistake to make such judgments for entire categories, as opposed to making only in the context of particular pieces of evidence offered for specific purposes. This paper challenges these claims, arguing that rule-based exclusions serve similar purposes to those served by rules in rule-consequentialist moral theories, and that, even more importantly, they are entirely consistent with the exclusionary nature of legal rules in general. Indeed, once we see the role that exclusionary rules might serve in legal epistemology, we can see that they might have a role to play in epistemic appraisal more generally.

Keywords: Evidence Law, Epistemology, Exclusionary Rules.

Epistemólogos descobriram o Direito Probatório, e não gostaram do que encontraram. Não só eles criticaram, muitas vezes com certa razão, várias daquelas regras probatórias fundadas numa filosofia confusa ou numa má psicologia, como também condenaram a própria ideia de um Direito Probatório caracterizado pela confiança na exclusão de provas pertinentes fundada em regras. A investigação epistemológica comum – insistem os críticos – é relutante em ignorar qualquer tipo de indício que tornaria a decisão epistêmica mais precisa ou mais confiável. Por que então – segue o argumento – a Epistemologia Jurídica, a que chamamos ‘Direito Probatório’, deve operar sob suposições extremamente diferentes quanto ao papel das regras, em particular quanto ao papel das regras excludentes?

Meu objetivo neste artigo é primariamente defender a natureza fundada em regras do Direito Probatório, mas também sugerir que a Epistemologia pode ter tanto a aprender com o direito, especialmente com relação ao seu forte caráter fundado em regras, quanto o direito tem a aprender com a Epistemologia.

Meu objetivo neste artigo é primariamente defender a natureza fundada em regras do Direito Probatório, mas também sugerir que a Epistemologia pode ter tanto a aprender com o direito, especialmente com relação ao seu forte caráter fundado em regras, quanto o direito tem a aprender com a Epistemologia. Não procuro defender quaisquer regras probatórias específicas do *common law*, muitas das quais são reconhecidamente confusas ou completamente tolas. No entanto, defenderei, em relação a prova, a ideia de uma abordagem fundada em regras, incluindo o seu aspecto excludente. É a dimensão excludente das tradicionais regras probatórias que tem produzido tantas objeções, e é exatamente essa dimensão que procuro defender. Tal como argumentarei, é da natureza do direito confiar fortemente em exclusões fundadas em regras, e há pouca razão para pressupor que um sistema de raciocínio prático no geral tão comprometido em decidir de acordo com regras excludentes deve abandonar esse comprometimento com as regras quando estiver lidando com decisões factuais em vez de prescrições normativas.

1. UMA HISTÓRIA DA CRÍTICA

Criticar a natureza fundada em regras do Direito Probatório é uma tarefa quase tão antiga quanto o próprio Direito Probatório, e a figura seminal é Bentham². Como disse William Twining, “Bentham, era contra todas as regras probatórias, especialmente aquelas elaboradas por juízes”³. Embora Bentham criticasse a maior parte das regras probatórias, e embora famosamente objetasse a maior parte das regras elaboradas por juízes, o seu principal argumento contra o Direito Probatório fundado em regras tinha como base o que ele tomava como o “sistema natural” segundo o qual pessoas comuns fazem investigações factuais comuns no dia-a-dia de suas vidas⁴. Tal sistema – argumentava ele – não utilizava-se de regras formais para excluir classes de provas, mas antes levava em conta qualquer parte relevante de informação, atribuindo a cada uma o valor que a sua própria fiabilidade e grau de relevância permitissem. Bentham não conseguia entender a razão de tal sistema não servir igualmente bem aos tribunais, e sua campanha contra aquilo que denominava

² BENTHAM, 1827; TWINING, 1985.

³ TWINING, 1985, p. ix.

⁴ TWINING, 1985, p. 47-52; TWINING, 1994, p. 39.

“sistema técnico” empregado pelo sistema jurídico era uma campanha contra o modo segundo o qual a própria ideia de uma regra excludente se opunha ao objetivo, supostamente adotado pelo sistema jurídico, de tomar as mais precisas decisões factuais possíveis.

A abordagem de Bentham passou a ser conhecida como um sistema de “prova livre”. É uma abordagem que evita exclusões fundadas em regras⁵, embora não se oponha àquelas exclusões que poderiam ser fundadas na infabilidade específica de uma prova específica em uma ocasião específica. Mas, sob o sistema de prova livre, uma decisão de excluir da apreciação um elemento probatório deveria ser feita com base naquilo que chamaríamos agora de ‘fundamento caso-a-caso’, e nesse aspecto a abordagem de Bentham guarda a mesma relação com as exclusões fundadas em regras, ou fundadas em categorias, que o consequencialismo de atos guarda com o consequencialismo de regras. Desse modo, o aspecto definidor de um sistema de prova livre é um método de investigação probatório destituído de regras formais⁶, onde “formal” se refere a uma regra que deve ser seguida mesmo quando seguí-la poderia não servir aos propósitos de fundo mais fundamentais para os quais a regra foi em princípio adotada⁷. Por exemplo, poderia ser o caso que a prova por boatos fosse excluída em virtude de ser geralmente considerada infável, e a abordagem tradicional da exclusão de boatos (a que Bentham incluiria dentro de “técnico”) tende a excluir asserções feitas extra-juízo apresentadas para provar o mérito da questão sem mesmo considerar se a específica asserção feita extra-juízo tem outros indícios de fiabilidade. Contrariamente, um sistema de prova livre trataria a falta de fiabilidade de boatos tanto como uma questão de grau, quanto como uma decisão a ser tomada levando em consideração o contexto de afirmações extra-juízo específicas apresentadas para propósitos específicos. De acordo com essa abordagem, a prova por boatos seria raramente excluída, embora o seu peso seria normalmente diminuído pelo percebido grau de infabilidade da específica prova por boatos em questão.

As propostas de prova livre de Bentham têm tido mais do que a sua quota de críticos no decorrer dos anos, mas os seus seguidores têm

⁵ STEIN, 2005.

⁶ TWINING, 1994, pp. 194-6.

⁷ SCHAUER, 1991.

sido bastante influentes. No fim do século XIX, James Bradley Thayer da Escola de Direito de Harvard escreveu um tratado sobre o Direito Probatório⁸ no qual simpatizava no âmbito puramente teórico com a ideia de prova livre, mas relutantemente reconhecia que ao menos algumas das regras excludentes de prova deveriam ser conservadas primariamente em razão das deficiências cognitivas das pessoas comuns que participam do júri. O aluno de Thayer, John Henry Wigmore, defensavelmente o mais importante estudioso da prova, seguiu quase a mesma linha⁹, embora a sua defesa qualificada de algumas das regras excludentes de prova trate fatores tais como a eficiência como sendo tão importantes quanto a instituição do júri na justificação da perpetuação dessas regras¹⁰. E Rupert Cross, o autor do tratado que foi por muitos anos a última palavra sobre o Direito Probatório inglês, uma vez comentou, na mesma linha de Bentham, Thayer e Wigmore, que aguardava ansioso o dia em que seu campo de estudo não mais existisse¹¹.

O ceticismo acerca das regras excludentes de prova e o apoio, ainda que qualificado, ao sistema de prova livre persiste até os dias de hoje. Em parte devido a ausência do júri na maior parte das jurisdições de *civil law*, a averiguação dos fatos nos países de *civil law* é menos atravancada pelas regras excludentes do que a presente no mundo do *common law*¹², e os entusiastas da abordagem do *civil law* incitaram as jurisdições de *common law* a seguir o exemplo¹³. Em vários aspectos essas jurisdições fizeram exatamente isso, pois a maior parte dos desenvolvimentos no Direito Probatório nos países de *common law* desde Bentham têm sido marcados por um contínuo afrouxamento das regras excludentes de prova, a começar pela quase eliminação das regras acerca da competência de testemunhas, que foram o alvo particular da ira de Bentham¹⁴ e continuando com o atual abrandamento, seja por conta de regras formais ou pela

⁸ THAYER, 1898.

⁹ WIGMORE, 1937.

¹⁰ TWINING, 1985, p. 158

¹¹ TWINING 1994, p. 1.

¹² DWYER, 2006.

¹³ DAMÁŠKA, 1995.

¹⁴ TWINING 1985, p. 167.

prática judicial, da regra acerca de boatos¹⁵, da regra de documentos originais¹⁶, e muitas outras¹⁷. Como disse Twining, a “vitória” de Bentham tem tido “grande projeção”, com “quase todas as mudanças desde a sua época tendo prosseguido na direção por ele esboçada, e, talvez mais importante, o número de questões probatórias reguladas por regras vinculantes [tem sido] muito menor do que se poderia suspeitar a partir da leitura dos textos ortodoxos”¹⁸.

Os filósofos que voltaram sua atenção ao Direito Probatório tenderam a seguir uma linha similar. Alvin Goldman argumenta que as “regras excludentes são veritisticamente suspeitas”, pois o “princípio da verdade da prova ... parece ir contra a retenção de qualquer artigo de prova verdadeiro do examinador do fato”.¹⁹ Embora reconheça que a informação “dura” sobre a má avaliação dos indícios como um todo por parte do jurado poderia em tese justificar algumas regras excludentes, Goldman considera tal informação deficiente e considera ser altamente improvável que tal informação apoie a tese segundo a qual a má avaliação que poderia se suceder com a informação completa seria pior do que aquela feita na falta de qualquer informação. Goldman conclui, portanto, que “a razão veritística para a exclusão – a razão acerca da má avaliação – se apoia em um fundamento duvidoso”²⁰.

As objeções de Larry Laudan às regras excludentes de prova seguem na mesma linha²¹. Ele argumenta que deve haver uma presunção em favor de admitir “toda” prova confiável e não-redundante, e que essa presunção deve ser superada somente quando houver descobertas “robustas” e “persuasivas” que indiquem que a admissão de alguma categoria de prova diminuiria a precisão, ao invés de aumen-

¹⁵ Na Grã Bretanha, por exemplo, o *Civil Evidence Act* de 1995 praticamente eliminou a regra acerca de boatos nos litígios civis, e tem havido uma tendência similar no Canadá (ROBERTS, 2007, pp. 37 e 49).

¹⁶ Nos Estados Unidos, a regra de documentos originais, quase sempre enganosamente denominada regra da “melhor prova”, tradicionalmente excluiu qualquer prova secundária acerca do conteúdo de um documento, mas a versão moderna, exemplificada pelas Regras 1001-1008 das *Federal Rules of Evidence*, impôs tantas justificações para a não apresentação do documento original e para a admissão de provas secundárias que acabou tornando a concepção original da regra largamente obsoleta.

¹⁷ SCHAUER, 2006, pp. 175-80.

¹⁸ TWINING, 1985, p. 3.

¹⁹ GOLDMAN, 1999, p. 292.

²⁰ GOLDMAN, 1999, p. 295.

²¹ LAUDAN, 2006, pp. 121-2.

Meu ponto não é somente que a absoluta aversão às regras excludentes, ao modo de Bentham, é insólita, mas também que aquelas presunções relativas, não obstante fortes, contra as regras excludentes presentes, por exemplo, nos argumentos de Goldman, Laudan, e Haack igualmente o são.

tá-la. Laudan, portanto, prefere algo mais fraco que a total eliminação das regras excludentes, mas ao impor altos custos para superar a presunção de admissibilidade de provas, ele deixa claro que para ele as regras excludentes de prova existem sob uma forte nuvem de ilegitimidade. De fato, apesar de no fim das contas Susan Haack ser simpática à possibilidade de o direito usar algumas regras excludentes de prova²², ela também sustenta que há uma presunção contra tais regras em virtude da sua indesejabilidade epistêmica, pois acredita que as regras excludentes de prova estão “inerentemente em desacordo com o desiderato epistemológico de completude”²³.

2. AS REGRAS EXCLUDENTES E A DISTINÇÃO ENTRE ATOS E REGRAS

Não obstante o ceticismo em usar regras excludentes de prova como uma forma de promover a precisão nas decisões judiciais²⁴ até ter uma longa e distinta procedência jurídica e filosófica, pretendo argumentar contra ele. Meu ponto não é somente que a absoluta aversão às regras excludentes, ao modo de Bentham, é insólita, mas também que aquelas presunções relativas, não obstante fortes, contra as regras excludentes presentes, por exemplo, nos argumentos de Goldman, Laudan, e Haack igualmente o são. É bem possível que algumas vezes haja razões para evitar as regras excludentes, mas a presunção deve ser em seu favor (e não em favor de razões de precedente), e o ônus da persuasão deve estar com aqueles que recomendam até mesmo as versões mais fracas da prova livre.

Uma forma do argumento contra o ceticismo Benthamiano segue o rastro dos familiares debates²⁵ entre consequencialistas de atos e de regras²⁶. Apesar de o consequencialismo de regras se colapsar no

²² No entanto, regras muito melhores do que as que temos atualmente.

²³ HAACK, 2004, p. 56.

²⁴ A tradição cética contra a qual argumento aqui foca-se largamente naquelas regras excludentes cuja razão para excluir é baseada na busca pela verdade. Quando as exclusões servem a outros propósitos – tais como excluir provas a fim de preservar a confidencialidade de certas relações privilegiadas, ou a fim de remover qualquer desincentivo para a reparação de condições perigosas, como ocorre com a exclusão de medidas corretivas subsequentes –, as objeções têm sido muito menores, e a natureza dos debates bastante diferente (SCHAUER, 2006, pp. 167-8).

²⁵ BAYLES, 1968.

²⁶ Os debates tradicionais têm sido entre utilitaristas de atos e de regras, mas eu alterei a terminologia em reconhecimento ao fato de que nem todas as teorias morais consequencialistas são teorias utilitaristas, e, portanto, a distinção ato/regra é igualmente aplicável a qualquer teoria consequencialista.

consequencialismo de atos quando consideramos somente aquelas regras teóricas ideais que um agente elaboraria antes de tomar a sua própria decisão sobre o que fazer²⁷, o cenário se torna bastante diferente uma vez que entendemos as regras do consequencialismo de regras enquanto regras que foram destinadas a transmitir diretrizes do criador para o destinatário da regra em circunstâncias nas quais há razão para se crer que o destinatário da regra poderia sistematicamente tomar decisões diferentes, e em sua totalidade piores, daquelas que seriam tomadas pelo próprio criador da regra²⁸. Nesse sentido, a forma mais plausível de consequencialismo de regras é um ramo de uma teoria não ideal, que reconhece que decisores imperfeitos podem tomar decisões geralmente melhores caso tentem unicamente seguir regras sub e sobre-inclusivas facilmente compreensíveis e facilmente aplicáveis do que se tentarem aperfeiçoá-las ao máximo em cada situação particular em que se toma uma decisão²⁹.

Este não é o lugar para oferecer uma defesa completa dessa forma de consequencialismo de regras, seja como uma teoria moral abrangente, seja simplesmente como uma alternativa ao consequencialismo de atos dadas as suposições gerais consequencialistas. Este, porém, é o lugar de associar esses debates com a questão em mãos, pois a maior parte dos argumentos defendendo versões do consequencialismo fundado em regras como preferíveis aos seus adversários fundado em atos é estabelecida justamente no tipo de teoria não ideal com a qual poderíamos pensar que a elaboração de sistemas jurídicos deveria estar particularmente preocupada.

Muito embora o consequencialismo ser uma teoria da tomada de decisão moral – e, portanto, do raciocínio prático e não do teórico (no sentido Aristotélico) – as lições dos debates entre consequencialismo de atos e regras não são menos importantes para a investigação factual do que as são para a orientação normativa. Assim

²⁷ LYONS, 1965.

²⁸ HARE, 1981; SCHAUER, 1991. Os rótulo de Hare de “arcanjos” para os legisladores e “proles” para os destinatários não facilitou a simpatia pelas suas ideias, mas é importante considerar que Hare estava falando mais sobre diferentes estados mentais do que necessariamente sobre diferentes classes de indivíduos. Hare pensava que a sua distinção se aplicava até mesmo às regras que elaboro depois de muito refletir sobre mim mesmo a fim de guiar-me em meus momentos menos ponderados, e é triste que a sua terminologia mascarou o que primariamente tinha a intenção de dizer.

²⁹ HOOKER, 2000; JOHNSON, 1991.

como sob circunstâncias não ideais poderíamos crer que decisores reais tomando decisões morais reais estariam em melhor posição ao seguirem heurísticas claramente confiáveis do que ao tentarem se engajar em otimizações particularizadas, quase as mesmas considerações também se aplicam à investigação factual. E, apesar de em algum nível críticos como Goldman e Laudan supostamente reconhecerem esse ponto de vista, e portanto aceitarem a possibilidade de as regras excludentes poderem ser em algumas circunstâncias preferíveis a um sistema de prova livre completo, é difícil enxergar a razão – caso realmente reconheçam esse ponto de vista – de imporem uma presunção tão pesada contra tais regras. No reino do desenho institucional do mundo real não-ideal, não seria implausível considerar a imperfeição do decisor – seja do júri ou do juiz³⁰ – como regra, e a perfeição como exceção, e, dessa forma tratar a abordagem fundada em regras da avaliação probatória como sendo amplamente consistente com as nossas suspeitas³¹ bem documentadas sobre a fiabilidade da razão humana.

Num certo momento, até mesmo Bentham reconheceu as imperfeições dos reais decisores, e por isso mesmo propôs diversas diretrizes para os juízes ao decidirem a admissão ou recusa de provas. Mas, apesar de Bentham chamar essas diretrizes “regras”, elas eram regras somente no sentido brando, e, portanto, um tanto semelhantes ao que hoje em dia, particularmente nas mãos de consequencialistas de atos sofisticados³², tende a ser rotulado como “aproximações empíricas”, diretrizes ou heurísticas que devem ser seguidas na falta de melhor informação, mas facilmente postas de lado quando o decisor tiver alguma razão – qualquer razão que diz respeito ao assunto – para crer que elas irão indicar o resultado errado. Mas quando a razão principal de se ter regras é a proteção contra o erro do decisor, há razões óbvias para não confiar no decisor para decidir se ele cometeu um erro, e, desse modo, igualmente óbvias razões para tratar as regras probatórias, incluindo regras excludentes, como tendo considerável, ainda que não absoluta, força para orientar as decisões. Aqueles que tratariam as regras de prova como facilmente revisáveis, portanto, talvez tenham mais em comum com a tradição

³⁰ SCHAUER, 2006.

³¹ SCHAUER, 2006.

³² BAYLES, 1968.

pura de prova livre do que geralmente estão dispostos a admitir. Tratar as regras de prova como facilmente revisáveis é ainda ser cético em relação à genuína tomada de decisão fundada em regras, e, assim, estar mais próximo da tradição de prova livre do que do uso de regras que é encontrado, por exemplo, na tradição consequencialista de regras.

3. SOBRE O CARÁTER FUNDADO EM REGRAS DO DIREITO EM GERAL

Não é preciso, entretanto, confiar unicamente nos controversos argumentos em favor do consequencialismo de regras a fim de perceber as virtudes das exclusões de provas por meio de regras, pois o direito fornece as suas próprias razões para confiar nas regras. Joseph Raz³³ tem sido uma figura eminente na defesa de que as regras jurídicas são elas mesmas inerentemente excludentes, e, desse modo, o direito é de modo geral uma prática excludente. E podemos perceber isso ao comparar o típico sistema jurídico atual com a sua alternativa livre de regras. No que diz respeito à última, poderia haver, em teoria, sistemas jurídicos nos quais se esperasse que juízes ou outros decisores simplesmente tomassem as melhores decisões tendo em conta todos os fatores com base naquilo que Raz chamou de ‘equilíbrio de razões’. Fossem essas razões dirigidas ao alcance da justiça, equidade, imparcialidade, eficiência, ou outra coisa³⁴, poderia ser o caso que a tarefa do juiz seria a de simplesmente decidir em todos os casos qual decisão melhor serviria a essas razões³⁵.

Obviamente os atuais sistemas jurídicos não são estabelecidos de tal maneira. Eles estão repletos de regras com maior ou menor especificidade e essas regras operam de modo diferente e mais forte do que claras aproximações empíricas. O juiz que vê o seu papel como o de decidir se o *Security Exchange Act* de 1934 permite uma transação específica é bastante diferente daquele que entende o seu papel como o de ministrar a justiça Salomônica, e dessa forma as regras

³³ RAZ, 1978.

³⁴ E essa “outra coisa” poderia bem incluir aquelas várias abordagens que consideravam todos os fatores para a tomada de decisão jurídica que frequentemente carrega o rótulo de “pragmática”.

³⁵ Max Weber (erroneamente) supôs que esse era o modo característico de tomada de decisão no direito Islâmico, e, portanto, ele rotulou tal forma de raciocínio que considera todos os fatores como justiça *kadi* (o qual seria agora pronunciado como *q’adi*) (KRONMAN, 1983, p. 93-5).

(...) uma característica central do direito é o seu compromisso, fundado em regras, de instruir os decisores de que nem tudo aquilo que acreditam ser material para a tomada da melhor decisão tendo em vista todos os fatores é algo que podem levar em consideração na tomada de decisões jurídicas.

jurídicas servem para excluir razões morais ou razões pertinentes ao mérito da decisão que poderiam ser relevantes não fossem as regras. Em suma, as regras jurídicas normativas realizam o seu trabalho precisamente ao tornar irrelevante o que, na ausência dessas regras, seriam razões que um decisor livre de restrições levaria em consideração. O diretor Spike Lee tornou famosa a frase “Faça a Coisa Certa”, mas é da natureza do próprio direito que simplesmente fazer a coisa certa não é nem uma condição necessária, nem suficiente para a correteza jurídica de um julgamento jurídico³⁶.

O direito, portanto, mais do que a moral e mais do que a política e mais do que o raciocínio cotidiano do senso comum, é um sistema excludente. Ao tratar certas diretrizes como autoritárias (e, portanto, obrigatórias) mesmo quando, aos olhos do decisor, elas aparentam gerar resultados subótimos, e ao tomar como importantes as exclusões feitas pelas regras jurídicas mesmo quando o decisor na ausência de regras teria levado em consideração aquilo que as regras excluem, o sistema jurídico cumpre o seu papel ao tirar da mesa aqueles fatores e razões que um decisor ideal e livre de restrições tomaria como relevante. Às vezes, o sistema jurídico faz isso a serviço dos característicos objetivos jurídicos de confiança, previsibilidade e estabilidade, às vezes ele o faz a fim de limitar a discricionariedade de um esquadrão altamente diverso de decisores – daí o tradicional contraste entre o estado de direito e a vontade individual – e às vezes ele o faz a fim de alcançar a separação de papéis de modo que os decisores somente decidam questões dentro dos limites da sua autoridade legítima. No entanto, quaisquer que sejam as razões, uma característica central do direito é o seu compromisso, fundado em regras, de instruir os decisores de que nem tudo aquilo que acreditam ser material para a tomada da melhor decisão tendo em vista todos os fatores é algo que podem levar em consideração na tomada de decisões *jurídicas*.

Dado o compromisso do direito com as razões excludentes, seria estranho se tal abordagem fosse restrita ao domínio normativo e não fosse estendida às investigações factuais, que no direito antecedem a aplicação das regras jurídicas. Seguramente, pode haver razões para distinguir o direito dos fatos, e os objetivos de fiabilidade e previsibilidade,

³⁶ ALEXANDER & SCHAUER, 2007.

por exemplo, poderiam exigir regras jurídicas excludentes, mas não ter muito a ver com a investigação factual. Mas outros objetivos jurídicos – que, em condições de incerteza, concernem mais em desautorizar decisores incompetentes do que em autorizar decisores altamente competentes, por exemplo – mostrar-se-iam tão aplicáveis ao mundo dos fatos quanto ao mundo jurídico. Contudo, o uso disseminado de regras excludentes no domínio normativo por parte do sistema jurídico – no seu uso de regras jurídicas como regras – no mínimo sugeriria uma inversão no ônus da argumentação. É possível que haja boas razões para afastar as regras excludentes da investigação factual, embora as mantendo para o raciocínio jurídico prático, mas tal afastamento deve ser entendido como uma exceção ao modo pelo qual o sistema jurídico normalmente funciona. E uma vez que vemos a tradição da prova livre como uma exceção ao modo como o sistema jurídico normalmente funciona, é possível entender por que faria sentido impor aos proponentes das formas forte ou fracas de prova livre um maior ônus de justificação do que o que temos visto até hoje.

De fato, uma vez que entendemos as regras excludentes de prova como uma espécie de regra jurídica que serve distintamente a propósitos jurídicos excludentes, torna-se possível identificar o que parece ser uma contradição no pensamento de Bentham. Quando escrevera sobre o direito em geral, e não só sobre a prova, Bentham possuía uma manifesta desconfiança nos juízes, e conseqüentemente era mais partidário de um código civil resoluto e facilmente acessível, à semelhança daqueles do *civil law*, do que praticamente qualquer um dos que escreveram a partir da perspectiva do *civil law* o era ou tem o sido desde então. O desprezo de Bentham por todas as manifestações do *common law* – ‘Juiz & Cia.’³⁷, tal como chamava – o levou a proclamar que o sistema jurídico que se utilizava de detalhados estatutos criados pelo legislativo era a antítese da abordagem discricionária e magistrado-cêntrica do sistema do *common law* no qual vivia. É surpreendente, portanto, que aquele Bentham tão receoso em relação a discricionariedade judicial teria ficado tão satisfeito com a falta de restrição aos juízes no campo da investigação factual. Temendo que os juízes tomassem decisões em benefício da classe dos advogados, poderia se esperar que Bentham enxergasse as mesmas virtudes nas

³⁷ [Nota do Tradutor: No original, lê-se ‘Judge & Co.’. A abreviação ‘Co.’ no inglês refere-se a uma empresa.]

regras excludentes de prova que via nas regras excludentes em geral. Talvez, tal como Gerald Postema³⁸ persuasivamente argumentou, o compromisso de Bentham com uma versão sofisticada de utilitarismo de atos o levou a permitir que os juízes tentassem tomar decisões que maximizariam a utilidade, porém aquele Bentham que via os juízes, em teoria, como maximizadores de utilidade está em tensão com o Bentham que via os juízes como egoístas e objetos de escárnio.

O sistema de prova livre defendido por Bentham para a investigação factual, portanto, pode ser entendido como uma abordagem perfeita para um sistema no qual o próprio Bentham fosse o juiz (ou jurado). Mas, vinda de Bentham, é bizarra a recomendação em favor de um sistema cujas decisões devessem ser tomadas por duas classes de pessoas – pessoas comuns e juízes – pelas quais Bentham detinha tão pouco apreço.

4. A LIÇÃO DO DIREITO PARA A EPISTEMOLOGIA

Que várias partes do sistema jurídico têm tradicionalmente usado regras excludentes para a investigação factual pode bem ser uma peculiaridade do sistema jurídico e de sua usual confiança em regras excludentes. Mas, vale perguntar se o modo como o sistema jurídico tem tradicionalmente funcionado no que diz respeito à investigação factual contém valiosas lições para a investigação factual para além do sistema jurídico. De modo mais específico, parece ser bem possível que o uso de regras excludentes supostamente artificiais e formais por parte do direito tem algo a dizer à Epistemologia de modo geral.

A Epistemologia é uma intrincada investigação normativa. A despeito de algumas leituras de Quine, a Epistemologia concerne não só com o modo como as pessoas de fato conhecem as coisas, mas com o modo como elas *devem* conhecer as coisas³⁹ e com a justificação que elas devem ter antes de chegar a uma conclusão epistêmica. Quando exigimos um fundamento para uma determinada crença, exigimos uma justificação, e algumas justificações são melhores que outras. A Epistemologia pode muito bem não estar unicamente preocupada com o que torna uma justificação boa, mas é justamente essa preocupação que muitos epistemólogos vêm como o foco central da área.

³⁸ POSTEMA, 1986.

³⁹ KIM, 1998.

(...) uma boa regra epistêmica não é necessariamente a regra ideal que irá permitir que o investigador ideal tenha uma crença verdadeira e justificada em todos os casos, mas, contrariamente, a regra cuja internalização pelo conjunto de investigadores produza o maior número (ou a maior porcentagem) de crenças verdadeiras e justificadas.

Aqui, mais uma vez, tanto a tradição consequentialista de regras, quanto o sistema jurídico podem fornecer insights valiosos. De acordo com uma certa concepção do consequentialismo de regras, provavelmente a predominante, uma ação não é a ação correta caso produza as melhores consequências, mas caso ela esteja de acordo com uma regra cujo seguimento disseminado (ou universal) produza as melhores consequências agregadas. De modo semelhante, um juízo jurídico é um juízo jurídico correto, de acordo com a compreensão positivista tradicional, caso ele siga as regras jurídicas aplicáveis, e não somente em razão de produzir o maior grau de justiça, mesmo se concedermos que maximizar a justiça é o objetivo geral de um bom sistema jurídico. Da mesma forma, uma concepção comum (porém controversa) do sistema adversarial sustenta que o sistema jurídico produzirá maior justiça e verdade caso advogados particulares defendam vigorosamente o interesse de seus clientes e *não* procurem produzir a verdade ou a justiça⁴⁰, e, da mesma forma, a versão pura da mão invisível de Adam Smith argumenta que o bem econômico coletivo é melhor produzido quando participantes individuais do mercado buscam maximizar o seu próprio bem do que quando indivíduos – participantes do mercado ou governos – buscam maximizar o bem social coletivo, por essa razão também poderíamos acreditar que em alguns domínios a maior quantidade de conhecimento será produzida não na hipótese de cada integrante daquele domínio tentar localizar a verdade da melhor forma cabível a cada caso por meio de quaisquer métodos que parecerem melhores, mas, contrariamente, caso cada integrante siga regras cujo seguimento disseminado produza o maior grau de conhecimento agregado.

De acordo com essa perspectiva, uma boa regra epistêmica não é necessariamente a regra ideal que irá permitir que o investigador ideal tenha uma crença verdadeira e justificada em todos os casos, mas, contrariamente, a regra cuja internalização pelo conjunto de investigadores produza o maior número (ou a maior porcentagem) de crenças verdadeiras e justificadas⁴¹. E pode bem suceder que tal

⁴⁰ GOLDMAN, 1999, pp. 295-300.

⁴¹ GOLDMAN, 1986, pp. 58-80 discute o papel das regras na elaboração de juízos epistêmicos, mas o seu foco em decisores particulares difere da minha abordagem mais agregada, e a noção de regras adotada por Goldman é um tanto mais branda do que a concepção mais formal aqui adotada, a qual reconhece a sub e a sobre-inclusão das regras, e, portanto, a possibilidade de produzir resultados ruins mesmo quando se segue boas regras.

regra venha a produzir sistematica e previsivelmente algumas falsidades, ou crenças injustificadas, mesmo nos casos em que se prevê que produzirá menos falsidades e crenças injustificadas do que qualquer outra candidata a uma regra epistêmica amplamente internizada.

Certamente essa é somente uma das possíveis versões de uma regra excludente de indícios, e pode bem suceder que algumas das regras que satisfaçam o critério elencado nos parágrafos anteriores sejam justamente o tipo de regras excludentes tão comumente escarnecidas quando presentes no Direito Probatório. Essas regras, certamente, não são as regras para decisores ideais que formam juízos epistêmicos em condições ideais. Como todas as regras “reais”, elas são parte da teoria do segundo-melhor. Elas são, dessa forma, as regras que podem ser melhores para uma classe de decisores não ideais em condições não ideais que buscam maximizar o número total de bons juízos epistêmicos feitos pela classe de decisores. Em outras palavras, elas não são as regras da Epistemologia individual, mas da social. Regras excludentes podem ou não ser boas regras da Epistemologia social. Mas, uma lição que a Epistemologia em geral e, particularmente, a Epistemologia social pode aprender com o sistema jurídico é que as regras excludentes que parecem produzir resultados ruins em ocasiões individuais podem ainda, tal como as regras jurídicas em geral, ser aquelas que no decorrer do tempo, e para uma determinada população, produzam o maior número ou a maior porcentagem de boas decisões e o menor número ou menor porcentagem de decisões ruins. As reais regras probatórias atualmente existentes na maior parte dos sistemas jurídicos do *common law* podem ou não satisfazer essa exigência, e muitas delas quase certamente não o fazem. Não obstante, parece muito provável ser um erro assumir tão apressadamente que uma regra excludente nunca (ou mesmo raramente) possa cumprir tal exigência. E, dessa forma, parece ser um erro rejeitar a ideia de que algumas regras excludentes – ou que violações da regra de completude, se assim preferir – possam ter tanto lugar na investigação epistêmica quanto tradicionalmente têm tido nos sistemas jurídicos do *common law*.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Larry & SCHAUER, Frederick. *Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire*. *William & Mary Law Review*, v. 48, p. 1579–1607. 2007.
- BAYLES, Michael D. *Contemporary Utilitarianism*. New York: Anchor Books, 1968.
- BENTHAM, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence: Specially Applied to English Practice*. MILL, John Stuart (ed.). London: Hunt & Clark, 1827.
- DAMAŠKA, Mirjan. Free Proof and Its Detractors. *American Journal of Comparative Law*, v. 43, p. 343–71. 1995.
- DWYER, Déirdre. Review of Foundations of Evidence Law, by Alex Stein. *Law, Probability and Risk*, v. 5, p. 75–85. 2006.
- GOLDMAN, Alvin I. *Epistemology and Cognition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.
- GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*. Oxford: Clarendon Press, 1999.
- HAACK, Susan. Epistemology Legalized: Or Truth, Justice, and the American Way. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, p. 43–61, 2004.
- HARE, R. M. *Moral Thinking: Its Levels, Method and Point*. Oxford: Clarendon Press, 1981.
- HOOKER, Brad. *Ideal Code, Real World*. New York: Oxford University Press, 2000.
- JOHNSON, Conrad D. *Moral Legislation: A Legal-Political Model for Indirect Consequentialist Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- KIM, Jaegwon. What is 'Naturalized Epistemology'? *Philosophical Perspectives*, v. 2, p. 381–405. 1988.
- KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Stanford: Stanford University Press, 1983.
- LAUDAN, Larry. *Truth, Error and the Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- LYONS, David. *The Forms and Limits of Utilitarianism*. Oxford: Clarendon Press, 1965.
- POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays in Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- ROBERTS, Paul. "Rethinking the Law of Evidence: a Twenty-First Century Agenda for Teaching and Research." In ROBERTS, P. & REDMAYNE, M. (eds.), *Innovations in Evidence and Proof*, pp. 21–63. Oxford: Hart Publishing, 2007.

SCHAUER, Frederick. *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

SCHAUER, Frederick. On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 155, p. 165–202. 2006.

STEIN, Alex. *Foundations of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1898.

TWINING, William. *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*. London: Weidenfeld & Nicolson, 1985.

TWINING, William. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. Evanston, IL: Northwestern University Press, 1994.

WIGMORE, John Henry. *The Science of Judicial Proof*. Boston: Little, Brown and Company, 1937.