

A PROVA E A DECISÃO: APRECIÇÃO DA TEORIA DA EXCLUSÃO DA PROVA DE BENTHAM*

Chen Yi

Doutoranda, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Ao longo do séc. XVIII, numa tentativa de prevenção de fraude e de decisões errôneas, no âmbito do direito probatório da Common Law criou-se toda uma série de regras de exclusão de prova. Este fenómeno veio a ser vigorosamente criticado por Bentham, segundo o qual, constituindo a prova a pedra angular da justiça, excluir a prova seria afastar a justiça. A exclusão de prova não seria um meio eficaz de prevenção de decisões desacertadas, antes levando a uma maior probabilidade de o juiz emitir decisões errôneas por falta de prova, pelo que, exceptuando a prova irrelevante e supérflua, bem como os casos em que se visa a protecção de determinadas relações sociais, em princípio não deveria haver lugar a exclusão de prova. Enquanto concretização e manifestação do pensamento utilitarista no âmbito de direito probatório, a teoria da exclusão de prova de Bentham veio a influenciar profundamente o desenvolvimento do direito probatório nos tempos que se lhe seguiram. O presente texto procura expor de forma sistemática e detalhada a teoria da exclusão de prova de Bentham, para depois assinalar a influência e a inspiração que veio trazer para o direito probatório moderno e contemporâneo.

Palavras-chave: Exclusão de prova; prova; utilitarismo; Bentham.

* Aproveitamos a oportunidade para agradecer ao Prof. Tong Io Cheng pela orientação e comentários ao presente texto, bem como ao Prof. Zhai Xiaobo pelo apoio e ajuda na bibliografia referente a Bentham, sem prejuízo da nossa responsabilidade exclusiva relativamente ao conteúdo do presente texto.

I. Fundamento dogmático: a relação entre a prova e o judiciário

Bentham foi o fundador da doutrina filosófica do utilitarismo, segundo a qual todo o ser humano está sujeito a felicidade, por natureza benigna, e a sofrimento, por natureza maligno. Uma acção estará em conformidade com o princípio da utilidade quando aumenta o bem-estar de uma parte da colectividade em medida superior à diminuição do bem-estar da outra parte da colectividade¹. Para Bentham, o utilitarismo proporciona ao ser humano um critério universal e definitivo de decisão de acção ou inacção em função do resultado previsto (aumento ou diminuição do bem-estar)², constituindo assim um princípio e critério de prova e de resolução de problemas. O utilitarismo foi assim empregue por Bentham como fundamento dogmático e ponto de partida de todos os seus estudos³, designadamente no âmbito do sistema legislativo e jurídico. Classificando o direito em direito material e em direito processual, para Bentham o direito material tem por fim último a realização do bem-estar da maioria da colectividade, ao passo que o direito processual, onde se inclui o direito probatório, visa assegurar a efectiva implementação e execução do direito material⁴. Na obra *Rationale of Judicial Evidence*, Bentham indica que o fim do processo judicial pode dividir-se em fim imediato e fim acessório, visando com o primeiro a correcção das decisões judiciais através da correcta aplicação do direito material aos factos da vida real, e, com o segundo, evitar excessivas demoras, vexames e custos com o processo judicial⁵. Os conflitos que eventualmente surjam entre o fim imediato e o fim acessório podem ser resolvidos com o princípio da utilidade⁶. Segundo Bentham, uma decisão judicial contém normalmente duas componentes – a da aplicação do direito, e a da averiguação dos factos. A procedência de uma acção dependerá dos factos que lhe servem de base, e a verdade material dos factos apenas será alcançada em regra com recurso à prova, que assim constitui a base e o fundamento para a determinação dos factos por parte do juiz. Não obstante este papel fundamental da prova para as decisões judiciais, ao longo do séc. XVIII no direito inglês vigoravam variadas regras de exclusão de prova, enquanto uma medida para

1 Cfr. Susan Leigh Anderson, *On Mill*, tradução chinesa de Cui Qingjie e Chen Huiying, Zhonghua Book Company, 2003, p. 41.

2 Zhai Xiaobo, *Bentham's Natural Arrangement and the Collapse of the Expositor-Censor Distinction in the General Theory of Law*, Bentham's Theory of Law and Public Opinion, Cambridge University Press, 2014, p. 167-168.

3 Ibid, p. 168.

4 John Bowring, *The Works of Jeremy Bentham*, vol.7, W.Tait, Simpkin, Marshall & Co., 1843, p. 335.

5 William Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Weidenfeld & Nicolson, 1985, p. 27.

6 Ibid.

evitar fraudes e decisões erróneas. Perante este cenário, Bentham, assentando na doutrina do utilitarismo, deu início ao seu estudo profundo e pormenorizado da problemática a partir das seguintes questões: 1) Poderá a prova ser excluída? 2) Em caso afirmativo, quais as circunstâncias e razões que a legitimam?

II. O conteúdo nuclear da teoria da exclusão de prova de Bentham

i. As modalidades de exclusão de prova

Segundo Bentham, a exclusão de prova compreende duas diferentes modalidades – a exclusão activa (*positive mode*) e a exclusão passiva (*negative mode*)⁷. Na exclusão activa, a lei ou o juiz determinam expressamente a inadmissibilidade da prova. Na exclusão passiva, o juiz, seja intencionalmente, seja por descuido, ao não adoptar activamente os meios necessários à obtenção da prova, considera-se excluída a prova no que à sua eficácia diz respeito. Segundo Bentham, os meios ou medidas de obtenção de prova cuja adopção não seja obrigatoriamente imposta pela lei são os que mais facilmente levam ao fenómeno da exclusão passiva.

ii. Os malefícios da exclusão de prova

Constituindo a prova a pedra angular da justiça, excluir a prova seria afastar a justiça⁸. Por esta razão, independentemente de a exclusão em geral ser ou não benéfica para a realização da justiça – assinala Bentham –, um ponto é certo – a exclusão de prova dá lugar a determinadas consequências negativas: excluir toda a prova equivaleria a afastar toda a justiça. Segundo Bentham, a maior ou menor medida dessas consequências dependerá de três factores: primeiro, se, para o apuramento dos factos controvertidos da causa, a prova oferecida é ou não a única prova disponível; segundo, se a prova excluída foi oferecida pelo autor ou se antes pelo réu da acção; terceiro, se a acção tem ou não natureza penal. A natureza das consequências causadas pela exclusão de prova estará indissociavelmente ligada a cada um dos referidos factores. Se, por exemplo, numa acção penal a única prova oferecida pela parte acusadora for excluída, a aplicação dessas mesmas regras de exclusão significaria permitir a prática de factos ilícitos ou criminosos. Já se a prova excluída tiver sido a única prova ao dispor do réu, qualquer pessoa ficaria habilitada por mero capricho a prejudicar os direitos de outrem e a obter a punição de pessoas inocentes. Num outro exemplo, se numa acção cível a única prova do autor for excluída, isso levaria a que qualquer pessoa pudesse violar os direitos e os interesses legítimos de outrem. Já se a prova excluída tiver sido a

7 John Bowring, *The Works of Jeremy Bentham*, vol.6, W.Tait, Simpkin, Marshall & Co., 1843, p. 86.

8 John Bowring, *The Works of Jeremy Bentham*, vol.7, W.Tait, Simpkin, Marshall & Co., 1843, p. 338.

única prova ao dispor do réu, este teria que assumir responsabilidades e obrigações injustas e excessivas. Em contraposição, se a prova excluída não for a única prova que a parte disponha no processo, a exclusão da mesma causará consequências menores e menos gravosas.

Numa palavra, para Bentham a exclusão de prova aumentaria efectivamente as probabilidades da prática de crimes e ilícitos. Do ponto de vista das demoras, vexames e custos com o processo judicial, entende o Autor que os malefícios que a exclusão de prova consegue evitar ultrapassam de longe as consequências nefastas que a sua adopção causaria. Já em relação ao argumento de que a prova induziria o juiz em erro, entende Bentham que não é lógico esperar que a exclusão de prova venha evitar a tomada de decisões desafortunadas, pois que, excluída a prova, maiores são as probabilidades de o juiz vir a emitir decisões erróneas por falta de prova⁹.

iii. Legitimidade para a exclusão de prova

A despeito de todos estes problemas e falhas, Bentham reconhece que em determinadas situações haja legitimidade e razões para excluir a prova, em vista do fim acessório do processo judicial. Razoabilidade essa que, bem entendido, não advém da susceptibilidade de a exclusão só por si alcançar o fim prosseguido pela justiça – porque o não é –, mas antes porque com a exclusão de prova se consegue evitar malefícios de maior escala: isto é, a exclusão em si é maligna, mas é susceptível de afastar consequências perversas de maior dimensão – as delongas, vexames e custos desnecessários – sendo assim uma medida imprescindível para a realização do fim acessório da justiça. Bentham, assentando na doutrina do utilitarismo, assinala os seguintes princípios que devem ser respeitados para a admissão de prova¹⁰: primeiro, a exclusão de um mal não deve acarretar um outro mal maior; segundo, a prossecução de um bem não deve excluir um outro bem maior; terceiro, a prossecução de um bem não deve acarretar qualquer mal influente; quarto, a prevenção de um mal não deve excluir um bem importante. A partir destes princípios, Bentham retirou a seguinte conclusão: só se pode dizer que as regras de exclusão de prova favorecem a realização dos fins da justiça quando os malefícios evitados com a sua exclusão excedem quantitativamente de longe os malefícios que se verificariam com a sua admissão¹¹.

Se bem que a informação constante da prova é susceptível de atestar os factos averiguados pelo juiz, o certo é que nem toda a prova reflecte a verdade material e integral dos factos, podendo-lhe faltar veracidade ou precisão por

9 Bowring, *supra*, nota 7, p. 87.

10 *Ibid*, p. 88.

11 *Ibid*.

influência de diferentes factores objectivos. Por outro lado, também a recolha, oferecimento e verificação da prova estão sujeitos a factores como os custos de tempo e de dinheiro. Assim, qualquer causa que seja decidida com base na prova acarreta consigo dois potenciais problemas – o erro de decisão quanto à questão material por um lado, e as delongas, vexames e custos processuais por outro. Ora, residindo estes problemas neste modelo de decisão baseado na prova, é natural que ordenamentos houvesse que encontrassem na exclusão da prova a solução para o problema. Foi o caso do direito inglês que no séc. XVIII adoptou o regime da exclusão de prova como medida de prevenção de decisões erróneas. Para Bentham, no entanto, se a exclusão de prova é efectivamente capaz de resolver os problemas das delongas, vexames e custos processuais, já o mesmo não se pode dizer relativamente ao erro decisório material. Isto porque, se ao admitir a prova o juiz pode ser induzido em erro por falsidade da prova, prejudicando assim os direitos e interesses legítimos de uma das partes, também ao excluir a prova o juiz pode emitir decisões desacertadas por falta de prova que o impossibilite a averiguar a verdade material dos factos. Por estas razões, considera Bentham que apenas há margem para aplicar as regras de exclusão quando dela não decorra qualquer malefício adicional (como o erro decisório, as dilações, vexames e custos) que prejudique os interesses de qualquer das partes.

iv. Situações que legitimam a exclusão

Já que por teoria a exclusão de prova não carece necessariamente de razão legítima, quais serão as circunstâncias que permitem a sua aplicação? Esta questão foi altamente elaborada por Bentham na sua célebre obra *Rationale of Judicial Evidence*. A nosso ver, a resposta pode ser agrupada em duas categorias: a exclusão absoluta e a exclusão relativa.

1. Exclusão absoluta

1) Irrelevância (*irrelevancy*) e superfluidade (*superfluity*)

Por exclusão absoluta quer Bentham referir-se às situações em que a exclusão é absolutamente legítima e lógica. Nesta categoria encontram-se os casos de irrelevância e de superfluidade¹². A legitimidade para se excluir estes tipos de prova reside no facto de as mesmas acarretarem muitos malefícios e consequências nefastas, para além de serem contrárias aos fins da justiça. A prova irrelevante traz delongas, vexames e custos processuais ao juiz e às partes, designadamente

12 Por irrelevante quer significar-se as situações em que a prova oferecida pela parte não tem a natureza nem reúne de facto as características da prova, não tendo qualquer ligação com os factos a provar. Supérflua é a prova que não produz efeitos probatórios. Para Bentham uma prova relevante pode ser superflua, mas toda a prova irrelevante é necessariamente superflua, pelo que a prova superflua em sentido amplo incluir a prova irrelevante. *Ibid.*, p. 89.

à parte que tem razão na causa. Acresce que a prova irrelevante causa confusão e incertezas ao juiz, ou até engano, induzindo o juiz em erro. Da mesma forma, também a prova supérflua acarreta delongas, vexames e custos processuais. O que difere é que a prova puramente supérflua geralmente não causa confusão ao juiz em moldes que levem a delongas processuais, nem induz o juiz em erro. Em todo o caso, assinala Bentham, para além da prova decorrente de boatos (“ouvi dizer”), em regra são pouco frequentes os casos de prova supérflua.

2) Dispensa de depoimento por razões religiosas ou de interesse público

Durante mais de dois séculos a partir da restauração da Casa Stuart por Charles II em 1660, a prática judiciária inglesa não conhecia ainda a figura da dispensa de depoimento, designadamente por parte dos padres¹³. Em inícios do séc. XIX, Bentham, na sua obra *Rationale of Judicial Evidence*, expôs a sua arrojada posição de que os padres deviam gozar da prerrogativa da dispensa de depoimento, na medida em que, considerando as funções religiosas que exerce, o padre do réu, quando chamado a juízo para servir de testemunha a pedido da parte autora ou acusadora, deve poder ser dispensado de comparecer em juízo, não podendo a lei obrigá-lo a revelar o que lhe tinha sido confessado pelo réu¹⁴, sob pena de a lei interferir no exercício das funções religiosas ao levar à sanção – designadamente criminal – das pessoas que vão confessar ou mesmo de outras pessoas. Numa palavra, para Bentham a revelação testemunhal das confissões de uma das partes processuais pelos padres, tanto nos processos-crime como nos processos cíveis, influenciaria a actividade religiosa e o desenvolvimento da Igreja. Por outro lado, do ponto de vista utilitarista, entende Bentham que o testemunho dos padres não é apto a produzir um bem que compense o mal que o mesmo acarreta – o que, subentende-se, quer significar que apenas há desvantagens sem que haja vantagens. Isto, essencialmente do ponto de vista dos fins da justiça, ou seja, o testemunho dos padres não favorece efectivamente a prossecução dos fins da justiça. Por exemplo, relativamente aos crimes mais gravosos, os efeitos preventivos e compensatórios do ordenamento religioso são de longe maiores que os do ordenamento jurídico. No que respeita à prevenção do crime, a confissão religiosa é susceptível de levar a que o agente se arrependa efectivamente, corrigindo o seu comportamento. Por outro lado, no decurso da confissão o padre orienta e consola espiritualmente o confitente, o que não só contribui para prevenir a futura prática de crimes, como ainda leva a que a pessoa compense os danos causados pela sua conduta criminosa.

Para além deste caso, Bentham refere ainda um outro exemplo comum no

13 Laird C. Kirkpatrick, *Scholarly and Institutional Challenges to the Law of Evidence: From Bentham to the ADR Movement*, 25 *Loy. L.A. L.Rev.* 837 (1992). p. 842.

14 *Ibid.*, p. 98.

âmbito do direito probatório moderno – a prerrogativa de dispensa de depoimento pelo governo por razões de interesse público. Segundo o Autor, se num processo judicial uma das partes requerer prova cuja revelação prejudique o interesse público, deve o juiz recusar o pedido¹⁵, não podendo obrigar o governo a revelar informação potencialmente prejudicial para o interesse público¹⁶. O governo goza pois, por considerações de interesse público, da prerrogativa do segredo de Estado, ideia que posteriormente viria a ser considerada por alguns Autores a fonte dogmática da prerrogativa da dispensa de depoimento dos Chefes de Estado e dos Chefes de Governo ou por funções públicas no direito probatório contemporâneo¹⁷.

2. Exclusão relativa – delongas (*delay*), vexames (*vexation*) e despesas (*expense*)

Por exclusão relativa quer Bentham significar os casos em que a razoabilidade da exclusão tem de ser aferida no caso concreto de acordo com o critério utilitarista, o que se pode traduzir no juízo sobre se a admissão de uma determinada prova para decisão causa ou não excessivas delongas, vexames ou despesas processuais. Do ponto de vista do fim acessório da justiça, se a exclusão de prova pode evitar desnecessárias delongas, vexames e despesas processuais, então é porque favorece em geral a prossecução dos fins da justiça. Pelo que, para além da irrelevância e superfluidade da prova, também as excessivas delongas, vexames e despesas processuais constituem motivos legítimos para a exclusão de prova. Quando a prova seja relevante e não supérflua, tem ainda assim o julgador que decidir se a mesma deve ser excluída ou não em função do juízo que faça relativamente às delongas, vexames e despesas que acarreta para o processo.

1) As delongas. Na vida em sociedade, frequentes são as relações interpessoais na comunidade e complexas são as relações e laços jurídicos. Por isso mesmo, no âmbito do processo judicial as partes podem precisar de algum tempo para a produção de prova pelas mais variadas razões de índole objectiva. Assim sendo, não permitir um mínimo de demora equivaleria substancialmente a excluir a própria prova, em detrimento para a correcta decisão do juiz. Bentham considera que a decisão sobre se deve ou não permitir semelhante dilação constitui na verdade uma opção maligna por parte do juiz e do legislador, devendo tentar reduzir a medida desse mal ao mínimo possível. Para o Autor, deve ser excluída a prova que no momento é tão distante que a torna impossível de obter, de forma a

15 Bowring, *supra*, nota 7, p. 98.

16 Jeremy Bentham, *Treatise on Judicial Evidence*, J.W. Paget, 1825, p. 236.

17 Laird C. Kirkpatrick, *Scholarly and Institutional Challenges to the Law of Evidence: From Bentham to the ADR Movement*, 25 *Loy. L.A. L.Rev.* 837 (1992). p. 842.

evitar o mal decorrente dessa demora. Na eventualidade de se permitir a demora na produção de prova por uma das partes, considerada importante, esse lapso de tempo poderá levar a que se pereça uma outra prova importante da contraparte. E, continua o Autor, podendo o juiz esperar pela prova de uma das partes para proferir a decisão, as delongas que daí resultam podem prejudicar os interesses legítimos da contraparte quando lhe assista a razão. Pelo que, insiste Bentham, para evitar o mal da demora na produção de prova o juiz deve proferir logo a decisão com base na prova existente, decisão essa que não terá natureza definitiva, podendo o juiz anulá-la e emitir nova decisão caso se venha a descobrir nova prova importante no futuro, em nome da correção das decisões judiciais.

2) Os vexames. Para Bentham, o contencioso representa um potencial sofrimento e lesão para a esmagadora maioria das pessoas¹⁸. Enquanto componente importante do processo judicial, a recolha, o oferecimento e a adoção de prova causam inevitavelmente diversos tipos de vexames aos juízes, ao júri, às partes e às testemunhas, entre outros intervenientes processuais (abrangendo até, nalguns casos, pessoas exteriores ao caso e a população) ¹⁹. Mais concretamente, os vexames incluem sofrimentos e perturbações, bem como desperdícios de tempo, limitações de espaço, dispêndios de dinheiro, prejuízos e inquietações²⁰.

Porque a recolha, o oferecimento e a adoção de prova causam diversos tipos de vexame a diferentes sujeitos, Bentham, a partir da perspectiva do fim acessório da justiça, entende que este tipo de mal deve ser evitado e afastado através do regime da exclusão de prova. A não ser que da admissão da prova resulte uma compensação maior – como por exemplo o afastamento de um mal maior que o vexame ou a obtenção de maiores benefícios – toda a prova que cause vexames deve ser excluída. Por outras palavras, apenas há motivo legítimo para excluir a prova quando o mal decorrente dessa exclusão for de longe inferior ao mal próprio do vexame. A partir deste critério de aferição, Bentham avança defendendo que, a despeito de a prova causar vexames dos mais variados tipos aos intervenientes processuais, para além do juiz, não se deve atender aos vexames provocados a outras pessoas como causa de exclusão da prova. Os vexames que a prova pode trazer ao juiz podem agrupar-se em duas categorias: as perturbações

18 William Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, tradução chinesa de Wu Hongqi e Du Guodong, China Renmin University Press, 2015, p. 135.

19 Bentham classifica-o em vexame em sentido amplo (*vexation at large*) e vexame originado pela revelação da prova (*vexation by disclosure*). Este segundo tipo de vexame refere-se aos prejuízos causados à pessoa ou ao interesse público pela revelação de informação de determinada prova, pelo que se torna necessário determinar quais as provas admissíveis e que tipo de vexame pode dar lugar à exclusão de prova. Bowring, *supra*, nota 7, p. 92.

20 Ver referência bibliográfica da nota 18, p. 136.

a nível psicológico e as consequências nefastas dessas mesmas perturbações – demora no julgamento²¹ ou emissão de decisão desacertada. Sobre a legitimidade deste motivo de exclusão, refere o Autor que, na prática judiciária onde vigora o princípio da prova, no interior do juiz surge sempre uma hesitação proporcional à quantidade de prova, relevante ou não, e, quanto maior for essa hesitação, maiores serão as probabilidades de demora e erro na decisão que vier a proferir. Sempre que o vexame se deva à irrelevância ou superfluidade da prova, o perigo de decisão tardia e/ou errônea daí decorrente constitui um mal dificilmente compensável. Mas mesmo quando se trate de prova relevante e não supérflua, entende Bentham que ainda assim não se exclui a possibilidade de subsistir este tipo de vexames. Mesmo que a prova seja necessária à correcta decisão da causa, não deixa de causar ao juiz o mal do vexame, só que aqui haverá uma certa recompensa, que consoante os casos anulará ou não o vexame causado ao juiz pela adopção da prova. Neste tipo de casos salienta Bentham que por regra não deverá excluir-se a prova que não seja irrelevante nem supérflua, a não ser que a sua adopção leve à proferição de uma decisão errônea ou prejudique os direitos e interesses legítimos das partes²².

Sobre a razão pela qual os vexames causados às partes ou outros intervenientes processuais para além do juiz não pode constituir causa legítima para a exclusão de prova, Bentham refere que, sejam perturbações psicológicas, sejam custos monetários, o mal causado às partes pode ser compensado pela posição de vantagem ou interesses que se esperam ter no processo. Se a parte for representada por mandatário, o vexame da recolha e oferecimento de prova será transferido para este, que por sua vez será compensado através dos correspondentes honorários. Relativamente às testemunhas, o comparecimento em juízo causará inevitavelmente vexames às mesmas, que, por terem de despender tempo e suportar os prejuízos que daí resultarem para os seus assuntos, que dificilmente encontrarão compensação económica suficiente, tenderão a recusar-se a depor na falta de medidas coactivas que o imponham, assim se levando à exclusão passiva de prova. Exclusão essa que, no entender de Bentham, é reprovável e tem origem nas deficiências do sistema. Não obstante, mesmo que venham a ultrapassar-se os obstáculos de regime, o vexame suportado pela testemunha pelo comparecimento em juízo excederá de longe o vexame das partes decorrente da falta de fundamentação do pedido da perda de causas

21 Bentham entende que a decisão tardia origina um mal correspondente ao tempo da demora: em primeiro lugar, prejudicam-se os interesses de uma ou ambas as partes do processo; depois, ainda, os interesses das partes noutros processos pendentes ou futuros, pois qualquer decisão de qualquer processo é protelada por virtude das delongas da decisão de um processo antecedente (a nosso ver, esta circunstância refere-se a processos em que entre eles existe uma determinada conexão). Bowring, *supra* nota 7, pp. 92, 96-99.

22 Bowring, *supra*, nota 7, p. 94.

de exceção válidas no processo pelo não comparecimento da testemunha. Segundo o Autor, é possível ultrapassar os vexames das testemunhas através da flexibilização dos meios de prestação de depoimento, podendo a mesma ser feita nos órgãos judiciais específicos do local de residência da testemunha ou por meio de depoimento escrito (tal como a prestação de declarações ajuramentada), embora se deva limitar aos casos em que não seja necessário recorrer à inquirição em observância do contraditório para confirmar a veracidade e integralidade dos depoimentos²³.

3) As despesas. Para Bentham, os custos com a obtenção e oferecimento das provas constituem na verdade também um tipo de vexame e que a melhor forma de o evitar é excluir a prova²⁴. São essencialmente dois os casos em que se pode legitimamente excluir a prova com este fundamento: primeiro, o caso em que as despesas são suportadas por pessoas alheias ao caso ou por terceiros que não consigam obter qualquer compensação, como é o caso das testemunhas que têm de suportar os custos com o seu comparecimento em juízo; segundo, o caso em que, embora as despesas sejam suportadas pela parte culpada, essas despesas são de tal modo elevadas que excedem de longe a medida da responsabilidade a que deveria estar sujeita²⁵, como é o caso das despesas com o comparecimento das testemunhas em juízo, que, podendo ser suportadas pela parte vencida, excedem de longe a medida da responsabilidade a que a mesma está sujeita. Daqui ressaltam uma vez mais as influências do utilitarismo – os custos com a produção de prova não devem exceder os benefícios que com ela se possam obter. Em todo o caso, adverte Bentham, a questão não se colocará se a parte assumir voluntariamente os custos.

III. As críticas de Bentham às regras de exclusão de prova

i. A crítica à prevenção de fraude como fundamento de aplicação das regras de exclusão de prova

Durante o séc. XVIII, nos ordenamentos anglo-saxónicos a doutrina maioritária entendia que o fim prosseguido pelo judiciário era a proferição de decisões justas e correctas. Toda a informação decorrente de prova incorrecta, incompleta e falsa era vista como fraudulenta, induzindo o juiz em erro. Era assim que a exclusão de prova era amplamente considerada uma medida garantística de prevenção de fraude e de erro de julgamento. Por exemplo, se uma testemunha sofrer de problemas intelectuais, tiver algum interesse na causa ou for desonesta,

23 Ibid, p. 95.

24 Bowring, *supra*, nota 8, p. 56.

25 Ibid, p. 353.

haveria lugar a exclusão pela existência de um perigo de engano. Bentham mostrou-se contrário a esta atitude, no sentido de que a prevenção de fraude não podia constituir justa causa para a exclusão de prova, salientando que a exclusão de prova não é um meio eficaz de prevenção de decisões desacertadas, pois que, podendo a prova ser classificada em necessária e desnecessária para os factos a provar, a exclusão da prova necessária levaria indubitavelmente a uma decisão desacertada, enquanto a exclusão da prova desnecessária, embora não conduza forçosamente a uma decisão errada, não se vê qual a sua utilidade prática em termos de resultado final, pois a parte cuja prova foi excluída terá provavelmente outras provas capazes de sustentar o seu pedido, caso em que o juiz irá de qualquer maneira proferir uma decisão que lhe seja favorável²⁶. Foi com este fundamento que Bentham dirigiu as suas críticas a uma série de regras de exclusão de prova então aplicadas na *praxis* inglesa em vista da prevenção de fraude. Assim, em primeiro lugar, relativamente à recusa de testemunhas com insuficiência de capacidade de depor, entende o Autor que as pessoas com problemas de intelectualidade não são necessariamente inaptas a depor como testemunhas, pois estas situações reconduzem-se a três – transtorno mental, menoridade e velhice – e a credibilidade do depoimento em cada um destes casos dependerá do estado mental geral da testemunha²⁷. Quanto ao interesse na causa como motivo de exclusão da prova, diz o Autor que tal circunstância não conduz necessariamente a falso depoimento. Toda a prova provém do ser humano e está por natureza relacionada com os interesses do ser humano, não havendo no mundo qualquer prova imune à influência de qualquer tipo de interesse. A excluir a prova com este fundamento, toda e qualquer prova deveria ser excluída. Bentham não nega que as partes podem efectivamente oferecer prova incompleta, incorrecta ou mesmo falsa por influência de interesses (designadamente através de falsos depoimentos das suas testemunhas), mas recorda em todo o caso que o juiz não é um ser inanimado, podendo sempre procurar identificar a prova falsa antes de decidir, através de procedimentos próprios de averiguação, pelo que a prova falsa não induz necessariamente o juiz em erro por fraude. Bentham indica ainda que a prova falsa não só não leva forçosamente a decisões erradas, como pelo contrário propicia a descoberta da verdade material e a proferição da decisão correcta pelo juiz, pois em certa medida a prova falsa constitui uma prova indirecta do factos ilícitos e criminosos²⁸. Em suma, a prova interessada não constitui uma tentativa apressada, mas antes uma prática estabelecida na vida em comunidade do ser humano cuja viabilidade tem vindo a ser confirmada com

26 Ibid. p. 386-387.

27 Ibid. p. 105.

28 Ibid. p. 389.

os resultados da sua aplicação²⁹. Quanto ao problema da desonestidade, Bentham concorda que as testemunhas poderão oferecer falso testemunho por virtude de qualquer interesse, mas não deixa de lembrar que o ser humano, por procurar a felicidade e evitar o sofrimento por natureza, vê a sua conduta constringida pelo receio de vir a sofrer sanções de ordem física, moral, política (ou jurídica) ou religiosa, auto-assegurando assim uma conduta honesta e confiável³⁰, razão pela qual a desonestidade não pode servir de causa de exclusão de prova. Referindo-se, por último, aos motivos religiosos, Bentham indica que, das quatro referidas motivações que orientam o homem para o bem, as sanções religiosas têm um efeito de longe mais fraco do que as sanções políticas ou morais, pelo que não se pode presumir que os ateus ou os crentes de outras religiões que não o Cristianismo sejam desonestas³¹. Em relação à recusa de depoimento por quem não preste juramento, assinala o Autor que nem o regime de juramento existente consegue garantir que a testemunha diga a verdade, pois, seja ela cristã, seja ateu, não existe qualquer indício externo ou comportamento que possa indicar a falsidade da convicção interna da testemunha, pelo que mesmo que esteja a mentir, tal dificilmente será apercebido pelas pessoas³². Sob esta perspectiva, Bentham discorda também que a religião possa constituir uma causa de exclusão dos depoimentos das testemunhas.

Para além desta abordagem positiva, na sua crítica Bentham refere ainda que o engano pode decorrer não só da existência de prova, como ainda da falta de prova. Exemplificando, um facto objectivamente existente pode ser dado como não provado pelo juiz por falsidade ou falta de credibilidade da prova oferecida pela parte, mas, se essa prova atestar o facto não for excluída, o facto poderá ser dado como provado. Por outro lado, ao abrigo do regime da exclusão de prova, a parte poderá desistir de um pedido legítimo pelo facto de uma sua prova importante ter sido excluída, o que leva igualmente a um resultado injusto. Numa palavra, do ponto de vista do erro decisório e da não-demanda (*non-demand*) da parte autora, a exclusão de prova cria mais facilmente situações de injustiça – as consequências nefastas que traz para a justiça excedem de longe os seus efeitos preventivos³³.

29 Ibid. p. 106.

30 Ibid. p. 394.

31 Ibid. p. 420-421.

32 Ibid. p. 106.

33 Ibid. p. 30.

ii. A crítica à proibição de prestação forçada de depoimento em causa própria por parte do réu

Nas acções penais, sendo o réu interessado na causa, vigorava nos ordenamentos anglo-saxónicos do séc. XVIII uma regra probatória que excluía a prova decorrente do depoimento do réu para evitar falsas declarações. O réu não podia ser obrigado a depor em causa própria – isto é, nas acções penais era vedado fazer ao réu quaisquer perguntas relacionadas com o crime pelo qual vinha acusado. Caso lhe fossem dirigidas perguntas desse tipo, o réu não tinha qualquer dever de responder, nem se podia emitir qualquer juízo a partir do silêncio do réu. Bentham manifestou a sua discordância com esta regra, entendendo que a inquirição e averiguação de questões relativas ao facto criminoso junto do réu propiciam a descoberta da verdade material do caso. Se o réu tiver efectivamente praticado o crime, a exclusão do seu depoimento equivaleria a ajudá-lo a furtar-se à pena; se for inocente, a exclusão poderá evitar a aplicação de uma sanção injusta a uma pessoa inocente pelo facto de ter deposto contra si. Todavia, refere Bentham que faz parte da natureza do ser humano a tendência de não se auto-confrontar a si próprio, fazendo subentender que, inocente ou não, em regra o réu não irá prestar depoimentos desfavoráveis à sua posição. Pelo que a única utilidade da regra em apreço é proteger os réus culpados, dispensando-os da pena, sendo desprovida de qualquer sentido quando aplicada aos réus inocentes.

Para além do interesse do réu na causa, um outro fundamento usado para proibir a prestação forçada de depoimento em causa própria por parte do réu era o de que a inquirição de perguntas relativas ao crime com o fim de punir o réu lhe causaria perturbação e sofrimento – um mal para o réu, que poderá ser evitado se ao réu for vedado depor contra si próprio. Este argumento, no entender de Bentham, é improcedente, pois que, para o réu numa acção penal, todo o sofrimento se concentra na punição, sendo pura fantasia o sofrimento e o vexame decorrentes da prestação de declarações. A lei ao excluir o depoimento do réu e por outro lado permitir a aceitação do depoimento de outras pessoas, equivaleria a derrogar prova directa e a admitir prova indirecta para o julgamento da causa, sendo que a informação decorrente da prova indirecta geralmente peca por incompletude e imprecisão pelas mais variadas razões, e as declarações do réu podem precisamente suprir tais deficiências e insuficiências. Com semelhante exclusão, impede-se a auto-defesa e justificação por parte do réu, o que leva a maiores probabilidades de o juiz emitir decisão desacertada, que terá de ser feita apenas com base na prova decorrente de boatos.

iii. A crítica à prerrogativa de dispensa de depoimento dos advogados e dos cônjuges das partes

A prerrogativa de dispensa de depoimento dos advogados é uma regra

probatória antiga da Common Law, segundo a qual não pode ser pedido ao advogado que revele num processo judicial qualquer informação de que tenha tido conhecimento do seu constituinte (designadamente informação que lhe seja desfavorável). Inicialmente estabelecida para protecção dos juramentos e da dignidade dos advogados, esta regra foi objecto de contínuo desenvolvimento na *praxis* judiciária, havendo quem viesse a entender que a mesma visa proteger a relação de confiança entre o advogado e o constituinte, em prol da justiça do processo em geral num modelo contencioso de natureza conflituosa³⁴. Bentham é contra esta regra, pugnando pela exigibilidade do depoimento dos advogados a partir do critério utilitarista, porquanto entende que disso não resulta qualquer mal substancial, pois o resultado não é mais do que fazer com que a pessoa sofra a sanção que lhe seria devida ou que assuma as obrigações ou dever de indemnizar a que deveria estar sujeito³⁵. Segundo o Autor, se o constituinte é inocente, dispensar o advogado de depor não terá grande utilidade para a pessoa. Já no caso contrário, a mesma dispensa terá um grande impacto. Em qualquer tipo de crime, o réu que constitua mandatário como que passa a ter um cúmplice profissional *a posteriori* que o ajude a furtar-se das sanções da lei³⁶. De onde que não seja difícil descortinar que, no pensamento de Bentham, a dispensa dos advogados não traz qualquer vantagem, antes apenas ajuda os criminosos a livrar-se das sanções legais. Em suma, entende o Autor que, existindo entre advogado e cliente meramente uma relação contratual, os acordos honestos devem ser cumpridos, e os acordos desonestos e prejudiciais podem ser violados em nome do interesse da comunidade³⁷.

Para além do caso dos advogados, Bentham dirigiu ainda fortes críticas a uma outra prerrogativa de dispensa de depoimento então em vigor no direito inglês – a dos cônjuges. Nos tempos de Bentham, a Common Law consagrava essa regra – a de que os cônjuges das partes gozarem da prerrogativa de serem dispensados de depor em juízo, sendo vedado forçar o cônjuge a revelar qualquer informação obtida na constância do matrimónio –, por haver preocupação e receio de falsas declarações em virtude da relação conjugal existente entre a testemunha e a parte, mas também por considerações de protecção da estabilidade e harmonia das relações familiares-conjugais. Todavia, no entender de Bentham, a motivação e a probabilidade de prestação de falso testemunho existem em relação a qualquer pessoa, pelo que a prevenção de falsas declarações não é motivo suficiente para

34 Qi Shujie e Huangbin, “A prerrogativa dos advogados no direito probatório inglês e o seu valor de referência”, *Legal Forum*, n.º 5 de 2002, p. 94.

35 Bowring, *supra*, nota 7, p. 99.

36 *Ibid*, p. 100.

37 Ver referência bibliográfica da nota 18, pp. 154-155.

se consagrar esta prerrogativa. Antes pelo contrário, ela impede que o cônjuge testemunhe a prática de um facto ilícito, o que equivaleria a dizer que a lei permite tacitamente a prática de qualquer actividade ilícita com o suporte do seu cônjuge, de forma irresponsável e destemida. Para expressar a sua contrariedade a este regime, Bentham inclusivamente descreve esta prerrogativa como “convertendo o castelo da família num covil de ladrões”³⁸.

iv. A crítica à regra de exclusão da prova decorrente de boatos (“ouvi dizer”)

A exclusão da prova decorrente de boatos (*hearsay*) é uma regra antiga do direito probatório anglo-saxónico. Durante os séc. XVIII e XIX, este tipo de prova era em regra absolutamente excluído na Common Law, dada a falta de garantia da verdadeira fiabilidade da prova, pelo facto de o depoente do boato não ter prestado juramento nem ter sido inquirido em juízo em observância do contraditório³⁹. Esta regra foi questionada e desafiada por Bentham na sua obra *Rationale of Judicial Evidence*. Embora reconheça que o facto de o depoente não comparecer em juízo em observância do contraditório dificilmente proporcionará garantias de precisão e completude da prova, como podendo até surgir situações de fraude, aponta o Autor que excluir absolutamente a prova seria precluir informação útil para a boa decisão da causa. A falta de prova causaria um impacto e consequências de longe mais gravosos para o erro de julgamento do que a falsidade e a fraude inerentes à prova, pois este segundo problema pode ser prevenido através de medidas interventivas da lei ou ser corrigido através do mecanismo da repetição do julgamento. Discordando da exclusão absoluta deste tipo de prova, Bentham elenca na referida obra alguns exemplos em que o tribunal a deve excepcionalmente adoptar – o que deverá suceder em caso de morte, problemas mentais do depoente ou outras causas objectivas que o impeçam de comparecer em juízo⁴⁰.

IV. Apreciação e impacto

A argumentação de Bentham em matéria de exclusão de prova revela fortes influências do seu pensamento utilitarista aplicado no âmbito do direito probatório, não sendo difícil descortinar, a partir da sua argumentação e crítica ao conteúdo nuclear das teorias de exclusão de prova, que, fora alguns casos

38 Bowring, *supra*, nota 8, p. 484.

39 George F. James, “*Role of Hearsay in a Rational Scheme of Evidence*,” Vol. 34 Illinois Law Review (1940), p. 790-792.

40 Bowring, *supra*, nota 7, pp. 122-126.

excepcionais como a prova irrelevante e supérflua, Bentham adopta uma postura contrária à exclusão de prova. Nas palavras do Autor, “constituindo a prova a pedra angular da justiça, excluir a prova seria afastar a justiça, pelo que toda a exclusão de prova tem de ser suficientemente fundamentada com motivos legítimos”⁴¹. Relativamente à prevenção de erro de julgamento, a exclusão de prova não seria um meio eficaz de prevenção de decisões desacertadas, antes levando a uma maior probabilidade de o juiz emitir decisões erróneas por falta de prova, pois a prova falsa ou incompleta pode mesmo assim ser útil. Pese embora a predominância do critério utilitarista empregue na sua apreciação às regras de exclusão de prova, Bentham não deixa de revelar um outro pensamento seu, respeitante às entidades reais e às entidades fictícias⁴². Na sua obra *Scotch Reform*, o Autor retoma a classificação por ele feita em *A Fragment on Government*, entre “arranjo natural” e “arranjo profissional” para o sistema jurídico, para comparar o sistema processual natural com o sistema processual profissional⁴³. Enquanto o primeiro prossegue os fins do processo judicial – a descoberta da verdade e a realização da justiça –, o segundo é resultado de uma ficção dos juizes e da sua comunidade de interesses em vista de interesses. No tempo de Bentham, o rendimento dos juizes ingleses não provinha do seu salário, mas da cobrança de taxas. Ao abrigo da tradição do precedente, muitos dos regimes processuais, exclusão de prova incluído, não eram estabelecidos pelo legislador, antes uma criação do juiz. Para Bentham, todas estas regras técnicas são criadas pelos juizes e sua comunidade profissional jurídica na procura de interesses e não para a descoberta da verdade, sendo assim contrárias aos fins da justiça. Por esta razão, nos seus estudos sobre o regime probatório o Autor propugna pela revogação das regras de exclusão e das regras de balanço das provas, entre outras regras rígidas e artificiais de natureza técnica, defendendo recorrentemente o estabelecimento de um regime natural, em moldes que permitam um regresso ao sistema processual natural, em restauração dos fins da justiça⁴⁴. Nisto reside também a razão pela qual no âmbito das teorias

41 Ver referência bibliográfica da nota 18, p. 70.

42 Por influência psicológica do seu receio infantil contra espíritos e fantasmas, Bentham começou desde cedo a meditar sobre o real e o imaginário, com base no que veio posteriormente a construir a sua teoria das entidades reais e das entidades fictícias. Entidades reais são entidades que efectivamente existem, incluindo impressões sensoriais e objectos físicos. Entidades fictícias são ditas existir para o propósito do discurso. Cfr., a este respeito, Philip Schofield, *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*, tradução chinesa de Zhai Xiaobo, Law Press, 2010, pp. 1-39.

43 Ver referência bibliográfica da nota 40, p. 163.

44 O sistema natural propugnado por Bentham caracteriza-se pela maximização do acesso à prova por parte do julgador, pois que, sendo imparcial, perante o confronto das partes em cumprimento dos princípios da oralidade, da imediação e do contraditório, não haverá exclusão de qualquer testemunha (incluindo as partes) e da correspondente prova, nem haverá delongas, vexames e custos significativos

da exclusão de prova o Autor defende vigorosamente a vigência de um princípio de não exclusão, no sentido de que, exceptuando casos pontuais, nenhuma prova deve ser excluída.

As críticas dirigidas às regras de exclusão de prova e a outras regras técnicas do regime probatório estão em linha com a repreensão que Bentham faz ao sistema de criação de direito pelos juízes e profissões jurídicas. As opiniões – em certa medida extremas⁴⁵ – de Bentham não foram imediatamente aceites pelos órgãos legislativos e judiciais nos inícios do séc. XIX, mas vieram a originar uma revolução de direito probatório no mundo da Common Law. Nos anos 40 do séc. XIX, sob o impulso de alguns discípulos e seguidores de Bentham⁴⁶, no direito inglês começou-se a repensar e reformar as regras probatórias, até que algumas das ideias de Bentham foram acolhidas pelo legislador, sendo disso exemplo paradigmático a eliminação progressiva de restrições à qualidade de testemunha, como sucedeu na Lei da Prova de 1843 (art. 1.º), em que se deixou de retirar a qualidade de testemunha às pessoas com relação interessada com as partes do processo, consagrando que as testemunhas não perdem essa qualidade por virtude de crime ou de relação interessada com as partes do processo⁴⁷; na Lei da Prova de 1851 (art. 1.º), habilitando as partes do processo a depor na causa⁴⁸; na Revisão à Lei da Prova de 1853 (arts. 1.º e 2.º), em que se deixou de retirar a qualidade de testemunha aos cônjuges das partes do processo, consagrando que, à excepção de processos penais e casos de adultério, os cônjuges das partes podem depor em juízo como testemunhas⁴⁹; e na Lei da Prova Penal de 1898 (arts. 1.º e 2.º), habilitando o réu e o seu cônjuge a deporem em juízo – o réu pode fazê-lo, a seu próprio pedido, estando obrigado a dizer a verdade em resposta às perguntas da parte acusadora, deixando assim de ser protegido pela proibição de prestação forçada de depoimento em causa própria por parte do réu⁵⁰. Por outro lado, sob a influência e impulso de alguns seguidores de Bentham, como Edward Livingston⁵¹,

a suportar. Ver referência bibliográfica da nota 18, p. 7.

45 Wu Danhong, “Crítica e construção do direito probatório: o pensamento de Bentham e a sua inspiração”, *Global Law Review*, n.º 6 de 2006, p. 709.

46 Dillon, Bentham’s Influence in the Reforms of the Nineteenth Century, *SELECT ESSAYS IN ANGLO-AMERICAN LEGAL HISTORY*, Vol I (1907), p. 510.

47 Evidence Act 1843.

48 Evidence Act 1851.

49 Evidence Amendment Act 1853.

50 Criminal Evidence Act 1898.

51 Henry G. McMahon, *The Proposed Louisiana Code of Practice: A Synthesis of Anglo-American and Continental Civil Procedures*, (1953) 14 Louisiana Law Rev 43.

David Dudley Field⁵² e Joph Appleton⁵³, a partir de meados do séc. XIX iniciou-se nos Estados Unidos uma reforma ao regime das testemunhas, culminando com a eliminação da proibição de depoimento por pessoas com relação de interesse com as partes, e com a consagração expressa da admissibilidade da prestação de depoimento pelas partes nos processos cíveis e penais. As considerações feitas por Bentham relativamente aos factores religiosos e do interesse público foram também acolhidas pelo legislador, ideia que posteriormente viria a ser considerada a fonte dogmática da prerrogativa da dispensa de depoimento por questões religiosas, de interesse público e por parte dos Chefes de Governo no direito probatório dos países de Common Law. Por outro lado, considerando que o fim primordial da justiça consiste na emissão de decisões correctas, a falta de prova causaria um impacto e consequências de longe mais gravosos para a correcção das decisões do que a incorrecção a incompletude da prova, pelo que Bentham desafiou a regra tradicional da exclusão da prova decorrente de boatos, defendendo pela não exclusão absoluta deste tipo de prova. Se bem que este entendimento foi praticamente desconsiderado pela doutrina, pelo legislador e pela jurisprudência do séc. XIX⁵⁴, certo é que a partir do séc. XX os ordenamentos anglo-saxónicos começaram a reconhecer os problemas e as limitações das regras tradicionais de exclusão de prova, tendo então começado a introduzir excepções ao nível legislativo e jurisprudencial, de forma a reduzir o âmbito de aplicação dessas regras de exclusão⁵⁵. Se esta mudança de postura foi ou não inspirada pelos pensamentos de Bentham, é questão que se mantém em aberto, pois entre a exposição da ideia e a efectiva reforma mediou pelo menos mais de um século. De qualquer modo, um ponto é certo – o pensamento e as críticas de Bentham às regras de exclusão da prova decorrente de boatos mostram o visionarismo do Autor já nos começos do séc. XIX.

Embora a teoria da prova judicial de Bentham não tivesse tido a mesma notoriedade que tiveram as suas teorias do utilitarismo e da democracia político-constitucional, a verdade é que, como ficou dito, o direito probatório ora em vigor nos países de Common Law revela várias influências do pensamento de Bentham sobre as teorias da exclusão de prova, o que mostra o impacto e a utilidade da sua

52 Charles Noble Gregory, *Bentham and the Codifiers*, Harvard Law Review, Vol. 13, N.º 5 (Jan., 1900), p. 344-357.

53 Ji Hu, *O Regime do Depoimento do Réu: Estudo Comparado a Partir do Direito Anglo-Saxónico*, Law Press, 2012, pp. 24-25.

54 James H. Chadbourn, *Bentham and the Hearsay Rule. A Benthamic View of Rule 63 (4)(c) of the Uniform Rules of Evidence*, Harvard Law Review, Vol. 75, N.º 5 (Mar., 1962), p. 932-940.

55 *Ibid.*, p. 942-951; Kenneth M. Ehrenberg, *Less Evidence, Better Knowledge*, McGill Law Journal, (2015) Vol. 60, N.º 2, p. 180-183.

teoria da prova judicial para o direito probatório dos tempos que lhe sucederam. Sem prejuízo de ser considerado o fundador do direito probatório contemporâneo, algumas das suas ideias vieram posteriormente a ser criticadas e desafiadas por parte da doutrina, tendo inclusivamente sido abandonadas pelo legislador moderno. Exemplo disso é a sua tese segundo a qual, fora os padres e o governo, qualquer outra pessoa, advogados e cônjuges incluídos, não devem gozar da prerrogativa da dispensa de depoimento, tese que veio a ser contrariada pelo académico inglês Dumont e pelo juiz e revolucionário Thomas Denman. Dumont entendia que, a aceitar-se a tese de Bentham, jamais haveria contratação de advogado pelos réus⁵⁶. Ou seja, se aos advogados não fosse dada a prerrogativa de serem dispensados a depor, o direito de defesa dos réus sairia fortemente prejudicado. A nível legislativo, também as coisas não passaram da forma como Bentham desejava no âmbito da prerrogativa da dispensa de depoimento, tendo-se antes verificado a tendência em sentido contrário, a de alargamento da sua aplicação, como se pode constatar pela evolução do direito probatório ao longo do séc. XX no mundo da Common Law. Por exemplo, no direito inglês para além de se reconhecer a proibição de prestação forçada de depoimento em causa própria por parte do réu e da prerrogativa da dispensa de depoimento por parte dos advogados, na Lei contra o Desrespeito ao Tribunal de 198 introduziu-se ainda a dispensa de revelação das fontes de informação por parte dos jornalistas⁵⁷. Também em ordenamentos com estreita relação com o direito probatório inglês como os Estados Unidos e o Canadá se ampliaram as regras sobre a dispensa de depoimento. No primeiro caso, consagrou-se na Lei Uniforme da Prova a prerrogativa em 11 diferentes situações, incluindo para os advogados, médicos, cônjuges, padres e segredo comercial; no segundo, estabeleceu-se a proibição de prestação forçada de depoimento em causa própria por parte do réu, bem como a prerrogativa da dispensa de depoimento por parte dos advogados, cônjuges e funcionários públicos. Quanto à prova decorrente de boatos, se bem que as críticas do Autor às regras tradicionais tenham sido atestadas por alguma legislação e jurisprudência anglo-saxónicas do séc. XX, a verdade é que não deixaram de surgir críticas por parte de alguma doutrina, segundo a qual a exclusão do “ouvi dizer” assume a função e utilidade de manter um padrão probatório mais exigente, pois a adopção dessa prova baixaria o padrão cognitivo do julgador relativamente aos factos da causa, levando a uma falta de uniformidade nos padrões usados para julgar os réus nas acções penais⁵⁸. Por outro lado, em toda a sua teoria da exclusão de prova, Bentham não se refere à questão da admissibilidade de prova ilegal,

56 Ver referência bibliográfica da nota 18, pp. 154-156.

57 Contempt of Court Act 1981.

58 Kenneth M. Ehrenberg, *Less Evidence, Better Knowledge*, McGill Law Journal, (2015) Vol. 60, N.º 2, p. 173-214.

mas a partir das suas preocupações com a relevância da prova, celeridade e custos processuais no âmbito da legitimidade de exclusão de prova, e das situações em que o Autor propugna pela exclusão da prova, pode deduzir-se que a prova ilegal não integra o âmbito permitido de exclusão ao abrigo da sua teoria. No entanto, com o advento e posterior evolução dos movimentos de protecção dos direitos humanos a partir do séc. XX, a exclusão de prova ilegal veio progressivamente a tornar-se uma regra probatória penal amplamente reconhecida pela generalidade dos ordenamentos jurídicos.

A despeito de a teoria da exclusão de prova de Bentham ter sido construída a partir do contexto judiciário inglês de séculos passados, e pese embora o facto de nem todas as suas conclusões terem sido acolhidas e adoptadas pelo legislador, com algumas das suas teses inclusivamente distanciadas do direito probatório contemporâneo, a verdade é que nada disso retira o valor da sua teoria da prova judicial. As suas reflexões em torno da problemática da exclusão de prova revelam um certo visionarismo se tivermos presente o momento temporal em que as mesmas foram formuladas, sendo isto também uma das razões pelas quais algumas das suas teses foram posteriormente acolhidas e adoptadas pelo legislador. Na sua argumentação, o Autor revela uma sabedoria de pensamento relativamente ao ser e ao dever-ser do direito probatório, sendo que os pensamentos jurídicos subjacentes mantêm ainda hoje um certo valor de inspiração para avaliarmos e reflectirmos sobre o actual regime da prova judicial:

Em primeiro lugar, a argumentação de Bentham sobre a exclusão de prova com base nos critérios da filosofia utilitarista veio proporcionar uma nova perspectiva para a avaliação e optimização das regras de exclusão de prova existentes e até de todo o regime jurídico-probatório em vigor – o de partir do resultado da acção, firmando como fim último a descoberta da verdade material do caso e a correcta decisão da causa. Tal como sucede noutros países de direito europeu-continental, no ordenamento jurídico do Interior da China não vigora nenhuma lei probatória avulsa, constando as regras probatórias essencialmente das leis do processo civil, penal e administrativo, e ainda das interpretações judiciais, de forma dispersa. Por influência do direito da ex-União Soviética, em todas as três leis processuais se adoptou o modelo legislativo da tipicidade dos meios de prova, dispondo, por exemplo, o art. 63.º da Lei do Processo Civil que “São meios de prova: 1) depoimento de parte; 2) prova documental; 3) prova material; 4) registos de gravação audiovisual; 5) registos electrónicos; 6) depoimento de testemunha; 7) parecer pericial; 8) auto de inspecção”. O impacto deste tipo de opção legislativa para a prática judiciária reside no facto de o tribunal ter de apreciar a licitude formal da prova, o mesmo é dizer que todo o material que não se integre em nenhuma das formas previstas na lei não poderá ser utilizado como prova no processo. Nos anos recentes, com o rápido desenvolvimento social e

das tecnologias informáticas, alguma doutrina tem vindo a questionar e criticar o modelo da tipicidade dos meios de prova⁵⁹. Sob um ponto de vista epistemológico, enquanto as realidades do mundo são ilimitadas, a capacidade cognitiva do ser humano é limitada a cada dado momento histórico por influência de factores subjectivos e objectivos, pelo que não é possível que o legislador elenque todos os meios de prova até à sua exaustão, quando, nas palavras de Bentham, tudo no mundo tem a virtualidade de constituir prova, sob a perspectiva de que entre as realidades existe uma interligação universal. Assim sendo, a tipicidade dos meios de prova circunscreve na verdade em grande medida o âmbito das provas admitidas em juízo, traduzindo-se na exclusão de muito material que potencialmente poderia assumir valor de prova. Sendo a prova a pedra angular da justiça, recorrendo ao entendimento de Bentham, excluir a prova, num sistema actual assente no princípio da prova, seria indubitavelmente afastar a justiça. Torna-se assim evidente a resposta à questão de saber se a futura legislação probatória deverá ou não manter o modelo da tipicidade dos meios de prova.

Em segundo lugar, a grande questão da exclusão de prova reside, a final, num jogo e equilíbrio de valores. Se bem que no seu discurso sobre as regras de exclusão tivesse tido puramente em vista a descoberta da verdade material, partindo do resultado da acção e firmando como fim último a descoberta da verdade material do caso e a correcta decisão da causa, a verdade é que em toda a sua argumentação sobressai um jogo e coordenação entre o fim imediato e o fim mediato da justiça. Não restam dúvidas de que o fim último da justiça a ser prosseguido pela lei e pelo regime probatório foi, é e continuará a ser a descoberta da verdade material e a correcção das decisões. No entanto, a atenção dada pelo Autor ao fim mediato da justiça, à religião e ao interesse público na sua argumentação mostra que, para além da descoberta da verdade material e da justiça material, as decisões em matéria de prova dependerão nalguns casos também da ponderação de outros valores sociais como a celeridade e justiça processuais, os direitos das pessoas e o interesse público. Exemplo e resultado desta harmonização e jogo de valores é a prerrogativa da dispensa de depoimento. Apesar de ter pensado neste ponto, Bentham, infelizmente, não fê-lo trespassar toda a sua teoria de exclusão de prova, a ponto de haver quem entendesse que o Autor omitiu eventuais valores sociais mais importantes que a descoberta da verdade no âmbito da questão da dispensa de depoimento, razão que levou a que algumas das suas teses nesta matéria tivessem sido posteriormente abandonadas pelo legislador. Como ficou dito, a maioria dos ordenamentos jurídicos consagram hoje em dia a prerrogativa da dispensa de depoimento. Na China,

59 Entre nós, o Prof. Chen Ruihua criticou o princípio da tipicidade dos meios de prova no processo penal, em “O conceito de prova e a tipicidade dos meios de prova”, *Journal of Law Application*, n.º 1 de 2012, pp. 24-30.

prevê-se expressamente na lei processual civil (art. 72.º) e penal (art. 60.º) que todo aquele que tenha conhecimento do caso tem o dever de depor como testemunha. Exceptuando o caso dos advogados na lei processual penal (art. 46.º), as regras sobre a prerrogativa da dispensa de depoimento são praticamente inexistentes no regime probatório em vigor. E a razão reside no facto de a lei ter sofrido influências do direito soviético ao tempo da sua elaboração pouco após o estabelecimento do Estado chinês – o primado da descoberta da verdade material constituía a orientação valorativa do regime probatório-processual. Atendendo ao seu contexto temporal, esta opção legislativa podia justificar-se em certa medida no século passado num contexto de economia planificada ou mesmo durante a transição do modelo sócio-económico, mas, após a abertura da China ao exterior, atento o desenvolvimento social, político, económico e cultural, a China conheceu grandes mudanças a nível da estrutura e forma de governação social. A governação segundo a lei e a construção de uma sociedade harmoniosa no contexto da globalização económica requerem que o sistema judiciário, mais do que a descoberta da verdade material, concilie também os interesses de outras pessoas e de outras relações sociais, sendo “reprovável colocar incondicionalmente a descoberta da verdade material acima dos interesses de pessoas alheias ao caso e de outras relações sociais”⁶⁰. O regime legal da prerrogativa da dispensa de depoimento carece de aperfeiçoamento para que se possa proteger certas relações sociais e interesses relevantes. Devemos salientar que, as diferenças de cultura, tradição, valores morais, crença e religião levará necessariamente a que a prerrogativa se manifeste de modo diverso função do contexto social e temporal em que se insere. Embora as críticas de Bentham nesta matéria não tivessem obtido reconhecimento pelo legislador, “o juiz está por lei adstrito a considerar globalmente o impacto negativo que a admissão de uma dada prova trará para outros valores processuais ou sociais – se o benefício que a admissão dessa prova traz para a justiça processual é menor do que o dano causado a outros valores, deve a prova ser excluída. Nisto consiste, precisamente, o cerne do pensamento jurídico-utilitarista de Bentham”⁶¹ e também a maior mensagem que a sua teoria da exclusão de prova nos veio fazer reflectir, designadamente quando chegar o momento para se aperfeiçoar o regime da prerrogativa da dispensa de depoimento do Interior da China.

60 Li Hao, “Os fins do direito probatório civil”, *Chinese Journal of Law*, n.º 5 de 2004, p. 110.

61 Ji Gefei, “Interpretando o pensamento probatório de Bentham na actualidade”, *Law and Social Development*, n.º 6 de 2010, p. 38.