

## Libre apreciação da prova é melhor do que dar veneno ao pintinho?



Depois de ver que aqui em Pindorama estão querendo, a fórceps, enfiar o

bayesianismo e o explanacionismo para “dentro” da teoria da prova ([ver aqui](#)), algumas questões devem ser postas aos leitores. Penso que teorias como bayesianismo e explanacionismo podem ser úteis em determinados aspectos da filosofia e áreas ligadas à economia e gestão. Trata-se da discussão de probabilidades, “calculadas” a partir da lógica, na busca de caminhos para uma (melhor) tomada de decisão. Bayesianismo, explanacionismo e outras teorias quetais podem ser úteis para análises econômicas envolvendo risco nas decisões. E há autores que trabalham com essas teorias na Análise Econômica do Direito (AED).

Mas, atenção: isso não quer dizer “decisão jurídica” e tampouco que se possa condenar alguém com base em cálculos de probabilidades. Usam análises para aferir eficiência de (e entre) fins e meios.

*O erro nas teorias desse tipo é o de pensar que o único critério de controle da ação seria o de analisar como que se “relacionam” fins (vazios) e meios (indeterminados) em busca de um resultado eficiente.* Como o Direito, mormente o Penal e Processual Penal, trata de direitos fundamentais à liberdade e integridade, parece-me que tais teorias não podem ser aplicadas aqui, sob pena de estarmos criando uma espécie contemporânea de ordálias ou “prova do demônio”: atirem o réu às probabilidades! *Direito e democracia não combinam com qualquer forma de teoria cética ou não cognitivista moral* (uso aqui o conceito de Arthur Ferreira Neto em seu livro *Metaética e a fundamentação do direito*). Teorias céticas constituem um problema, porque, nelas, há uma crença de que a verdade, com um mínimo grau de objetividade, não importa. Quer dizer: paradoxalmente, para essas teorias “*é verdade que não existe verdade*”. Com isso, o Direito — e a teoria prova — são transformados em uma [katchanga](#) (real ou não).

Queria ver, por exemplo, alguma sentença que usasse, efetivamente, a fórmula do Teorema de Bayes. A relação do bayesianismo com a AED é, para mim, absolutamente temerária. O próprio criador da AED (Ronald Coase) não o fez. Aproveito para dizer que: a) quem aposta na AED adere a um tipo de ceticismo externo ou interno (ver [aqui](#) o belo texto de Marcos Marrafon sobre isso); b) a AED foi uma



---

reação ao positivismo (formalismo), sendo uma versão 2.0 do realismo jurídico, cujo resultado pode ser visto no cotidiano do irracionalismo das decisões do judiciário brasileiro; c) AED? Você gosta? Então veja este exemplo, advindo de um dos corifeus da AED, R. Posner – que, aliás, custou uma enorme dor de cabeça, quando falou da venda de crianças. ([ver aqui](#)).

Aliás, defender a AED no Brasil é um grande e barulhento tiro no pé, porque, por ela, muitas operações da Justiça-MPF-PF podem ser severamente criticadas — mormente a operação *carne fraca*, assim como a divulgação das gravações do presidente Temer com Joesley (nesse dia, a bolsa perdeu 200 bilhões), porque mais causam prejuízo que felicidade (no sentido utilitarista — que, como se sabe, está por detrás da AED) — sem considerar os altos custos em diárias e logística das operações.

Bom, só para avisar, eu não sou adepto da AED. Logo, essas contradições não são problema meu nem são problemas que atrapalham minha análise. Ah: e também não sou contra a lava jato – sou contra os desmandos e autoritarismos que a operação institucionaliza.

Minha oposição a qualquer teoria ceticista (emotivista, não-cognitivista moral e/ou pragmaticista, todos parentes entre si) está assentada na CHD – Crítica Hermenêutica do Direito – tendo por suporte a ideia de que existem padrões objetivos que sustentam “o certo e o errado”. Meu *Dicionário de Hermenêutica* e o livro *Diálogos com Lenio Streck* mostram isso à saciedade. Direito sem teoria da decisão vira irracionalidade na veia. Estamos cheios de profetas sobre o passado. No Brasil existem até realistas (retrôs) que sustentam que precedentes são fonte primária de direito. Aceita-se, no atacado, que, primeiro se decide e, só depois, busca-se a fundamentação. Ou seja: atravessam a ponte, chegam do outro lado e depois voltam para construir...a ponte pela qual passaram. Aporias em cima de aporias. Processualismo...sem processo. Bingo.

O que quero dizer é que, para uma teoria da prova, *não se pode jogar com probabilidades, intuições, deduções e subjetivismos tipo “busco a verdade real”*. No fundo, isso dá tudo no mesmo, porque há um desprezo por critérios substantivos e uma ode à ficcionalização das respostas. Na verdade, teorias como essas querem dar respostas antes das perguntas. Fazem “deduções” porque constroem, artificialmente, as premissas.

### **Porque a “teoria do pintinho envenenado” é melhor!**

Para quem aposta em teses intuitivas, emotivistas, probabilísticas e quer trazer isto para a seara dos direitos e garantias de liberdade (processo penal), sugiro algo mais “seguro”, como o “Teorema do Pinto” (o apelido é dado por mim), “praticado” pela Tribo Azende, da África central. Sem intuicionismo e sem deduções, a tribo, para construir a prova e “buscar a verdade”, lança mão do que chamo de “fator benge”, que consiste em dar para um pintinho um veneno previamente preparado (há um ritual para isso) e, se o pinto morrer, o réu é considerado culpado. Se o pinto sobreviver, é absolvido<sup>[1]</sup>.



Pergunto: Qual é a diferença da “teoria do pintinho benge” e a inversão do ônus da prova que ainda é aplicado pelos tribunais da pátria? Qual é a diferença da teoria do pintinho e a tese bayesianista pela qual  $Pr(A)$  e  $Pr(B)$  são as probabilidades a priori de  $A$  e  $B$   $Pr(B/A)$ ? Ou que  $Pr(A/B)$  são as probabilidades a posteriori de  $B$  condicional a  $A$  e de  $A$  condicional a  $B$  respectivamente? Ou que o réu Tício deve ser condenado porque a hipótese fática  $H$  foi tomada como verdadeira por Caio porque é a que melhor explica a evidência  $E$ ? Ou que, pela AED, Tício... O leitor pode complementar.

Falemos sério. O Brasil tem um precário ensino jurídico. E práticas judiciais que não possuem racionalidade. Em São Paulo, um grupo estrangeiro comprou um conjunto de faculdades e despediu mais de duas centenas de professores, trocou o currículo e esticou o percentual de aulas em EAD (que não deixa de ser resultado de uma “análise econômica”, se me permitem a ironia). Como se o direito fosse mero instrumento. Ora, fala-se em bayesianismo e quejandos e, pelo país afora, nas salas de aula ainda se ensina que Kelsen é um positivista exegetico, que cumprir a letra da lei é uma atitude positivista, que princípios são valores, que o juiz deve decidir conforme sua consciência, etc. E o professor posta no Facebook a sua maior conquista — a de ver aprovado um artigo seu no Conpedi.

Erros e epistem(olog)ias *fakes* que se refletem na operacionalidade do direito nos fóruns e tribunais. Por que há tanta insegurança e falta de previsibilidade? Simples: Porque não há critérios. Porque não há preocupação com um mínimo grau de objetividade e respeito à coerência e à integridade do direito (aliás, isso é obrigação legal – artigo 926 do CPC). Porque sequer se cumpre a objetividade mínima do texto como ponto de partida limitador de um processo hermenêutico. Pergunto: O que são a livre apreciação da prova e o livre convencimento se não argumentos emotivistas (ou coisa desse gênero)? Por isso, envenenar o pinto pode ser mais eficiente. Um relógio parado também acerta hora duas vezes ao dia.

Deixemos o bayesianismo na (e para a) filosofia moral e a lógica. Quero no direito a preservação de garantias. *Quem tem de provar robustamente a culpa do réu é o Estado*. Isso não pode vir de presunções. E nem de probabilidades. E duvido alguém provar a existência de um fato a partir do Teorema de Bayes.

Além de tudo, determinadas teorias, analisadas no plano filosófico, constituem-se em um paradoxo: *se estiverem certas, estão erradas, isto é, se estiverem certas, a filosofia e seus dois mil anos não serviram para nada*. Matem os filósofos. Matem o cantor e chamem o garçom, diria Fausto Wolff.

Para encerrar, conto uma historinha bem ao gosto dos realistas retrôs brasileiros (que são, todos, não cognitivistas morais), com uma advertência – A anedota abaixo é uma carapuça – ponha-a quem quiser. Quem a conta é o professor Arthur Ferreira Neto:

“Um professor alemão, responsável pela disciplina *Nilismo*, que se enquadra em qualquer dos não cognitivismos acima, foi indagado por um aluno acerca do significado de um conceito complexo e um tanto obscuro que estaria ele apresentando em aula. Respondeu o professor: – *não sei a resposta agora; mas, não se preocupe, porque até amanhã inventarei uma*”.

Bingo! Bem assim se faz na cotidianidade das práticas jurídicas e nas salas de aula de Pindorama. Como diz a mãe de um amigo meu, nem tudo que parece, é. Mas se é, parece.



Para quem conseguiu chegar até aqui: Escrevi esta coluna para falar das mistificações que começam a ser feitas a partir do uso de teorias exóticas para dentro da teoria da prova no processo penal brasileiro. Já teve até decisão em que se disse que não havia prova, mas a doutrina que tratava do assunto autorizava a condenação (e citava Malatesta). Que se use teses sofisticadas como o bayesianismo onde se quiser. *Mas não na teoria da prova.* Por favor, não vamos conspurcar a já combatida teoria da prova. Temos 350 mil presos cautelarmente que *teriam melhor destino se, para os seus processos, fosse utilizada a teoria do pintinho envenenado...* A chance de cada réu seria maior. Ou estou exagerando?

Salvemos, pois, a professorinha, com seu toco de giz. Salvemos as teorias da verdade. Não desistamos da (busca da) verdade!

Post scriptum: lendo a sentença condenatória do ex-Presidente Lula prolatada pelo Juiz Sérgio Moro, deu-me a nítida impressão que o réu teria mais chance de ser absolvido se tivesse sido usado o "Teorema do Pintinho Envenenado", que faz sucesso na tribo Azende, da Africa Central.

**Date Created**

13/07/2017