

COLEÇÃO Raciocínio
Probatório

Coordenação:
VITOR DE PAULA RAMOS

STANDARDS PROBATÓRIOS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

RAVI PEIXOTO

2ª edição
Revista
e atualizada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

STANDARDS PROBATÓRIOS NO DIREITO COMPARADO

3.1. INTRODUÇÃO

Nos capítulos anteriores, houve a delimitação do conceito, funções e objetivos dos *standards* probatórios. Neste capítulo, o propósito é o estudo da experiência estrangeira na utilização dos *standards* probatórios nos países do *common law*, de onde se originou o estudo do tema, e em alguns países do *civil law*, que importaram o conceito e o adaptaram às suas realidades.

Foram pesquisadas as duas tradições jurídicas ocidentais, que são o *common law* e o *civil law*.

No *common law*, serão estudados os Estados Unidos da América e a Inglaterra pelo fato de serem os primeiros a se preocuparem com o tema dos *standards* probatórios, sendo possível verificar a evolução e a atual situação jurisprudencial sobre o tema – bem como os desafios enfrentados à utilização desses conceitos. No contexto dos EUA, é feita referência ao Estado da Louisiana, que, embora inserido em um país da tradição do *common law*, adota um sistema de *civil law*.

No caso dos países do *civil law*, foram escolhidos a Itália, Chile, Colômbia e Espanha. Essa escolha ocorreu pela proximidade com o direito brasileiro e, no caso da Itália, Chile e Colômbia, da expressa inserção legislativa do *standard* probatório, no direito penal, e a Espanha, na qual, embora inexistam um *standard* probatório previsto na legislação, é perceptível a preocupação do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo com o tema. É possível, assim, a compreensão das alterações ocorridas nos referidos ordenamentos jurídicos com a inserção de um instituto de origem estrangeira.

O objetivo da análise comparativa é o de compreender como esse instituto vem sendo analisado em países com ordenamentos jurídicos tão diversos, mas que vem se utilizando dos *standards* para uma melhor definição sobre a suficiência probatória. A comparação com o direito brasileiro ocorrerá nos capítulos quatro e cinco, afinal, tendo em vista a pouca experiência brasileira, bem como a maior evolução doutrinária daqueles países em relação ao tema, a experiência estrangeira é imprescindível para uma melhor compreensão

do funcionamento dos *standards* probatórios, bem como os requisitos para a sua adaptação ao direito brasileiro.

3.2. STANDARDS PROBATÓRIOS NO COMMON LAW

A preocupação com os *standards* probatórios foi iniciada no *common law* e, antes de passar à análise de sua utilização tanto nos EUA, como na Inglaterra, afigura-se importante a realização de alguns esclarecimentos quanto ao direito probatório nesses países.

A regulação das provas, no geral, é mais desorganizada, com um baixo grau de ordenação e comparação com os países do *civil law*, em que a legislação auxiliar no esquema organizacional das regras probatórias. Isso ocorre porque o direito probatório no *common law* foi desenvolvido primordialmente pela jurisprudência, não se podendo ignorar a eficácia vinculante dos precedentes nos países daquela tradição.¹

Outro ponto relevante é a predominância da atuação do júri na avaliação dos fatos,² muito embora este venha deixando de ser utilizado em diversas hipóteses, em especial na Inglaterra,³ o que faz com que o direito probatório tenha sido pensado a partir do procedimento do júri.⁴ Portanto, há uma considerável separação entre a função do juiz profissional e do jurado: o primeiro realiza o controle da admissibilidade das provas, de forma a evitar a contaminação da decisão dos jurados, a qual não é fundamentada⁵, mas,

- 1 DAMAŠKA, Mirjan R. *El derecho probatorio a la deriva*. Trad. de Joan Picó i Junoy. Madri: Marcial Pons, 2015, p. 26-28.
- 2 Nos EUA, há o direito a ser julgado pelo júri, garantido pela sexta emenda à Constituição, mas que pode ser renunciado pelo acusado.
- 3 Consoante relata a doutrina, o direito a ser julgado pelo júri, apesar de ser contemplado pela Carta Magna Inglesa e no *Bill of Rights* de 1689, vem sendo limitado pela legislação processual moderna, tendo sido suprimido do processo civil e limitado a setores específicos do processo penal, a exemplo da seção 43, do *Criminal Justice Act* de 2003. Com menção aos tipos de delitos e aos casos em que o júri atua: SANTOS, Tomás J. Aliste. *Sistema de common law*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 240-241. Apesar dessa alteração no direito processual inglês, não é possível verificar nenhuma indicação de alteração significativa em relação ao tratamento do direito probatório, no que se refere especificamente ao *standards* probatórios.
- 4 DAMAŠKA, Mirjan R. *El derecho probatorio a la deriva...* cit., p. 130-132; DAMAŠKA, Mirjan R. *Evaluation of evidence: pre-modern and modern approaches*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 128.
- 5 A título exemplificativo, tem-se a vedação à utilização da *hearsay witness*, que seria a proibição da testemunha que apenas ouviu falar do fato, mas não o presenciou.

ainda assim, atua apenas como uma espécie de árbitro, sem participar da valoração das provas.⁶ Assim, as diversas regras que excluem a admissibilidade das provas nos países do *common law* objetivam garantir uma melhor análise dos fatos, evitando a utilização de provas pouco confiáveis,⁷ mas também de conceder maior eficiência ao julgamento, organizando melhor as discussões dos jurados.⁸

Por fim, como as decisões dos jurados independem de qualquer motivação, tem-se um considerável incentivo para o desenvolvimento dos *standards* probatórios nesses países. Afinal, uma vez que, ao contrário dos países do *civil law*, em que a teoria da prova é focada na motivação dos juízes, trata-se de elemento inacessível no *common law*. Assim, a única forma de existir algum controle do mérito da análise dos fatos é por meio das instruções feitas ao júri com base nos *standards*, para que eles compreendam os requisitos para a comprovação das questões fáticas durante o julgamento do caso.

3.2.1. *Standards* probatórios nos Estados Unidos da América

Nos EUA, são utilizados, em linhas gerais, três diferentes *standards* probatórios: a) o *standard* da *preponderance of evidence* (preponderância da evidência), para a litigância civil, mas também em outras situações; b) um *standard* intermediário ou mesmo um agrupamento de *standards* sobre um mesmo rótulo, denominado de *clear and convincing evidence* (prova clara e convincente), atuando como uma espécie de *standard* probatório intermediário; e c) o *standard proof beyond a reasonable doubt* (prova acima de dúvida razoável), exigido para a sentença condenatória penal.

Uma observação prévia concerne a uma particularidade dos EUA, pois, embora geralmente classificado como um país que adota o *common law*, possui considerável diferenciação em relação ao funcionamento do direito em cada Estado. Especificamente, o Estado da Louisiana adota o sistema de

6 Há, no entanto, a possibilidade excepcional e de rara utilização, ao menos no direito norte-americano do *hung jury*, em que o juiz determina a repetição do processo quando o veredito seja abertamente contrário às provas (SANTOS, Tomás J. Aliste. *Sistema de common law...* cit., p. 253).

7 Não se ignora aqui que no Brasil também existem um sem número de regras relativas à admissão das provas, a exemplo da limitação de certas pessoas a testemunhar, a utilização da teoria da prova ilícita por derivação, entre outros exemplos, mesmo que, a princípio, a teoria do direito probatório tenha se desenvolvido em volta do juiz profissional e não do juiz leigo.

8 DAMAŠKA, Mirjan R. *El derecho probatorio a la deriva...* cit., p. 54.

civil law,⁹ mas, mesmo assim, provavelmente devido à influência da tradição jurídica do restante do país, acolhe expressamente o *standard* que exige prova acima de toda dúvida razoável no art. 804 do Código de Processo Penal¹⁰ e também o da preponderância da evidência e da prova clara e convincente, consoante reconhece a Suprema Corte da Louisiana.¹¹

Existem grandes polêmicas sobre a forma de apresentação e conceituação de cada um dos *standards* de prova. Desde a própria forma de sua apresentação, partindo de probabilidades numéricas ou de graus de corroboração lógico-indutivas, até a própria adequação dos *standards* indicados.

-
- 9 SANTOS, Tomás J. Aliste. *Sistema de common law*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 51. Sobre o tema, embora destacando que se trata de um sistema de *civil law* com forte influência do *common law*, tendo em vista a forte influência da metodologia do *common law* norte-americano: CARBONNEAU, Thomas E. The survival of civil law in North America: the case of Louisiana. *Law Library Journal*, v. 84, 1992.
- 10 Art. 802. General charge; scope. The court shall charge the jury: (1) As to the law applicable to the case; (2) That the jury is the judge of the law and of the facts on the question of guilt or innocence, but that it has the duty to accept and to apply the law as given by the court; and (3) That the jury alone shall determine the weight and credibility of the evidence. Art. 804. Same; charge as to presumption of innocence, reasonable doubt, and several grades of offense A. In all cases the court shall charge the jury that: (1) A person accused of crime is presumed by law to be innocent until each element of the crime, necessary to constitute his guilt, is proven beyond a reasonable doubt; (2) It is the duty of the jury, in considering the evidence and in applying to that evidence the law as given by the court, to give the defendant the benefit of every reasonable doubt arising out of the evidence or out of the lack of evidence in the case; and (3) It is the duty of the jury if not convinced of the guilt of a defendant beyond a reasonable doubt, to find him not guilty. The court may, but is not required to, define “the presumption of innocence” or “reasonable doubt” or give any other or further charge upon the same than that contained in this article. B. When there are several grades of an offense contained in a single count, the court shall charge the jury as to each grade of which the defendant could be found guilty. The court shall in that case also charge the jury that if it has a reasonable doubt as to any or all grades of the offense charged it shall find the defendant not guilty of that grade, or all grades of the offense, as the case may be.
- 11 Em um caso específico afirmou-se expressamente que: “In criminal cases the rules of evidence in this state are statutory, while in civil cases they are not restricted generally by statutory law, the measure of proof in any particular case depending principally upon its nature. For example, in cases involving ordinary money judgments, only a fair preponderance of the evidence is required to establish the claim, while our courts universally require more than a fair preponderance of the evidence in cases where fraud is involved” (Suprema Corte da Louisiana, 5 de Agosto, 1942, 9 So. 2d 662 (La. 1942)). Nessa mesma decisão há referência à utilização do *standard* de prova clara e convincente para a comprovação da acusação de má conduta grave.

Antes de partir para uma apresentação de cada um dos *standards*, cum-pre relatar como a Suprema Corte norte-americana aborda o tema. De acordo com a Corte, o *standard* probatório consiste em conceito inserido na cláusula do devido processo legal e que, no direito probatório, serve para instruir o julgador acerca do grau de confiança que a sociedade acredita que ele deve ter na correção das conclusões fáticas para cada tipo de julgamento.¹² Além disso, também tem por função a alocação do risco de erro entre os litigantes¹³ e para indicar o grau de importância das decisões, de forma a pressionar o julgador acerca da relevância dos interesses envolvidos.¹⁴

Nos EUA, em geral, a decisão sobre o *standard* de prova a ser adotado para as diferentes situações de direito material é tradicionalmente deixada para o Poder Judiciário¹⁵, no entanto, verifica-se que ocasionalmente alguns Estados legislam sobre o tema, como será devidamente mencionado, eis que constam diversas decisões da Suprema Corte norte-americana revisando esses textos normativos.

3.2.1.1. Beyond any reasonable doubt: o *standard* probatório para a sentença penal condenatória

O *standard* exigido para a sentença condenatória penal é o mais estudado e aquele sobre o qual há maior preocupação doutrinária, tendo a sua aplicação jurisprudencial sofrido inúmeras variações ao longo do tempo.

A origem desse *standard* possui uma conotação histórica bastante curiosa. Na atualidade, embora tenha assumido uma conotação de proteção do acusado, mediante a exigência de uma suficiência probatória mais alta para a condenação penal em relação aos *standards* probatórios exigidos em outros ramos do direito, as raízes históricas do seu desenvolvimento apontam para uma origem diversa.

Trata-se de um instituto que possui raízes teológicas, tendo sido desenvolvido como uma forma de proteger as almas dos jurados e não para proteger os acusados. Na tradição cristã, uma pessoa que era detentora de dúvidas acerca da culpabilidade de um acusado e condenava um inocente havia praticado um pecado mortal, condenando, assim, a sua alma. Por

12 In re Winship, 397 U.S. 358 (1970); Addington v. Texas, 441 U.S. (1979).

13 In re Winship, 397 U.S. 358 (1970). Para um maior aprofundamento sobre a distribuição dos riscos, remete-se o leitor para o capítulo 2.

14 Addington v. Texas, 441 U.S. (1979).

15 Woodby v. Immigration Service, 385 U.S. (1966).

conta disso, a taxa de condenação era muito baixa, tendo sido desenvolvido o raciocínio de que as suas almas estariam a salvo, desde que as suas dúvidas estivessem dentro da razoabilidade.¹⁶

A busca pelo primeiro caso no qual ocorreu a utilização desse *standard* é praticamente inviável, embora se reconheça que já estava presente nos julgamentos desde a parte final do século XVIII.¹⁷

A primeira menção a que se tem registro deste *standard* ocorreu em 1770, durante o Julgamento dos Massacres de Boston, muito embora não haja qualquer indicação de que esta tenha sido uma proposta inovadora. De acordo com os registros históricos, tanto a acusação quanto a defesa enfatizaram que os acusados estavam sendo julgados de acordo com a doutrina tradicional e ambos fizeram menção ao *standard acima de qualquer dúvida razoável*.¹⁸ No entanto foi apenas por volta de 1878 que o requerimento de um mais alto grau de corroboração veio a ser cristalizado na fórmula *beyond a reasonable doubt*.¹⁹

Em 1970, no caso *In re Winship*,²⁰ a Suprema Corte Americana analisou qual seria o *standard* aplicável para que um menor fosse condenado por um ato que, se cometido por um adulto, constituiria um crime. Nas razões do acórdão, foi concedido nível constitucional para o *standard acima de qualquer dúvida razoável*, inclusive afirmando-se que esse status já teria sido reconhecido em diversos julgados desde 1881. Afirmou-se que esse *standard* seria essencial para a redução do risco de condenações baseadas em falsos positivos, concretizando, assim, o princípio da presunção de inocência. Nesse mesmo julgamento, afirmou-se que ele seria exigido em relação a todos os fatos necessários para que ação ou omissão do acusado constituam um tipo penal.

16 WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*. Londres: Yale University Press, 2008.

17 WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial...* cit., p. 193; SHAPIRO, Barbara. *Beyond reasonable doubt and probable cause: historical perspectives on the Anglo-American Law of evidence*. Berkeley: University of California Press, 1991, p. 22.

18 SHAPIRO, Barbara. *Beyond reasonable doubt and probable cause: historical perspectives on the Anglo-American Law of evidence...* cit., p. 22.

19 MACCORMICK, Charles Tilford. *MacCormick on evidence*. 3ª ed. Revisor geral Edward W. Clearly. St. Paul: West Publishing, 1984, p. 962; HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed). *Estandáres de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 69, nota n. 19.

20 *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

Mesmo após a sua consolidação como *standard* exigido para a prolação da sentença condenatória penal, a forma de explicar o seu conteúdo ao júri é bastante variável nos EUA, sendo possível verificar que, a despeito de ser um conceito arraigado na tradição do direito daquele país, ainda não alcançou uma definição acerca do seu conteúdo.

Larry Laudan fez um interessante apanhado de vários conceitos utilizados pelos tribunais norte-americanos, realizando uma interessante crítica a cada um deles.

Uma primeira definição consiste em definir prova *acima de toda dúvida razoável* como “a segurança na crença que consideramos apropriadas para a tomada de decisões importantes na vida ordinária”. A principal crítica relativa a esse *standard* está relacionada com o fato de que, na vida ordinária, em muitos momentos, as pessoas atuam *a despeito da existência de uma dúvida razoável*. Assim, a comparação não seria adequada, eis que, se fosse exigida convicção para além de toda dúvida razoável para que uma pessoa viesse a praticar um determinado ato, a vida ordinária acabaria paralisada.²¹

Outro conceito de prova *acima de toda dúvida razoável* é a de que ela seria o “tipo de dúvida que faria uma pessoa prudente vacilar em atuar de determinada forma em suas atuações pessoais relevantes”. Para além da crítica já mencionada no exemplo anterior, Laudan acrescenta o fato de que o ser humano, muitas vezes, mesmo na ausência de dúvidas razoáveis, deixa de tomar certas decisões por outros motivos. A título exemplificativo, menciona o caso da esposa que é maltratada rotineiramente pelo marido, mas, ainda assim, não se separa, sendo hipótese na qual não haveria qualquer dúvida de que a situação atual é contrária aos seus melhores interesses.²²

Um terceiro conceito de prova *acima de toda dúvida razoável* é afirmar que ela é uma convicção estável na culpabilidade do acusado”. A interpretação do que seria uma “convicção estável” é compreendida como uma crença que é sustentada “firmemente e sem dúvidas”. O grande problema dessa definição é o apelo ao simples estado subjetivo dos jurados, pois uma convicção firme não tem, necessariamente, qualquer conexão com as provas disponíveis. Isso faria com que fosse possível a condenação penal com base em crenças irracionais, como o simples fato de o acusado ter uma tatuagem ou “cara de bandido”.²³

21 LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 68-70.

22 LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*... cit., p. 70-71.

23 Idem, *ibidem*, p. 71-74.

Um quarto conceito consiste em afirmar que a dúvida razoável é aquela dúvida para a qual é possível oferecer alguma razão. Muito embora essa seja a visão preferida de Laudan, especialmente nos casos em que ela vem acompanhada da exigência de que essa dúvida seja fundamentada nas provas disponíveis, existem diversas decisões das Cortes Estaduais rejeitando essa forma de definição. Dentre os motivos, tem-se afirmações de que: i) em alguns casos não se define que razões são essas; ii) o jurado pode ter uma dúvida razoável, mas que não seja capaz de formulá-la; iii) o jurado não seria obrigado a ter uma razão para inocentar o réu, eis que isso seria comparável a exigir que o réu apresente uma defesa, o que seria incompatível com processo penal, no qual os encargos probatórios pertencem apenas ao acusador; e iv) a exigência de razões poderia intimidar os jurados sugerindo que eles possam a ser chamados a explicar suas dúvidas.²⁴

Um último conceito é o de que a prova acima de toda dúvida razoável seria uma crença altamente provável, relacionando-a a probabilidades numéricas, no sentido de haver uma probabilidade entre 90 e 95% de que o acusado seja culpado. Esta é uma posição que tem forte popularidade entre a doutrina e os cidadãos, mas não é muito utilizada pelo Poder Judiciário, que rechaça a definição dos *standards* probatórios por meio de probabilidades numéricas.²⁵

Essa probabilidade é muitas vezes utilizada pela doutrina a partir de uma passagem clássica dos comentários de William Blackstone, na qual defende o autor que o direito afirma que é melhor que dez homens culpados sejam inocentados do que um inocente venha a ser condenado indevidamente.²⁶

A doutrina costuma utilizar essa afirmativa para analisar, do ponto de vista utilitário, como deve ser fixado o *standard* probatório. Michael L. Dekay aponta diversos autores, bem como a própria Suprema Corte norte-americana, que se utilizam do raciocínio desenvolvido por Blackstone

24 Idem, *ibidem*, p. 74-77.

25 Idem, *ibidem*, p. 68-83.

26 Trata-se de passagem no qual o autor faz diversas considerações sobre o direito probatório e afirma que “all presumptive evidence of felony should be admitted cautiously, for the law holds that it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer”. (BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England in Four Books*. Notes selected from the editions of Archibold, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field’s Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893, vol. 2, disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/blackstone-commentaries-on-the-laws-of-england-in-four-books-vol-2/simple>, acessado em 29 de maio de 2019, p. 359).

para analisar o *standard* penal.²⁷ Para além da crítica à utilização de números para expressar os *standards*, o próprio raciocínio base é problemático. Blackstone não aprofunda a sua afirmativa, sendo improvável que ele tenha feito reflexões detidas sobre os custos relativos das condenações falsas nos processos criminais e, além disso, seria bastante duvidoso que esse cálculo fosse preciso na atualidade,²⁸ ou mesmo que, em algum momento, fosse possível comprovar moralmente essa proporção específica.²⁹

Em face da evidente dispersão de entendimentos, alguns tribunais estaduais e federais têm chegado ao “ato supremo de desespero” de recusar a possibilidade de explicação, pelos magistrados, do que significaria a *prova acima de qualquer dúvida razoável*. Em Oklahoma, por exemplo, a mera explicação desse *standard* para os jurados já seria um fundamento para a revogação da condenação. O argumento mais utilizado para justificar este posicionamento advém da afirmação de que o *standard* acima de qualquer dúvida razoável seria auto evidente ou auto definível e por isso não necessitaria de maiores comentários a seu respeito.³⁰⁻³¹

-
- 27 DEKAY, Michael L. The difference between Blackstone-like error ratios and probabilistic standard of proof. *Law & Social Inquiry*, v. 21, n. 1, 1996, p. 96. Semelhante constatação é vista em: VOLOKH, Alexander. *N guilty men*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 146, n. 2, 1997, p. 174,179.
- 28 PICINALI, Federico. Can the reasonable doubt standard be justified? A reconstructed dialogue. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. XXXI, n. 2, ago.-2018, p. 369.
- 29 HAAG, Ernest Van Den; REIMAN, Jeffrey. On the common saying that it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer: *pro* and *con*. *Social and Philosophy & Policy*, n. 2, 1990, p. 227.
- 30 LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal...* cit., p. 83-86. A essa ausência de definição pelos tribunais, inclusive sugerida pela doutrina, também é referida por outro norte-americano: CLERMON, Kevin M. *Standards of decision in Law*. Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2013, p. 27. Ver, em crítica à ideia de que este seria um conceito auto evidente: PICINALI, Federico. Is “proof beyond a reasonable doubt” a self-evident concept? Considering the US and the Italian legal cultures towards the understanding of the standard of persuasion in criminal cases. *Sistema Penal & Violência*, v. 2, n. 1, 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7473>. Acessado em dia 15 de junho de 2019.
- 31 Esse é também o entendimento da Corte Superior da Austrália, segundo a qual, não há necessidade de explicação dos *standards* porque seria um conceito bem compreendido pelos jurados e de uso corriqueiro. Fazendo menção ao julgado: ESSEX, Ryan; GOODMAN-DELAHUNTY, Jane. Judicial directions and the criminal standard of proof: improving juror comprehension. *Journal of Judicial Administration*, v. 24, n. 2, dez.-2014, p. 76.

A Suprema Corte norte-americana também não tem auxiliado nessa empreitada. Afinal, já afirmou que, embora o *standard acima de qualquer dúvida razoável* seja um elemento essencial do devido processo legal, a Constituição não proíbe e nem exige que as Cortes definam o seu conceito, bastando que façam menção ao *standard* em si.³² Por outro lado, estudos empíricos apontam para algo que, aparentemente, é óbvio: o conceito do *standard* que exige *prova além de toda dúvida razoável* não é auto evidente para o júri e que a falta dessa definição acaba por dificultar os julgamentos, tendo em vista a incerteza quanto ao grau de prova exigido.³³

Do ponto de vista da doutrina, a questão também é bastante diversificada, eis que, como visto no capítulo anterior, um primeiro dilema quanto ao desenvolvimento de um conceito de *prova acima de toda dúvida razoável* está relacionado com a concepção adotada acerca do direito probatório. Enquanto alguns preferem a utilização do teorema de Bayes, outros utilizam-se de probabilidades baconianas, o que acaba alterando significativamente a conceituação dos *standards*.³⁴

Destaca-se a grande dispersão de entendimentos acerca do tema, o que acaba implicando muitas incertezas em sua utilização. De toda forma, o significado central do de *prova acima de toda dúvida razoável* é a exigência de um grau de confirmação particularmente elevado da culpabilidade do acusado, tendo o objetivo de diminuir os riscos de um falso positivo. A ve-

32 Victor v. Nebraska, 511 U.S. (1994).

33 KERR, Norbert; ATKIN, Robert S.; STASSER, Garold; MEEK, David; HOLT, Robert W.; DAVIS, James H. Guilt beyond reasonable doubt: effects of concept definition and assigned decision rule on the judgments of mock jurors. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 34, n. 2, 1976, p. 292; PICINALI, Federico. The threshold lies in the method: Instructing jurors about reasoning beyond reasonable doubt. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 19, n. 3, 2015, p. 139-140.

34 Na verdade, a polêmica alcança temas bem mais complexos do que a simples definição do *standard* penal. Isso porque há diferentes formas de reconstrução da justificativa desse *standard*, bem como autores que defendem até a diminuição desse *standard*, por ser considerado muito exigente. Ocorre que tal aprofundamento acabaria por fugir aos propósitos desse capítulo, que objetiva fornecer apenas um panorama geral do tema, de forma a servir de inspiração para a construção brasileira, fazendo com que o foco seja mais nos conceitos já estabelecidos do que nas propostas de revisão. Um interessante panorama das discussões doutrinárias mais complexas pode ser visto no seguinte texto: PICINALI, Federico. Can the reasonable doubt standard be justified? A reconstructed dialogue... cit.

rificação da obtenção do *standard* deve ser relacionada a cada um dos fatos principais, inclusive de eventuais fatos agravantes.³⁵

Ele é aplicável tão somente aos casos penais, mais especificamente à sentença condenatória. Se o mesmo fato for discutido no cível – em que as sanções penais não podem ser aplicadas –, a exigência probatória é menor, pois as consequências da decisão não são geralmente sérias como as que ocorrem no direito penal. Essa diferenciação pode ser observada na prática por meio do conhecido exemplo do ex-jogador de futebol americano OJ Simpson que, em relação ao mesmo fato (assassinato de sua ex-esposa e um suposto namorado), foi inocentado no júri penal, mas condenado no júri cível.³⁶ No entanto, há certa discussão acerca do *standard* aplicável ao processo civil, quando a discussão envolve fatos que são também tipos penais, variando entre a *preponderância da evidência* e a *prova clara e convincente*.³⁷

3.2.1.1.1. *Standard* da defesa “afirmativa”

Em algumas situações, o réu, para além de produzir contraprovas à versão narrada pela acusação, se utiliza de defesas “afirmativas”. Elas consistem em defesa que ultrapassa a simples negação, levantando novas questões que, caso acolhidas, levam a uma decisão de não culpabilidade ou à sua redução.³⁸ No entanto, não parece haver uma definição precisa do que efetivamente seria o conceito de defesa afirmativa,³⁹ sendo possível também destacar que as possíveis defesas consideradas como afirmativas

35 INGRAM, Jefferson L. *Criminal evidence*. 10ª ed. Ohio: Anderson Publishing, 2009, p. 53, 61. Larry Laudan afirma que nos estados do Alaska, Delaware, Illinois, Louisiana, Maryland, Ohio, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, Texas e West Virginia possuem essa exigência (LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal...* cit., p. 166).

36 Sobre o crime e o seu julgamento, cf.: TOOBIN, Jeffrey. *American Crime Story: o povo contra O. J. Simpson*. Tradução de Lucas Magdiel. São Paulo: DarkSide, 2016.

37 MACCORMICK, Charles Tilford. *McCormick on evidence...* cit., p. 964.

38 HALL, Daniel E. *Criminal law and procedure*. 6ª ed. Nova Iorque: Delmar Cengage, 2012, p. 248.

39 Em outra obra, por exemplo, a defesa afirmativa é simplesmente definida como “A defense, such as insanity or entrapment, in which the defendant bears the burden of persuasion to prove the existence of all elements of the defense” (FERDICO, John N.; FRADELLA, Henry F.; TOTTEN, Christopher. *Criminal procedure for the criminal justice professional*. 10ª ed. Nova Iorque: Delmar Cengage, 2009, p. 795). Em outro manual a questão é posta da mesma forma, apenas tratando das discussões sobre o ônus da prova: INGRAM, Jefferson L. *Criminal evidence...*, p. 63.

variam a depender do Estado, trazendo Larry Laudan um apanhado de exemplos reconhecidos como tais, a exemplo da legítima defesa, insanidade, consentimento, erro de fato, intoxicação involuntária, imunidade legal, culpa de terceiro, dentre outras.⁴⁰

Em tais situações, a regulação do tema varia a depender do Estado. Em pelo menos onze Estados, afirma-se que o ônus da prova pertence ao réu e não à acusação.⁴¹ Em outros Estados, se o acusado fornecer indícios da existência da defesa afirmativa, incumbe à acusação o encargo probatório *acima de qualquer dúvida razoável* de que a afirmativa do réu está incorreta.⁴² Ocorre que, quando há algum encargo probatório imposto ao acusado, utiliza-se o *standard* cível, da *preponderância da evidência*⁴³ e não o *standard* de *prova acima de toda dúvida razoável*. A Suprema Corte norte-americana já afirmou a impossibilidade de utilização do *standard* da *prova clara e convincente* para a alegação de insanidade mental.⁴⁴

3.2.1.2. Preponderance of evidence: o *standard* probatório dos casos cíveis

A utilização deste *standard* probatório foi iniciada por volta do final do século XVIII, como uma forma de contraste ao *standard* penal. No entanto,

40 LAUDAN, Larry. *Legal epistemology: the anomaly of affirmative defenses*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1183363, acessado em 31 de março de 2020, p. 3.

41 INGRAM, Jefferson L. *Criminal evidence...*, p. 48.

42 INGRAM, Jefferson L. *Criminal evidence...* cit., p. 63; LAUDAN, Larry. *Legal epistemology: the anomaly of affirmative defenses...* cit., p. 4.

43 Com referência a diversas decisões nesse sentido: INGRAM, Jefferson L. *Criminal evidence...* cit., p. 50. De acordo com Laudan, essa é a posição em pelo menos doze estados (LAUDAN, Larry. *Legal epistemology: the anomaly of affirmative defenses...* cit., p. 4). Essa é também a posição da Suprema Corte: Dixon v. United States, 548 U.S. (2006).

44 A questão foi analisada do ponto de vista da alocação de riscos, concluindo a Corte que “Enquanto importantes interesses estatais estão em jogo, nesses casos, o direito fundamental de ser julgado apenas se tiver condições para tanto ultrapassa o interesse estatal acerca do funcionamento eficiente do sistema de justiça criminal (Tradução livre de “While important state interests are unquestionably at stake, in these latter cases the defendant’s fundamental right to be tried only while competent outweighs the State’s interest in the efficient operation of its criminal justice system”), não havendo justificativa para a imposição de um *standard* tão exigente. (Cooper v. Oklahoma, 517 U.S. (1996). Especificamente sobre esse julgamento, cf.: MEYERS, Alaya B. Rejecting the clear and convincing evidence standard for proof of incompetence. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 87, n. 3, 1997.

apenas começou a funcionar como uma orientação para o julgamento do júri de forma expressa pelos juízes na metade do século XIX.⁴⁵

O *standard* aplicável à litigância civil (*preponderance of evidence*) é geralmente compreendido como *preponderância da evidência*. Para aqueles que adotam o bayesianismo, há uma tentativa de expressar este *standard* por meio da afirmativa de que a probabilidade a ser alcançada é maior do que 50%. Há outra parcela da doutrina que prefere fazer menção aos graus de corroboração sem fazer a utilização de probabilidades numéricas.⁴⁶

Independentemente da forma de enunciação do *standard*, é evidente que a análise ocorre em face da *qualidade* dos elementos probatórios e não por uma análise quantitativa. O importante não é a quantidade de provas, mas a qualidade do suporte probatório em relação à hipótese fática construída pela parte.⁴⁷

Do ponto de vista dos casos concretos, a doutrina identifica quatro modelos de apresentação deste *standard* para o júri (os três primeiros são usados pelos EUA e o último pela Inglaterra e Canadá).

Eles são apresentados da seguinte maneira: a) *greater weight of the evidence*, em que o juiz apenas afirma aos jurados que o *standard* aplicável é o *preponderance of evidence* sem maiores detalhes. Nessa formulação, o *standard* é apresentado por meio de analogias, tais como, se houvesse uma balança com as evidências trazidas por ambas as partes, para o julgamento ser favorável, a balança deve pender favoravelmente para a parte autora. Um dos problemas desta primeira forma de apresentação é o de que, o fato de uma balança pender para um dos lados, não significa que ela teria alcançado um grau de corroboração adequado para ser considerada como provada; b) *more likely than not*, usado especialmente na Califórnia, em que o juiz afirma que as provas trazidas pela parte autora devem ser capazes de persuadir o jurado de que a sua hipótese fática é mais provável de ser verdadeira do que não; c) *actual belief*, que, embora esteja atualmente em desuso, significa que o jurado deve acreditar nas evidências trazidas pela parte para considerá-las

45 LEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof. *Florida Law Review*, v. 65, 2015, p. 1570.

46 A divisão doutrinária sobre o tema foi devidamente analisada no capítulo 2, para onde se remete o leitor.

47 BROOK, James. Inevitable errors: the preponderance of the evidence standard in civil litigation. *Tulsa Law Journal*, v. 18, n. 1, 1982, p. 81; REDWYANE, Mike. Standard of proof in civil litigation. *The Modern Law Review*, v. 62, 1999, p. 168; MACCORMICK, Charles Tilford. *McCormick on evidence...* cit., p. 957.

como provadas; e d) *balance of probabilities*, em que o autor deve ser capaz de provar aos jurados que a sua versão dos fatos tem mais probabilidade de ser verdadeira do que não.⁴⁸

A base por trás desse *standard* é a de equivalência dos custos dos erros, pressupondo que ambas as partes estão em situação equivalente, não existindo valores que protejam nem o autor e nem o réu, que mereçam uma valoração diferente pelo direito. Há, então, a consideração, pelo ordenamento jurídico, de que as partes estão em situação de igualdade, e que seria injusto impor encargos probatórios maiores para qualquer um dos lados da demanda.⁴⁹ Afinal, basta que um deles desequilibre a “balança” probatória de forma a ser favorável à sua hipótese probatória para que seja vencedor. A noção básica é que um erro em favor do autor não é mais ou menos grave do que um erro em favor do réu, ou que um dólar erroneamente pago pelo réu (falso positivo) é tão custoso para a sociedade quanto um dólar erroneamente não pago pelo réu (falso negativo).⁵⁰

A Suprema Corte norte-americana costuma fazer referência ao fato de que este deve ser o *standard* adotado para os casos em que haja apenas uma disputa monetária, no qual a sociedade tenha apenas um mínimo de preocupação com o resultado, gerando uma situação de igualdade entre os litigantes, que devem dividir o risco de erro na decisão sobre os fatos.⁵¹

A verdadeira questão é a de se a evidência tem valor probatório suficiente para criar, na mente do julgador dos fatos, uma crença de que mais é provável, do que não, a veracidade da hipótese fática construída pela parte.⁵² A preponderância mencionada neste *standard* não deve ser entendida apenas como a exigência de que uma hipótese fática seja apenas mais provável do que a desenvolvida pela parte contrária.

48 LEUBSDORE, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof... cit., p. 1571-1576.

49 BROOK, James. Inevitable errors: the preponderance of the evidence standard in civil litigation... cit., p. 85.

50 CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in Law...* cit., p. 17.

51 *In re Winship*, 397 U.S. (1970); *Santosky Et Al. v. Kramer, Commissioner, Ulster County Department of Social Services, et al.* 455 U.S. (1982).

52 BRINKMANN, Moritz. The synthesis of common and civil law standard of proof formulae in the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. *Uniform Law Review*, n. 4, 2004, p. 877; MACCORMICK, Charles Tilford. *McCormick on evidence...* cit., p. 957.

Isso geraria uma situação em que, produzida alguma prova favorável a uma das hipóteses fáticas, caso a hipótese fática contraposta esteja ausente de provas, a parte que desenvolveu essa segunda hipótese sempre teria o julgamento contra si, mesmo diante da fragilidade probatória da outra parte. Em outros termos, é possível que, apesar de um dos litigantes ter uma situação probatória melhor, ainda assim, os julgadores do fato não estejam convencidos dessa hipótese fática. Indica-se ainda que isso iria pressupor que o julgador atua no vácuo, devendo aceitar qualquer prova para gerar o convencimento da *preponderância da prova*, mesmo que a sua experiência indique que, ainda que exista hipótese fática melhor do que a outra, continua improvável que os fatos tenham ocorrido da forma por ela narrada.⁵³

Este *standard* é também o que tende a minimizar a quantidade de erros (falsos positivos e falsos negativos) esperados ao longo prazo, pois nenhuma das duas posições processuais tem prevalência na análise das evidências apresentadas.⁵⁴ Isso não ocorre, por exemplo, no *standard* exigido para a condenação penal o qual exige *prova acima de toda dúvida razoável*, que exige uma maior corroboração para a condenação, que tende a gerar mais falsos negativos do que falsos positivos.

3.2.1.3. Clear and convincing evidence: o *standard* probatório intermediário

O *standard* intermediário tem sido indicado como um conjunto de exigências probatórias sobre um único rótulo. A própria nomenclatura varia a cada Estado e, dentre elas, constam as seguintes: “*by clear and convincing evidence*” (por prova clara e convincente), “*clear, convincing and satisfactory*” (clara, convincente e satisfatória), “*clear, cogent and convincing*” (clara, plausível e convincente) e “*clear, unequivocal, satisfactory and convincing*” (claro, inequívoco, satisfatório e convincente).⁵⁵ Em termos gerais, consiste em

53 MACCORMICK, Charles Tilford. *McCormick on evidence*... cit., p. 957.

54 PARDO, Michael. Estandáres de prueba y teoría de la prueba. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed). *Estandáres de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 103. Como destaca a doutrina, esse *standard* minimiza a quantidade de erros esperados, não sendo possível afirmar que há uma efetiva redução do número de erros, uma vez que é bastante improvável que se tenha conhecimento do efetivo número de erros ocorridos em decisões judiciais, portanto, a minimização do número de erros esperados seria a melhor situação obtível na atualidade. (REDWYANE, Mike. *Standard of proof in civil litigation*... cit., p. 169).

55 BENNET, Bryant. M. Clear and convincing proof: appellate review. *California Law Review*, v. 32, n. 1, mar.-1944, p. 75, nota n. 3.

uma alta probabilidade das hipóteses fáticas apresentadas,⁵⁶ muito embora não possua uma definição minimamente precisa,⁵⁷ sempre atuando como uma espécie de meio termo entre a *preponderância da prova* e a exigência de *prova acima de qualquer dúvida razoável*.⁵⁸

O objetivo seria a diminuição de erros que possam atingir fortemente a reputação do réu e, por isso, haveria a elevação da probabilidade necessária para que haja um julgamento positivo.⁵⁹ A Suprema Corte norte-americana já fez referência a esse *standard* para afirmar o seu caráter intermediário, sendo adequado para as hipóteses em que os interesses individuais em jogo sejam *particularmente importantes e mais relevantes do que uma simples perda monetária*. Da mesma forma, também seria um *standard* exigido nas hipóteses em que exista um processo iniciado pelo Estado que ameace o acusado de sofrer uma significativa privação de suas liberdades ou de gerar um forte estigma social, a exemplo da internação compulsória.⁶⁰

É possível verificar que outros traços normativos podem exigir a aplicação do *standard* intermediário. Em 2011, a Suprema Corte norte-americana analisou um caso em que a Microsoft requereu a anulação de uma patente à empresa i4i, levando em consideração de que o §282 do U.S. Code estabelece uma presunção da validade das patentes registradas, cabendo à parte que alega eventual defeito a sua demonstração.⁶¹ Entendeu a Corte que o Congresso, ao se utilizar do termo presunção de validade, exige-se um maior grau de corroboração das alegações fáticas que comprovem a existência de alguma nulidade na patente.⁶²

56 Nesse sentido: MCBAIN, J. P. Burden of proof: degrees of belief. *California Law Review*, v. 32, 1944, p. 246.

57 SHERWIN, Emily. Clear and convincing evidence of testamentary intent: the search for a compromise between formality and adjudicative justice. *Connecticut Law Review*, v. 34, 2001-2002, p. 462.

58 INGRAM, Jefferson L. *Criminal evidence...* cit., p. 51.

59 CLERMON, Kevin M. *Standards of decision in Law...* cit, p. 24-25.

60 Santosky Et Al. v. Kramer, Commissioner, Ulster County Department of Social Services, et al. 455 U.S. (1982).

61 A 35 U.S.C. § 282 afirma que “[a] patent shall be presumed valid” e que “the burden of establishing invalidity of a patent or any claim thereof shall rest on the party asserting such invalidity.”

62 Microsoft Corp. v. i4i Ltd. Partnership, 564 U.S. (2011). Especificamente sobre essa decisão, cf.: MACEDO, Charles R.; CAPASSO, Jessica. ‘Clear and convincing’ evidence standard still applies to US patent validity challenges. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2011, v. 6, n. 10.

Nos EUA, a cessação da autoridade parental pela “negligência permanente” em relação ao(s) filho(s) é um exemplo de utilização do *standard* intermediário, uma vez que a Suprema Corte reconheceu que, em tais procedimentos iniciados pelo Estado, o interesse particular – de manutenção do poder-dever familiar – é mais relevante em comparação com o interesse estatal e que o risco de erro na decisão deve ser alterado por meio do aumento da exigência probatória. Segundo a Corte, a utilização da preponderância da prova colocaria os pais sob uma situação de risco indevido, especialmente porque, em Nova Iorque, local onde ocorreu o fato, a decisão de extinguir o poder-dever familiar é final e irreversível. Na hipótese, a Suprema Corte destacou que não estava levando em consideração os interesses da criança e dos pais adotivos, eis que esse procedimento teria como partes apenas o Estado e os pais biológicos, e não caberia ao Estado presumir que o filho e os pais possuem interesses contrapostos, ao menos nesse estágio do procedimento.⁶³ Em resumo, esse *standard* minimiza o risco de uma desnecessária ou errônea intervenção governamental nos direitos fundamentais dos pais de permanecer com seus filhos.⁶⁴

O *standard* também vem sendo exigido para os casos de internação compulsória, em que haveria a necessidade de comparação entre o interesse individual de não ser involuntariamente confinado sem um período limite de tempo e o interesse estatal em internar aqueles emocionalmente perturbados. De acordo com a Suprema Corte, é imprescindível o reconhecimento de que a internação compulsória constitui uma significativa privação da liberdade que requer uma proteção adequada do devido processo legal e, além disso, que tal confinamento traz severas consequências sociais para o indivíduo.

Por conta disso, com o risco de os julgadores determinarem a internação compulsória por meio de alguns casos isolados de uma conduta antissocial, o risco da perda da liberdade iria requerer uma alteração da exigência probatória, inclusive como uma forma de impressionar o julgador da importância da decisão e de reduzir os riscos de erros. Afinal, em tal situação, o indivíduo não deve dividir com a sociedade os riscos de erros, que são significativamente maiores em relação ao indivíduo do que à sociedade, o que levaria à exigência de *prova clara e convincente*.⁶⁵ A Suprema Corte norte-americana

63 Santosky Et Al. v. Kramer, Commissioner, Ulster County Department Of Social Services, et al. 455 U.S. (1982).

64 Court of Appeals of Tennessee, No. E2019-00729-COA-R3-PT, IN RE BRYSON B. ET AL. (2019).

65 Addington v. Texas, 441 U.S. 418 (1979).

afirmou, nesse julgado, que “o indivíduo não deve dividir com a sociedade o risco de erro quando a possibilidade de violação do direito individual é significativamente maior do que o possível dano a ser causado ao Estado”.⁶⁶

Pode-se acrescentar que esse tipo de internação não tem duração definida, podendo o indivíduo restar obrigatoriamente inserido nesse local por um período indefinido, potencialmente permanente.⁶⁷ Por outro lado, foi recusada a utilização da exigência de *prova acima de toda dúvida razoável*, sob o fundamento de que a internação compulsória não deve ser equiparada com uma acusação criminal, não sendo propriamente uma sanção penal. Além disso, a *prova acima de toda dúvida razoável* estaria reservada exclusivamente para a decisão de condenação penal.⁶⁸

O *standard* de *prova clara e convincente* é exigido nas ações de desnaturalização, uma vez que traz graves consequências para o cidadão. No caso, alegava-se que o cidadão havia mentido no processo de naturalização, e a Suprema Corte exigiu a presença de provas claras, inequívocas e evidentes dos atos ilegais.⁶⁹ A fundamentação para exigir prova acima do *standard* exigido no processo civil advém do fato de que as consequências da deportação são severas, causando a quebra dos vínculos com os EUA e a imposição da volta do cidadão para um país em relação ao qual, muitas vezes, não possui mais qualquer identificação.

Outra situação fática na qual exigida a *prova clara e convincente* consiste na hipótese de desligamento dos aparelhos hospitalares que mantêm uma pessoa com vida, apesar da virtual inexistência de possibilidade de recuperação das faculdades cognitivas. Exige-se a demonstração, por meio de *prova clara e convincente*, de que o indivíduo desejaria o desligamento dos aparelhos caso se encontrasse naquela situação específica. A questão, mais uma vez, é resolvida pela distribuição dos erros, eis que uma errônea decisão de não desligar os aparelhos que mantêm a pessoa viva implica manutenção do *status quo*, com a eventual possibilidade, mesmo remota,

66 “The individual should not be asked to share equally with society the risk of error when the possible injury to the individual is significantly greater than any possible harm to the state.” 441 U. S., at 427.

67 Nota. Standard and burden of proof in mental commitment and release proceedings, *William Mitchell Law Review*, v. 3, n. 1, artigo 6, disponível em <https://open.mitchellhamline.edu/wmlr/vol3/iss1/6>, acessado em 03 de dezembro de 2019, p. 194.

68 *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979).

69 *Chaunt v. United States*, 364 U.S. (1960). Apontando a exigência do *standard*: *Nijhawan v. Holder*, 557 U.S. (2009).