

COLEÇÃO

Raciocínio
Probatório

Coordenação:
VITOR DE PAULA RAMOS

PROVA SEM CONVICÇÃO

Standards de prova
e devido processo

JORDI FERRER-BELTRÁN

Tradução:

VITOR DE PAULA RAMOS

2^a | revista
edição | ampliada
atualizada

2023

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

1

A FORMULAÇÃO DE UM *STANDARD* DE PROVA: REQUISITOS METODOLÓGICOS

Para que uma regra³⁶ possa ser denominada com propriedade de “*standard* de prova” deve cumprir três requisitos: 1) recorrer a critérios relativos à capacidade justificativa do acervo probatório sobre as hipóteses em conflito; 2) ser capaz de determinar um umbral a partir do qual uma hipótese será considerada provada, e 3) utilizar critérios qualitativos, próprios da probabilidade não matemática. A esses três requisitos metodológicos acrescentar-se-á um quarto, relativo à relação que devem ter entre si os *standards* probatórios que regem as

36. Dou por pressuposto, pelas razões expostas nas páginas anteriores, que estamos diante de uma regra geral e abstrata.

diversas decisões sobre os fatos que devem ser tomadas em um mesmo processo. Analisarei cada um desses nos itens que compõem este capítulo.

1. PRIMEIRO REQUISITO: RECORRER A CRITÉRIOS RELATIVOS À CAPACIDADE JUSTIFICATIVA DO CONJUNTO PROBATÓRIO SOBRE AS CONCLUSÕES PROBATÓRIAS QUE FOREM ESTABELECIDAS

Com essa exigência, exclui-se a utilização de critérios que recorram a elementos subjetivos do julgador, de modo que qualquer formulação do *standard* de prova que remeta a estados mentais ou psicológicos do julgador não cumpre este requisito.

Não obstante, são muitos os exemplos nos quais a legislação processual menoscaba essa exigência básica, utilizando critérios como a “íntima convicção”, ou qualquer das formulações que de um modo ou outro se vinculam às crenças do julgador. Basta destacar alguns exemplos (nesses, todos os grifos são meus):

- Art. 741.1 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola: “O tribunal, *apreciando segundo sua consciência as provas produzidas* em juízo, as razões expostas pela acusação e a defesa e aquilo que é manifestado pelos próprios acusados, proferirá sentença dentro do prazo fixado por lei”.

- Art. 155 do Código de Processo Penal brasileiro: “O juiz formará sua *convicção pela livre apreciação* da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente

nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

- Art. 7.4. do Código de Processo Penal colombiano: “Para proferir sentença condenatória deverá existir *convicção* da responsabilidade penal do acusado, *para além de qualquer dúvida*”.

- Art. 20.A.VIII da Constituição política dos Estados Unidos Mexicanos: “O juiz somente condenará *quando houver convicção da culpabilidade* do acusado”.

- Art. 402.2 do Código nacional de procedimentos penais mexicano: “Convicção do Tribunal julgador. (...) *Ninguém poderá ser condenado, salvo quando o Tribunal que lhe julga adquirir a convicção para além de qualquer dúvida razoável* de que o acusado é responsável pelo cometimento do fato pelo qual se instaurou o juízo. *A dúvida sempre favorece o acusado.*”

- Art. 340 do Código de Processo Penal chileno: “Convicção do tribunal. Ninguém poderá ser condenado por delito a não ser *quando o tribunal que lhe julgar obtiver, para além de qualquer dúvida razoável, a convicção* de que realmente se tenha cometido o fato punível objeto da acusação e que corresponda ao acusado uma participação com pena prevista em lei”.

- Art. 386 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação (Argentina): “Salvo disposição legal em contrário, *os juízes formarão sua convicção sobre a prova, de acordo com as regras da sana crítica.* (...)”

Não é necessário abundar mais nos exemplos, que poderiam seguir quase sem fim. Observa-se em todos esses como

os respectivos legisladores vincularam expressamente o resultado do processo – isto é, se um fato está provado ou não à luz dos elementos de juízo aportados – à convicção do julgador.

Em outras ocasiões, é a doutrina ou a jurisprudência que vinculam fórmulas legais a estados mentais, sem que aquelas remetam diretamente a esses. É o caso da interpretação dada pela jurisprudência estadunidense ao *standard* de “para além de qualquer dúvida razoável”³⁷. Assim, negando a possibilidade de enunciar critérios intersubjetivos de razoabilidade da dúvida, afirma-se que essa é autoevidente e que somente a íntima convicção de cada um dos membros do júri a pode determinar³⁸.

Em outras palavras, interpretado desse modo, o “para além de qualquer dúvida razoável” e a “íntima convicção” são duas maneiras de dizer a mesma coisa³⁹, indicando a fórmula

37. Vide, sobre o tema, uma esclarecedora análise em LAUDAN, 2003; também em Id., 2006: 59-102.

38. LOWEY (2009: 68) identifica na jurisprudência estadunidense duas escolas: uma, como foi dito no texto, sustenta que a razoabilidade da dúvida não necessita de definição e nem deve ocorrer; a outra, entende útil que se ofereça ao jurado uma definição da razoabilidade da dúvida, (mas, infelizmente, acrescentaria eu) em termos do grau de confiança subjetiva que devem ter na hipótese fática. Sobre o ponto pode-se ver também MULRINE, 1997: 210 ss. Mesmo que já tenha vinte e cinco anos, é bastante ilustrativa a reconstrução da jurisprudência estadunidense, estatal e federal, sobre a necessidade ou não de se oferecer uma definição da razoabilidade da dúvida apresentada por COHEN, J.N., 1994-1995: 682-8. Também FERRUA (2007: 381), na Itália, sustentou que a fórmula do para além de qualquer dúvida razoável é, por um lado, “clara e transparente, de imediata compreensão” e, por outro, que “precisamente porque se trata de um conceito elementar, desafia qualquer definição”.

39. À mesma conclusão chega SOLAN, 1999: 106. Não foi em todos os países em que se adotou essa fórmula para dar conta do *standard* de prova

estadunidense somente o impreciso grau de firmeza que deveria ter a convicção. Nesse sentido, pronunciaram-se os tribunais e, também, grande parte da doutrina⁴⁰. Baste, entre

para o processo penal que essa foi interpretada em termos psicológicos ou subjetivistas, como fez a jurisprudência estadunidense. Assim, por exemplo, a Suprema Corte mexicana considerou que a vinculação do *standard* do para além de qualquer dúvida razoável a uma concepção persuasiva ou psicologista da prova é incompatível com a presunção de inocência como garantia do imputado. Sobre o tema vide, entre outras, a sentença de 26 de novembro de 2014, emitida no *Amparo Directo en Revisión* 3457/2013, que deu lugar à Tese 1ª. CCXVIII/2015, com número de Registro 2009462: “*In dubio pro reo*. O conceito de ‘dúvida’ associado a este princípio não deve ser entendido como a falta de convicção ou a indeterminação do ânimo ou pensamento do julgador”. A jurisprudência portuguesa, de seu turno, considerou que se satisfazem as exigências do *standard* do para além de qualquer dúvida razoável quando a hipótese de culpabilidade satisfaz os requisitos do primeiro dos *standards* de prova que serão apresentados no capítulo quarto. E a jurisprudência da *Corte di Cassazione* italiana, a partir da crucial Sentença Frazese (Cass. Sez. Un., de 10 de julho de 2002, Franzese, nº 30328), considerou sinônimo de “alto grau de credibilidade racional ou de confirmação”, “elevada probabilidade lógica”, “probabilidade próxima a – ou vizinha a – certeza”, “elevado grau de credibilidade racional” etc. Poder-se-á observar que se trata de fórmulas excessivamente vagas e incapazes por si sós de identificar minimamente um umbral de suficiência probatória, mas que não vinculam a superação do *standard* de prova ao fato de que o julgador alcance um determinado estado mental subjetivo. Sobre as interpretações dadas pela jurisprudência italiana ao para além de qualquer dúvida razoável vide DELLA TORRE, 2014: 3 ss. e CARLIZZI, 2018: 67-71.

40. Veja-se, por exemplo, a forma em que se apresentam as fórmulas dos clássicos *standards* de prova norte-americanos em um dos mais reputados manuais anglo-saxões sobre prova, *McCormick on Evidence*: “A fórmula ‘para além de qualquer dúvida razoável’ aponta ao que realmente nos interessa, o estado mental do jurado, ao passo que as outras duas [a preponderância da prova e a prova clara e convincente] desviam a atenção para a prova, dando um passo atrás, por ser aquela um instrumento mediante o qual se influi na mente do jurado.” (BROWN et al, 2006: 568). A mesma crítica, sobre a fórmula do *standard* de “prova clara e convincente” pode ser encontrada em REDMAYNE, 1999: 187, nota 104. LOWEY, de seu turno, depois de lamentar que os jurados estadunidenses não sejam capazes de distinguir entre o *standard* do para além de qualquer dúvida razoável e o da prova clara e convincente, propõe uma

muitíssimos, essa famosa passagem do Magistrado HARLAN (da Corte Suprema estadunidense) no caso *In re Winship*, em que se vincula o grau de exigência probatória ao grau de confiança que o julgador tem na correção de suas crenças.

[O] *standard* de prova é uma tentativa de instruir o julgador dos fatos sobre o grau de confiança que nossa sociedade pensa que ele deve ter na correção das conclusões sobre os fatos para tomar decisões. Apesar de as expressões “preponderância da prova” e “prova para além de qualquer dúvida razoável” serem quantitativamente imprecisas, comunicam ao julgador dos fatos diferentes noções sobre o grau de confiança que se espera que tenha em suas conclusões sobre os fatos⁴¹.

E as coisas não mudam muito na Inglaterra e em Gales⁴², onde a formulação do para além de qualquer dúvida razoável considera-se sinônima de “estar-se seguro” (“*being sure*”), recorrendo-se de forma clara ao estado mental subjetivo dos membros do júri. Assim, a instrução ao jurado sobre a prova da acusação é de que essa “prova seu caso se o jurado estiver seguro de que esse é culpado, levando em consideração todas as provas relevantes para as acusações feitas ao acusado”⁴³

definição do primeiro (que, em sua opinião, deveria ser oferecido como instrução ao jurado) em termos de graus de crença ou convicção subjetiva (LOWEY, 2009: 68 e 71).

41. *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).
42. Sobre o *standard* de prova penal na Inglaterra e Gales, veja-se ROBERTS e ZUCKERMAN, 2004: 361 ss.
43. Vide o *Crown Court Companion*, atualizado até dezembro de 2019, item 5.1., disponível em <https://www.judiciary.uk/publications/crown-court-compendium-published/> Última consulta: 9/4/2020. Vide, também, no mesmo sentido, DENNIS, 1999: 491.

Apesar de tudo isso, de um ponto de vista epistêmico, é claro que do convencimento psicológico do julgador sobre “p” nada se infere sobre a verdade de “p”; tampouco sobre o grau de corroboração que as provas aportam a “p”. Tampouco do ponto de vista causal há qualquer evidência de que um maior grau de confirmação probatória esteja vinculado a uma maior firmeza da convicção que as provas poderiam produzir naquelas que decidem.

De fato, todos observamos no dia a dia como diferentes pessoas, expostas à percepção das mesmas provas, alcançam conclusões distintas e graus de confiança subjetiva diferentes nessas conclusões. Isso é assim simplesmente porque na conformação de nossas crenças (e do grau de nossa confiança nessas) incidem múltiplos fatores, como nossos preconceitos, vieses, ideologia, religião, conhecimento prévio, experiência vital etc., além das provas.

Por isso, parece-me claro *non sequitur* o argumento de LOWEY, que considera que o alto número de condenados à pena capital nos Estados Unidos demonstrados, posteriormente, inocentes após uma revisão de seu caso “é uma boa prova de que os jurados nem sempre compreendem o para além de qualquer dúvida razoável”⁴⁴. Se, como propõe o próprio LOWEY, o *standard* de prova define-se em termos da crença subjetiva do jurado ou do juiz e de sua confiança na fortaleza dessa crença, a quantidade de erros (de condenados inocentes nesse caso) nada nos diz sobre o fato de que esses condenaram com um nível de confiança menor em suas crenças.

44. LOWEY, 2009: 68-9.

Tampouco nos garante que diminuirá o número de condenações falsas indicar àqueles que decidem que devam ter um grau de confiança mais firme na hipótese acusatória para condenar, simplesmente porque esses podem estar firmemente convencidos da verdade de um enunciado falso. Não há vinculação conceitual ou empírica demonstrada entre o grau de confiança em uma crença de um sujeito qualquer e o valor de verdade do conteúdo proposicional da crença; tampouco com o grau de apoio que aquilo em que se crê tenha nas provas existentes. Ou, em outras palavras quiçá mais precisas, não há relação conceitual ou empírica entre a probabilidade subjetiva que um agente, de fato, atribui a p e a probabilidade indutiva de que p dadas certas provas⁴⁵.

Como destacado por LAUDAN⁴⁶, o determinante não pode ser a crença de quem decide nem o seu grau de confiança nessa, e sim se, à luz das provas, esse deveria ter a crença; ou, melhor

45. Pode-se ver essa confusão, por exemplo, em KNIJNIK (2007: 34 e ss.), que, depois de assumir que o raciocínio probatório é governado pela probabilidade indutiva, considera que os *standards* de prova (que denomina “modelos de constatação”) indicam o grau de convencimento que o julgador deve ter sobre os fatos.

De modo geral, o recurso a critérios subjetivos que remetem a estados mentais do julgador é característica da concepção persuasiva da prova, para a qual um enunciado do tipo “está provado que p ” significa “o juiz (ou o jurado, dependendo do caso) alcançou a convicção ou a crença de que p ”. Está claro que se isso é assim nem mesmo há possibilidade de sustentar que o juiz se equivocou em sua decisão sobre os fatos, visto que se alcançou a convicção de que p isso é tudo o que se demanda conceitualmente para que esteja provado que p . E não é uma casualidade que nessa concepção não se proponha, em absoluto, a necessidade de contar com *standards* de prova.

46. Vide LAUDAN, 2006: 124-6. No mesmo sentido, entre outros, Ho, 2008: 178-9; PARDO, 2009: 1092; TARUFFO, 2009c: 103-4 e ALLEN, 2017: 138.

ainda, se seria racional tê-la⁴⁷. Não importa se quem decide teve, de fato, a crença, mas sim se esse conteúdo proposicional era a conclusão racional à qual as provas permitiam chegar, e se o faziam com um grau de apoio que permita satisfazer o nível exigido pelo *standard* de prova.

Definitivamente, o que esse primeiro requisito exige é que os critérios que forem utilizados no *standard* de prova para indicar o grau de exigência probatória requerido sejam relativos a quanto o acervo probatório apoia objetivamente as diferentes hipóteses em conflito, isso é, ao grau de corroboração alcançado por essas à luz das provas. Mais adiante, ao expor o terceiro requisito metodológico, retornarei ao ponto.

2. SEGUNDO REQUISITO: OS CRITÉRIOS QUE FOREM UTILIZADOS NO *STANDARD* DE PROVA DEVEM CUMPRIR A FUNÇÃO DE ESTABELECEER UM UMBRAL DE SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA

Da maneira como aqui concebidos, a formulação dos *standards* de prova deve cumprir a função de determinar o umbral de suficiência probatória a partir do qual uma hipótese sobre os fatos deverá ser considerada provada. Como vimos, nem toda formulação cumpre essa função, nem o faz da mesma forma. Ademais, os critérios que forem utilizados pelo *standard* de prova devem estabelecer esse umbral reduzindo tanto quanto possível a inevitável vagueza que qualquer critério não

47. No capítulo 3 retornarei sobre o tema das crenças e matizarei essa afirmação; para o momento basta apresentá-lo desse modo.

4

COMO LEGISLAR SOBRE *STANDARDS* DE PROVA

1. UMA ESTRATÉGIA PARA O DESENHO PRO- CESSUAL DOS *STANDARDS* DE PROVA

Nos capítulos anteriores procurei oferecer um panorama amplo da legislação vigente em matéria de *standards* de prova em um bom número de países, assim como da jurisprudência e da literatura especializada.

A partir desse panorama, resta muito claro que os dois grandes males na matéria de que nos ocupamos são a subjetividade e a imprecisão⁵²⁸. O primeiro pode ser evitado se os

528. No mesmo sentido, VIALE DE GIL, 2014: 142. Também destaca o problema da subjetividade na determinação do umbral de suficiência probatória PEDERNERA ALLENDE, 2020: 32 SS.

standards de prova forem formulados de modo a não remeterem à crença ou à convicção do julgador, nem à confiança que esse tiver em suas crenças⁵²⁹. O segundo problema não pode ser eliminado completamente, mas sim reduzido ao máximo possível. Visto que o raciocínio probatório não pode ser estruturado a partir da probabilidade matemática, os *standards* de prova não podem ser formulados com a precisão dos umbrais numéricos; resta-nos, pois, diminuir a vagueza própria da linguagem natural para poder identificar de maneira mais precisa possível o umbral de suficiência probatória.

Tudo isso se reflete nos requisitos metodológicos analisados no capítulo primeiro do livro, que o legislador deverá levar em conta para formular adequadamente os *standards* de prova: 1) os *standards* de prova devem ser estabelecidos com base em critérios que recorram à capacidade justificativa das provas a respeito das hipóteses que se trata de provar; 2) devem fixar do modo mais preciso possível um umbral de suficiência probatória, 3) mediante formulações que estejam de acordo com a probabilidade indutiva ou baconiana (não matemática); e 4) os *standards* de prova sobre as distintas decisões sobre os fatos a serem tomadas ao longo de um mesmo processo terão que seguir uma tendência progressiva de exigência.

529. Qual é o *standard* de prova vigente, em realidade, depende da interpretação que se atribuir à disposição normativa que o estabelecer. As normas são o resultado da interpretação, não seu objeto. Nesse sentido, o direito vigente é resultado de uma tarefa plural, em que o legislador desempenha um papel muito importante, mas não único. Por isso, as exigências que apresentei neste trabalho para a correta formulação dos *standards* de prova devem ser entendidas como também operantes como guias para a interpretação daquelas formulações.

Nesse ponto, creio que uma observação crítica de REDMAYNE pode ser um bom ponto de partida para expor o itinerário a seguir. Assim, contra o que sustentei neste trabalho, sustenta o autor inglês que:

[I]ndependentemente do atrativo conceitual de um sistema em que seja o legislador quem estabelece o *standard* de prova apropriado para cada forma de ilícito, um sistema assim não é realista. (...) Dado o imenso feixe de situações fáticas que podem ser propostas como base para os litígios, as cortes inevitavelmente se verão diante de situações imprevistas, nas quais pode ser apropriado adotar um *standard* de prova diferente⁵³⁰

É, com efeito, inegável que são infinitas as circunstâncias que podem incidir em nossa avaliação sobre o grau de exigência probatória aconselhável para cada caso individual. Entretanto, isso não é minimamente diferente daquilo que ocorre em relação a qualquer outra matéria que submetemos a regras gerais através da legislação. Assim, por exemplo, são infinitas as circunstâncias que podem acompanhar um descumprimento contratual no direito provado, ou uma demissão no direito trabalhista, ou qualquer delito no direito penal.

O que fazemos é identificar algumas dessas circunstâncias como relevantes para, a partir dessas, definir casos genéricos aos quais vinculamos consequências jurídicas. Esses casos genéricos não são mais do que tipos de casos individuais agrupados pelas características que consideramos por alguma razão relevantes. A regra com a qual vinculamos uma consequência

530. REDMAYNE, 1999: 183.

jurídica a esses casos genéricos poderá ser sempre, como vimos, suprainclusiva e superinclusiva, mas regular as condutas mediante regras gerais é a única maneira de fazer o direito ser previsível.

Quando no direito de muitos países se estabeleceu o *standard* do para além de qualquer dúvida razoável para as decisões finais sobre a hipótese da culpabilidade em casos penais, ou o da preponderância das provas em casos cíveis, o que se fez foi adotar como propriedade relevante a natureza civil ou penal do processo, e sobre essa vincular um ou outro dos *standards*. Pode-se gostar ou não de que essa propriedade seja considerada relevante, ou a única relevante, mas essa já é outra discussão.

No segundo capítulo apresentei uma série de circunstâncias que podemos levar em consideração para adotar um *standard* de prova mais ou menos exigente. Trata-se de uma lista indicativa e não exaustiva, mas espero que essa possa servir para orientar minimamente o debate. Sobre essa base poder-se-iam identificar tipos de casos (i.e., casos genéricos) e regular a decisão sobre os fatos nesses casos mediante determinado *standard* de prova.

Não é necessário e, na minha opinião, tampouco conveniente que o *standard* de prova para a decisão final seja o mesmo em todos os casos de uma mesma área. Poderíamos, por exemplo, adotar um *standard* mais exigente quando o ilícito penal tivesse como consequência uma pena privativa de liberdade e um *standard* menos exigente quando a sanção fosse, por exemplo, patrimonial, ou de inabilitação para o exercício de um cargo público. Ou um *standard* mais exigente quando o ilícito acarretasse penas privativas de liberdade de mais de

cinco anos. Poderíamos, também, identificar determinados tipos de delito com especiais dificuldades probatórias, como o de estupro ou os abusos sexuais, prevendo que as decisões sobre a prova nesses casos seriam submetidas a um *standard* menos exigente do que para outros delitos que não apresentassem essas dificuldades probatórias.

O mesmo pode ser feito, claro está, nos processos civis. Assim, por exemplo, poderíamos dizer que o *standard* de prova para casos de incapacitação seria diferente e mais elevado do que o para casos de responsabilidade extracontratual; ou que, como propõem ROSEN-ZVI e FISHER⁵³¹, os casos em que litiguem cidadãos individuais contra o Estado ou com grandes corporações, e em que o cidadão seja quem tem o ônus da prova, sejam decididos mediante um *standard* de prova mais baixo do que aqueles nos quais o ônus da prova corresponda ao Estado ou à grande corporação.

Definitivamente, deverá ser o legislador a decidir o tipo de casos aos quais atribuirá determinado *standard* de prova. Por óbvio, o legislador poderá dividir o universo dos casos juridicamente relevantes em quantas classes de casos estimar conveniente, visto que se trata de uma decisão política; entretanto, deverá também levar em conta que uma proliferação excessiva de *standards* de prova diversos pode produzir muitas dificuldades de gestão e acabar produzindo confusão. Essa necessidade de encontrar um equilíbrio entre a sensibilidade à diferença dos casos e à eficiência da legislação tampouco é característica da regulação sobre os *standards* de prova.

531. ROSEN-ZVI e FISHER, 2008: 141 ss.

Assim, por exemplo, a vontade de estabelecer um sistema tributário progressivo, sensível à diferença de ganhos dos cidadãos, faz com que a porcentagem dos seus rendimentos que devam ser pagos como imposto seja distinto em função do montante total dos rendimentos. Entretanto, essa sensibilidade vai limitada, estabelecendo, por exemplo, que quem ganhou no ano entre 20 e 35 mil euros deva pagar 30% de imposto de renda, e quem ganhou entre 35 e 60 mil deva pagar 37%. A sensibilidade extrema à diferença de ganhos levar-nos-ia a fazer distinções muitíssimo mais finas, mas isso resultaria em um sistema tributário quase impossível de gerir e, portanto, muito ineficiente.

O legislador deverá, pois, decidir quantos *standards* de prova diferentes adotará e para quais tipos de casos. Para atribuir um ou outro *standard* de prova a cada tipo de casos é decisivo que se tenha em mente a função de distribuição do risco de erro que os *standards* possuem. Como destaquei já em diversas ocasiões, se o objetivo institucional da prova é a apuração da verdade, o primeiro interesse que deve nos guiar é o de diminuição do número total de erros. Não obstante, para esse objetivo epistêmico temos outros instrumentos que operam fundamentalmente no momento da conformação do conjunto de elementos de juízo.

Um *standard* de prova muito exigente não diminui o montante total dos erros em relação a outro menos exigente; apenas diminui o risco de condenações falsas. Uma vez que o ideal epistêmico é minimizar todos os erros, isso pressupõe que tenhamos tanto o objetivo de diminuir as condenações falsas como também o de diminuir as absolvições falsas. Entretanto, os dois objetivos conjuntamente não podem ser obtidos com

o instrumento dos *standards* de prova. Sua função é somente a de distribuir o risco do erro.

Por isso, uma vez que tenhamos feito tudo o que era possível para diminuir o número total de erros, é necessário tomar a decisão sobre como distribuir entre as partes o risco do erro restante. Isso pressupõe decidir se priorizamos, e até qual ponto, diminuir um ou outro tipo de erros ou se adotamos uma regra que se aproxime a uma distribuição paritária. Desse modo, o que estaremos fazendo será priorizar algum dos objetivos em que se diseca o objetivo geral da apuração da verdade: evitar condenações falsas e evitar absolvições falsas.

Não há sentido em que nos perguntemos que regra adotar de forma geral, pois a diversidade de circunstâncias é demasiadamente grande para que seja possível cogitar encontrar uma regra minimamente satisfatória para todas: dentro de um mesmo processo, há que se distinguir entre decisões probatórias interlocutórias e finais (e as interlocutórias também entre si); não em todos os tipos de casos se apresentam as mesmas dificuldades probatórias; as avaliações sociais sobre a gravidade do erro da condenação falsa podem ser muito diferentes em função das consequências jurídicas que o direito prevê; as valorizações sobre a gravidade do erro da absolvição falsa também podem ser diferentes em função dos bens em jogo, da possibilidade de outro tipo de reparações, da geração ou não de situações generalizadas de impunidade e de muitos outros fatores.

Tudo isso faz com que seja recomendável que o legislador se equipe com um cabedal de *standards* de prova, não tão variado a ponto de ser confuso e impossível de gerir, e não tão pequeno a ponto de não permitir distinguir distribuições

de risco diversas para os tipos de decisões que estimar conveniente. A partir daí, deverá proceder a uma especificação progressiva dos tipos de casos: 1) distinguir as decisões sobre os fatos que devem ser tomadas em um mesmo procedimento, atribuindo *standards* de prova para cada uma dessas, respeitando o critério metodológico de que o nível de exigência probatória deve ser progressivo conforme avança o procedimento até chegar à decisão sobre os fatos na sentença ou veredito; 2) em cada um desses níveis, agrupar tipos de casos mediante o apontamento de propriedades gerais. Pode ter sentido, por exemplo, estabelecer um *standard* de prova para as medidas cautelares que pressuponham privação de liberdade, diferente do *standard* para medidas que não afetem a liberdade.

Se procedêssemos assim, estaríamos classificando o universo das medidas cautelares em dois tipos de casos, tomando como propriedade relevante a consequência da privação de liberdade. Pode ocorrer, entretanto, de parecer-nos que algumas medidas cautelares tenham gravidade de erro da absolvição falsa (i.e., da não decretação da medida, quando essa deveria ter sido adotada) maior do que o da condenação falsa (i.e., de deferir a medida injustificadamente).

Pensemos no caso da ordem de afastamento em casos de violência de gênero, por exemplo: o dano causado ao acusado ao impedir-lhe erroneamente de aproximar-se à denunciante a menos de 500 metros pode ser imensamente menor do que o dano que será causado à denunciante ao lhe negar erroneamente essa proteção; se é assim, quiçá consideremos apropriado adotar um *standard* de prova diferente e muito pouco exigente para as medidas cautelares de afastamento nos casos de violência de gênero.

Teremos que seguir o mesmo procedimento de especificação de tipos de casos que podem ser regulados com um mesmo *standard* de prova e de tipos de casos que merecem um *standard* diferente em relação às decisões probatórias finais, levando em conta as diferentes circunstâncias que foram analisadas no item 3 do segundo capítulo, ou qualquer outra que a sociedade considerar relevante.

Não só será conveniente levar em conta aspectos valorativos sobre qual tipo de erro nos parece mais grave (e quão mais grave); também, para fazer essas avaliações, necessitaremos de informação empírica muito variada: para efeitos de decretar uma prisão preventiva, não é o mesmo, por exemplo, um mundo em que tenhamos mecanismos como a tornozeleira eletrônica para poder manter localizado um acusado, do que em um mundo em que não disponhamos desse tipo de mecanismos.

Tampouco é a mesma coisa se estamos diante de casos de responsabilidade civil por acidentes de trânsito em uma sociedade em que contratar um seguro é obrigatório e generalizado do que em uma em que isso não ocorre; uma sociedade em que os possíveis danos corporais possam ser tratados por uma saúde pública, gratuita e universal, do que uma que não disponha de tais prestações.

Também convirá ter informações sobre como é o próprio sistema jurídico: não é o mesmo que a possível vítima de um delito de que o acusado tenha sido absolvido tenha à sua disposição mecanismos de reparação civil do que o direito restringe a responsabilidade civil derivada de ações que constituem delito a casos em que há condenação penal.

Por fim, será necessário ter-se consciência das condições do próprio sistema de justiça: quiçá, por exemplo, não se disponha de tornozeleiras eletrônicas; ou quiçá um *standard* de prova muito elevado resulte sistematicamente inalcançável em um país extremamente pobre, em que não há laboratórios forenses ou em que esses não tenham mínima confiabilidade.

Isso não quer dizer que necessariamente devemos fazer essas divisões para regular os *standards* de prova. Quiçá algumas dessas circunstâncias pareçam-nos relevantes e outras não. O que quero destacar é somente que atentando a como é o sistema jurídico, às consequências jurídicas previstas e às valorações sobre a gravidade dos respectivos erros, temos que ir especificando tipos de casos em que estimemos adequado impor uma específica distribuição do risco de erro, é dizer, um *standard* de prova⁵³².

Qualquer regra geral que o legislador formule para expressar as preferências sociais sobre a distribuição do risco de erro em um tipo de casos poderá ser suprainclusiva e/ou superinclusiva. Sempre será possível encontrar um caso individual,

532. Trata-se de uma estratégia argumentativa parecida com a que foi proposta pelo especificacionismo no âmbito da filosofia moral. De fato, o problema de partida é o mesmo: como resolver casos em que entram em conflito bens ou direitos aos quais atribuímos valor moral e que não podem ser satisfeitos simultaneamente. Pois bem, o fato de podermos adotar uma estratégia especificacionista para ir determinando os tipos de casos e os *standards* de prova que lhes atribuímos não nos vincula necessariamente a aceitar que haja respostas corretas ou objetivas nessa determinação, como entendido pelo especificacionismo moral. De forma geral, sobre o especificacionismo podem-se ver RICHARDSON, 1990, HURLEY, 1990, MILLGRAM, 2008 e HALLIE, 2014; e sobre sua aplicação aos conflitos de direitos no âmbito jurídico, SHAFER-LANDAU, 1995, OBERDIEK, 2008 e MORESO, 2012b e 2016, entre outros.

subsumível a essa regra geral, que tenha uma combinação de propriedades para a qual teríamos preferido não aplicar a regra, e o mesmo ocorre inversamente. Entretanto, esse é o preço a pagar por governarmos-nos mediante regras, que é condição do Estado de direito, como vimos no primeiro capítulo.

2. ALGUNS EXEMPLOS DE *STANDARDS* DE PROVA BEM FORMULADOS

Chegando-se a esse ponto, gostaria de oferecer alguns exemplos de *standards* de prova que satisfazem os requisitos metodológicos apresentados e analisados no primeiro capítulo e que distribuem de diferentes maneiras o risco de erro. Com isso, pode-se dizer que cada *standard* responde de modo distinto aos elementos valorativos para preferir uma ou outra distribuição (que foram apresentados no segundo capítulo).

Não pretendo, em absoluto, propor que esses deveriam ser os *standards* que devam ser utilizados, pois adotar um ou outro *standard* de prova é o resultado de uma decisão política acerca da distribuição do risco de erro que se estimar adequada. Tampouco gostaria de transmitir a equivocada ideia de que esses são os únicos *standards* de prova que satisfazem os critérios metodológicos expostos neste trabalho. Seu valor é meramente exemplificativo e, de fato, se se demonstrasse que algum dos exemplos contém problemas em sua formulação, isso não afetaria a fundamentação da teoria que sustentei.

Naquilo que segue, podem-se encontrar sete exemplos, ordenados de maior para menor exigência probatória, cuja explicação detalhada deixo para os itens seguintes deste capítulo: