

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS -
CCJE FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND

JÚLIA CID SOUSA

**A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA RACIONAL DA PROVA À ATUAÇÃO COM
PERSPECTIVA DE GÊNERO: UM ENSAIO SOBRE *STANDARDS* PROBATÓRIOS
E FEMINICÍDIO**

RIO DE JANEIRO

2023

JÚLIA CID SOUSA

**A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA RACIONAL DA PROVA À ATUAÇÃO COM
PERSPECTIVA DE GÊNERO: UM ENSAIO SOBRE *STANDARDS* PROBATÓRIOS
E FEMINICÍDIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade Nacional de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro
Coorientadora: Cristiane Brandão Augusto

RIO DE JANEIRO

2023

CIP - Catalogação na Publicação

C568c Cid Sousa, Júlia
A Contribuição da Teoria Racional da Prova à
Atuação com Perspectiva de Gênero: Um Ensaio sobre
Standards Probatórios e Femicídio / Júlia Cid
Sousa. -- Rio de Janeiro, 2023.
99 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.
Coorientador: Cristiane Brandão Augusto.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Direito Processual Penal Brasileiro. 2.
Teoria Racionalista da Prova. 3. Standard
Probatório. 4. Direito e gênero. 5. Femicídio. I.
Ramires Santoro, Antonio Eduardo, orient. II.
Brandão Augusto, Cristiane, coorient. III. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

JÚLIA CID SOUSA

**A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA RACIONAL DA PROVA À ATUAÇÃO COM
PERSPECTIVA DE GÊNERO: UM ENSAIO SOBRE *STANDARDS* PROBATÓRIOS
E FEMINICÍDIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade Nacional de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data da Aprovação: 05 / 07 / 2023.

Banca Examinadora:

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro

Coorientadora: Cristiane Brandão Augusto

Membro da Banca: Lívia de Meira Lima Paiva

Membro da Banca: Natália Lucero Frias Tavares

RIO DE JANEIRO

2023

AGRADECIMENTOS

Não há escrita, nem saber, sem uma construção plural de elementos base. A minha base,

A minha mãe, por me ensinar a infinitude de atos que cabem no amor incondicional.

Ao meu pai, pelo cantarolar no meu fundo do meu consciente desde que me entendo por gente, tanto música, quanto lições da vida.

A minha irmã, por me encontrar e me acolher nos momentos vulneráveis e criar um espaço só nosso de afeto e companhia.

A minha avó Lindalva e a minha bisavó Lavínia por me criarem no matriarcado e por serem grandes exemplos de coragem.

A Isadora, por sempre olhar para o melhor de mim e me encontrar na simplicidade do amor à (nossa) vida.

As minhas amigas e companheiras, em especial a Helena, pela sua onipresença, em todo o tempo ao meu lado nos duelos mentais. A Luísa e Giovanna por me entenderem desde criança e escolherem ficar, toda vez.

A Julia, Marianna, Flávia, Joana, Maria Clara, Beatriz e Guilherme, por darem sentido e significado a nossa trajetória na Faculdade Nacional de Direito. Obrigada.

Aos meus professores, em especial, ao professor Antonio Ramires Santoro e a professora Cristiane Brandão por me incentivarem nesta pesquisa e por me ensinarem ciências criminais de um jeito inspirador e, sobretudo, humano.

À Faculdade Nacional de Direito, pela minha formação educacional, pública, gratuita e de qualidade, que seja (apenas) um ponto de partida, mas que direciona o meu olhar para o mundo que eu acredito.

E por todas que vieram antes de mim.

“É preciso que a mulher se escreva: que a mulher escreva sobre a mulher, e que faça as mulheres virem à escrita”

(Hélène Cixous – *O Riso da Medusa*)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a contribuição da concepção racionalista da prova à atuação com perspectiva de gênero no julgamento de feminicídio. Neste estudo, explora-se o processo penal por meio de uma defesa democrática e do modelo cognitivo epistêmico, perpassando a análise do instituto da prova em suas diferentes dimensões e momentos processuais até alcançar a submissão da valoração da prova à critérios gerais da racionalidade como norte do presente trabalho. Para que, então, fosse possível a compreender o estabelecimento de *standards probatórios* como forma de controle epistêmico para contenção do subjetivismo na decisão judicial, indo de encontro com o sistema de valoração fundado na “íntima convicção” no Tribunal do Júri Brasileiro. A partir de um marco teórico eminentemente feminista, compreende-se o espaço do subjetivismo como espelho da sociedade patriarcal a refletir valores e interesses misóginos na persecução penal e na decisão final sobre os fatos, aptos a (re)produzir a violência de gênero na atual dinâmica processual do júri. Nesse contexto, o estudo busca o acolhimento efetivo da atuação sob perspectiva de gênero para além dos protocolos (inter)nacionais, a partir de uma proposta no âmbito dogmático crítico do processo penal. Para que, assim, fosse possível mapear caminhos racionais no processo de cognição dos jurados e, com isso, realizar um ensaio do estabelecimento de *standards* probatórios como forma de processar e julgar com perspectiva de gênero os crimes de feminicídio.

Palavras-chave: Direito Processual Penal Brasileiro; Teoria Racionalista da Prova; *Standard* Probatório; Direito e Gênero; Feminicídio.

RESUMEN

El presente trabajo busca analizar el aporte de la concepción racionalista de la prueba a la actuación con perspectiva de género en el juicio por feminicidio. En este estudio se exploró el proceso penal desde una defensa democrática y el modelo cognitivo epistémico, pasando por el análisis del instituto de la prueba en sus distintas dimensiones y momentos procesales hasta llegar al sometimiento de la valoración de la prueba a los criterios generales de la racionalidad como norte del presente trabajo. De modo que, entonces, sería posible comprender el establecimiento de estándares de prueba como una forma de control epistémico para contener el subjetivismo en la decisión judicial, yendo contra el sistema de valoración basado en la “convicción íntima” en el Tribunal del Jurado brasileño. Desde un marco teórico eminentemente feminista, se entiende el espacio del subjetivismo como un espejo de la sociedad patriarcal para reflejar valores e intereses misóginos en la persecución penal y en la decisión final sobre los hechos, capaces de (re)producir la violencia de género en la actual dinámica procesal del jurado. En este contexto, el estudio busca abordar de manera efectiva la actuación desde la perspectiva de género más allá de los protocolos (inter)nacionales, a partir de una propuesta en el ámbito dogmático crítico del proceso penal. De modo que se pueda trazar caminos racionales en el proceso de cognición de los jurados y con ello realizar un ensayo sobre el establecimiento de estándares de prueba como forma de procesar y juzgar los delitos de feminicidio con perspectiva de género.

Palabras-clave: Derecho Procesal Penal Brasileño; Teoría Racionalista de la Prueba; Estándar de Pruebas; Derecho y Género; Feminicidio.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO.....	12
1.1. O Processo Penal no Estado Democrático de Direito.....	12
1.2. Dimensões da Prova Penal.....	15
1.2.1. Dimensão Narrativista com Viés Argumentativo.....	15
1.2.2. Prova e Verdade.....	17
1.2.3. Dimensão Epistêmica e a Captura Psíquica do Juiz.....	21
1.3. O Caminho dos Fatos Até as Provas.....	24
1.4. O Valor Judicial da Prova.....	27
1.4.1. A Valoração Probatória na História do Processo Penal: do Sistema de Prova Legal à Livre Apreciação.....	27
2. A CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA E OS <i>STANDARDS</i> PROBATÓRIOS.....	35
2.1. Em Busca de Critérios Racionais: <i>Standards</i> Probatórios Objetivos.....	37
2.1.1. Esquemas de Valoração sobre a Possibilidade.....	38
2.1.2. Metodologia para Formulação do <i>Standard</i> de Prova Objetivo.....	41
2.2. O (não) <i>Standard</i> de Prova Subjetivo e Ambíguo.....	47
2.2.1. A Íntima Convicção e sua Expressão no Tribunal do Júri Brasileiro.....	52
3. <i>STANDARDS</i> PROBATÓRIOS E O CRIME DE FEMINICÍDIO: MAPEANDO CAMINHOS PARA A ATUAÇÃO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO.....	56
3.1. Breve Análise do Feminicídio.....	57
3.1.1. Atuação sob Perspectiva de Gênero à Luz do Protocolo Latino-Americano e do Conselho Nacional de Justiça.....	61
3.2. A Liberdade Subjetiva do Julgador e o Encontro com a Discriminação (de Gênero).....	67
3.2.1. A (inconstitucional) Tese da Legítima Defesa da Honra.....	73
3.3. Ensaio sobre o Estabelecimento de <i>Standards</i> Probatórios no Julgamento de Feminicídio.....	78
3.3.1. O Processo de Cognição de Qualidade dos Jurados.....	82
3.3.2. Caminhos para Orientação dos Jurados Quanto a um <i>Standard</i> Probatório.....	87
CONCLUSÃO.....	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	95

INTRODUÇÃO

O Processo Penal é compreendido como o processo de (re)cognição de um fato ocorrido no passado através das provas, logo, impossível de se pensar na reconstituição perfeita dos fatos. Na trajetória do processo penal brasileiro, observa-se que em sua matriz inquisitorial, datada formalmente em tempos autoritários como na época da promulgação do Código de Processo Penal (1941) vigente, encontra-se a função da prova atribuída a ideia de obtenção da verdade real e absoluta, a quem cabe gerir: o juiz como gestor desse fato histórico, que persegue a qualquer custo o resultado do processo, isto é, a verdade real a ser relevada na condenação. Nesse contexto, a íntima relação entre verdade e prova é responsável pela “cultura inquisitiva” que despreza a forma no processo penal, de modo que negligencia o procedimento legal com critérios lógicos e pré-definidos.

A partir desse olhar crítico, o presente trabalho busca (re)tomar a função da prova atrelada à verdade processual, aquela verdade correspondente, relativa, aproximada, ao fato ocorridos no passado, ao qual só pode ser perseguido e alcançado por uma atividade probatória complexa, atravessado pela epistemologia para agregar no processo lógico e indutivo do raciocínio probatório. O juiz agora, na figura de destinatário da prova, possui limitações cognitivas previamente conhecidas e é orientado por critérios gerais da racionalidade, só sendo possível construir esse cenário democrático através do princípio reitor do processo penal: a presunção da inocência¹. Com isso, há o estabelecimento do vínculo entre a formação da convicção judicial baseada nos elementos de prova², em respeito às regras do devido processo para proferir uma decisão como o resultado de um ato de convencimento.

Para compreender o processo da tomada da decisão final sobre os fatos, primeiro observa-se o “caminho dos fatos até as provas” que consiste no momento de encontro da realidade empírica com a realidade processual. Diante disso, apresenta-se que o julgador se depara com “representações cognoscitivas”³ do evento ocorrido no mundo real, que são oferecidos no mundo jurídico através de “enunciados fáticos” apresentados pelas partes que são determinados como verdadeiros ou falsos a partir da corroboração dos elementos probatórios disponíveis em

¹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 137.

² KHALED JR., Salah H/ DIVAN, Gabriel Antonolfi. **A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 156/2019 | p. 11.

³ T. A. VAN DIJK. *Estructuras y funciones del discurso*, trad. M. GANN e M. MUR, Siglo XXI Editores, 7ª ed, Mexico, 1991, p. 81.

juízo. Adentrando na atividade probatória, explora-se os quatro momentos de prova (postulação, admissão, produção e valoração) com observação rigorosa ao contraditório e ao direito de defesa.

Em seguida, o presente trabalho perpassa os diferentes modos de se pensar a condução e o gerenciamento da prova como exercício para o controle do poder punitivo na persecução penal, em especial os distintos modos de se pensar o valor atribuído à prova, a última etapa probatória. Diante disso, são explorados o sistema da prova tarifada até o livre convencimento, desde seu grau mais subjetivo fundamentado na íntima convicção até a (pretensa) objetividade no livre convencimento motivado. Ocorre que, empiricamente, ao analisar a *práxis* do Poder Judiciário, observa-se uma crise significativa no âmbito da valoração da prova por violações às garantias constitucionais do acusado, uma vez que a liberdade valorativa tem sido palco para arbitrariedades e decisionismo judicial. O resgate a formas de controle epistêmico, aptos a determinar critérios para legitimar a decisão judicial, ganham visibilidade no contexto processual brasileiro na temática dos *standards* probatórios (SP).

Ao analisar a complexidade da temática da busca por critérios racionais para formulação de SP objetivos, a concepção racionalista da prova é protagonista teórica no presente trabalho, em razão da sua atenção à disciplina da prova, à luz de critérios racionais hábeis de determinar a preposição verdadeira sobre os fatos. Dessa forma, a noção de prova e de fato provado ganha destaque quando observado o sistema da íntima convicção, no qual não distingue entre um fato que esteja provado e um que tenha sido declarado provado por um juiz ou jurado⁴. Isto posto, analisa-se a indagação de LAUDÁN “*Por que um standard de prova subjetivo e ambíguo não é um standard?*” e a expressão da íntima convicção no contexto processual brasileiro do Tribunal do Júri e seus efeitos. Munidos de críticas à íntima convicção como um não *standard* de prova, em razão do seu caráter subjetivo e ambíguo, adentra-se no efeito da subjetividade exercida pelos jurados no julgamento dos processos que envolvem situações de vulnerabilidade social e processual, como nos julgamentos de mortes de mulheres.

A partir de um marco teórico eminentemente feminista, o estudo busca analisar as práticas dos jurados como representantes populares e os discursos judiciais criados e legitimados na

⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. Pp. 58-59.

dinâmica do júri, mediado por normas de gênero⁵. Ao analisar brevemente a criminalização do feminicídio e seus fenômenos, tanto sociais quanto jurídicos, apresenta-se o olhar das diretrizes nacionais e internacionais para processar e julgar com perspectiva de gênero. Diante disso, ou para além disso, a análise do espaço ilegítimo que a íntima convicção fornece à certeza moral, leia-se, patriarcal, de modo que opera a favor de uma atuação judiciária discriminatória, perpetuando estereótipos de gênero, o presente trabalho passa a mapear caminhos de acolhimento efetivo à atuação com perspectiva de gênero através da dogmática processual penal no modelo cognitivo epistêmico.

A forma crítica tratada no presente trabalho à forma discriminatória misógina legitimada pelo sistema de valoração do Tribunal do Júri impulsiona o mapeamento de caminhos na esfera processual penal para produzir um ensaio sobre o estabelecimento de *standards* objetivos como forma de controle epistêmico mais compromissado com uma perspectiva feminista respeitadora da autonomia e dignidade das mulheres.

⁵ PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021, pp. 206-207.

1. O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Para adentrar na atmosfera da valoração da prova penal, é imperioso, primeiro, perpassar o processo penal dentro de sua funcionalidade e desempenho no Estado Democrático de Direito. A partir de uma perspectiva alinhada entre processo penal, sistema acusatório e democracia, se avalia a que se pretende o processo penal democrático enquanto a reconstrução de um fato passado, através de provas. Essa reconstrução pode ser feita na atividade recognitiva do juiz através de diferentes dimensões probatórias para pensar a função que a prova desempenha na persecução penal. *A priori*, a prova é investigada em coexistência com a “busca pela verdade” entranhada nas raízes da história do processo penal, para, enfim, alcançar a epistemologia como guia crucial para análise do presente trabalho. Logo após, verifica-se a construção linear da realidade empírica até alcançar a realidade processual, ao explorar o caminho dos fatos até provas. Para, com isso, atravessar a trajetória da atividade probatória até alcançar a etapa da valoração da prova, por fim.

1.1. O Processo Penal no Estado Democrático de Direito

O processo penal, segundo AURY LOPES JR., “é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico”⁶. Na seara criminal este fato do passado vem a ser uma conduta típica, lícita e culpável, portanto, crime. Para tanto, CORDEIRO conceitua os processos como *máquinas retrospectivas* que se dirigem a estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou, cabendo às partes formular hipóteses, e ao juiz acolher a mais provável, com estrita observância de determinadas normas, trabalhando com base no conhecimento empírico⁷.

O processo trata-se de verdadeiro método de (re)cognição⁸, já que o próprio objeto do processo diz respeito a um evento já ocorrido, cabendo, portanto, reconhecer a impossibilidade de reconstituição perfeita dos fatos. Para isso, surgem as provas enquanto os materiais que permitem a reconstrução histórica do fato. Entender o alcance a que se pretende chegar o processo penal, é compreender a persecução penal alinhada aos preceitos democráticos, pautando o processo de cognição através do estabelecimento necessário de critérios racionais-

⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 556.

⁷ CORDEIRO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá, Temis, 2000, v.2, p. 03.

⁸ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ilícitos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 16.

lógicos para sua operacionalização. Assim, o ponto chave para se pensar o instituto da prova no processo penal democrático é lograr a reconstrução histórica dos fatos, dentre os limites e procedimentos legais existentes que disciplinam as etapas da investigação, da admissão, da produção e da valoração da prova.

As regras processuais penais brasileiras foram fundadas em bases autoritárias, tendo em vista o contexto político ditatorial da promulgação do vigente Código de Processo Penal (CPP) de 1941 em meio a Era Vargas. A estrutura do processo penal brasileiro se mostra inerentemente relevante quando se observa o conceito de GOLDSCHMIDT do processo enquanto *situação jurídica*, uma vez que desenvolve a ideia de que a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição⁹. Assim, a legislação processual penal, fundada em 1941, funciona como um verdadeiro potencializador de práticas inquisitórias que deturpam as funções da prova e do papel do juiz em parâmetros antidemocráticos, como será explorado no presente trabalho.

A promulgação da Constituição de 1988 pairou um novo molde no processo penal brasileiro, carregado de garantias constitucionais como o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII), vedação da existência de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII), princípio do Juiz Natural (art. 5º, LIII); a vedação à utilização de provas ilícitas (art. 5º, LVI), duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), o princípio acusatório (art. 129, I), dentre outros. No universo jurídico-penal, a Constituição representa uma abertura democrática e as garantias constitucionais desenham as linhas de um sistema acusatório no Brasil que preconizam a separação entre as funções de acusar e julgar, bem como do direito de defesa do acusado, em igualdade de condições das partes no processo. AURY LOPES JR analisa que

Inicialmente, não prevê a nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da ‘lei’, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe a valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, a democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica¹⁰

⁹ GOLDSCHMIDT, James. “*Problemas jurídicos y políticos del proceso penal.*” In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 778.

¹⁰ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010. pp. 182-183.

As garantias constitucionais, agora no contexto do Estado Democrático de Direito, representam um marco processual penal no que tange à limitação do poder punitivo do Estado frente ao acusado. A valorização do indivíduo frente ao Estado leva a uma democratização do processo penal, refletindo nessa valorização do indivíduo no *fortalecimento do sujeito passivo no processo penal*¹¹. Neste ponto, urge o princípio que impera no processo penal da proteção dos inocentes, logo, o status da inocência adquire caráter constitucional. Como ensina AURY LOPES JR., o princípio da presunção da inocência revela-se o reitor do processo penal e meio de verificação da qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)¹². Para tanto, a realidade judiciária nos escancara a relativização da presunção da inocência em nome do discurso contra a impunidade e pelo combate à criminalidade, por isso enfrenta-se a dicotomia brasileira: a Constituição como projeto acusatório e a realidade de consagração e celebração inquisitória¹³.

A promessa acusatória a que merecia o sistema processual penal brasileiro em muito encontra seu fracasso no que diz respeito à atuação dos atores no sistema penal, que violam garantias fundamentais em prol da suposta *busca pela verdade real*¹⁴. A mística ideia de que a função do processo penal é revelar a verdade *real* na sentença encontra suas bases inquisitoriais e é potencializada por agentes do Direito que flexibilizam direitos fundamentais neste verdadeiro Processo Penal do Inimigo para obtenção da condenação a qualquer custo. As consequências nefastas são a falta de fundamentos empíricos precisos e da excessiva subjetividade dos pressupostos que embasam aquela sanção penal, caracterizado por FERRAJOLI como decisionismo¹⁵, o que leva às arbitrariedades judiciais que corrompem, de dentro para fora, o Processo Penal no Estado Democrático de Direito. Como observa PRADO

A estruturação democrática do processo penal não se impõe simplesmente de cima para baixo, ainda que parta da Constituição, pelo menos não sem que se vençam fortes adversários culturais, credores inabaláveis na verdade real, absoluta, conquistável através de um procedimento penal de defesa social, como o inquisitório¹⁶

¹¹ LOPES JR, Aury. **A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal**. Disponível em: <<https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17675/material/Instrumentalidade%20Garantista.pdf>>. Acesso em 10/04/2023.

¹² LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 137.

¹³ KHALED JR., Salah H. **A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal**. In: R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, pp. 340-355, jan – fev. 2015;

¹⁴ A temática da “busca pela verdade” será analisada no tópico 2.2.2

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 46.

¹⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2006, p. 37.

Portanto, depara-se com um embate pelo exercício do poder punitivo: quem o controla e de que forma exerce esse controle. Toda essa luta pelo controle do poder punitivo se manifesta na decisão judicial e reflete a valoração dos materiais utilizados para reconstrução do fato histórico – as provas produzidas. Como analisa CARVALHO, o direito (penal e processual penal), capacitado desde o *locus* constitucional, otimizaria mecanismos de frenagem ao excesso punitivo do Estado, à coação direta própria da gestão dos aparatos penais, reduzindo os danos produzidos aos direitos e garantias fundamentais¹⁷. Assim, o diálogo entre a prova penal e a atividade probatória em si no curso da persecução penal se mostra fundamental em razão da íntima relação e interação entre prova e decisão penal e o modo como é estabelecido os mecanismos de controle da dimensão probatória dentro da legalidade do Estado Democrático de Direito.

1.2. Dimensões da Prova Penal

Para compreender o lugar que a prova ocupa no processo penal, é preciso observá-la como o instrumento de busca pela reconstrução do fato passado, a fim de dar ensejo a atividade cognitiva do juiz que – ignorante no sentido que desconhece os fatos – passa a conhecê-los através da prova. Por isso, o processo penal e a prova nele admitida integram o que se pode chamar de *modos de construção do convencimento do julgador*, que formará a sua convicção e legitimará o poder contido na sentença¹⁸.

Para tanto, as diferentes perspectivas pelas quais o julgador constrói o seu convencimento – o que, vem a ser estudado como o processo decisório – alternam drasticamente dependendo do modelo a ser adotado para atribuir a função da prova no processo penal. Como ensina TARUFFO “definir a função da prova vincula-se diretamente às diversas concepções de processo e aos seus objetivos”¹⁹, portanto, imprescindível compreender as diferentes dimensões probatórias para enfim pensar o instituto da prova penal nos limites do Estado Democrático de Direito.

1.2.1. Dimensão Narrativista com Viés Argumentativo

¹⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2008, p. 101.

¹⁸ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo. Saraiva. 2020, p. 558.

¹⁹ TARUFFO, Michele. **A Prova**. (Coleção Filosofia & Direito). São Paulo: Marcial Pons. 2014, p. 20.

O estudo epistemológico tem sido desenvolvido nas últimas duas décadas pela teoria jurídica contemporânea anglo-saxônica e ibero-americana²⁰, ao pensar além das questões de interpretação jurídica por uma perspectiva formal e dogmática. Isso porque a atividade probatória já perpassou diferentes fins no processo penal, inicialmente como demonstração da verdade²¹ e não apenas destinada ao abrigo da verdade formal, mas com uma ideia narrativista implicada ao ato de provar.

A valoração narrativista considera a prova como um fragmento da história (“*story*, utilizada por TARUFFO), aproximando o processo decisório de um modelo *story-telling*. Nesse modelo, as partes apresentam uma história de início, meio e fim e recaem sobre as provas a tarefa de verificação das hipóteses²², a partir de uma integração coesa e coerente sobre a narrativa dos fatos. Ocorre que, é preciso ter cautela com o uso da dimensão narrativa para valoração da prova, uma vez que as provas não configuram mero instrumento de confirmação de ocorrência de uma narrativa - a ser “escolhida” a esmo pelo juiz na decisão judicial. Relacionada à concepção narrativista, a dimensão argumentativa da prova reduz o momento probatório a uma espécie de “jogo de sedução”, o que KHALED ratifica como inaceitável, uma vez que a argumentação é apenas um elemento e não o critério que define a dinâmica da prova no processo²³.

Na mesma linha, FERNANDO GIL também pautou que, em virtude de suas origens retóricas, muita atenção foi dada à argumentação no que se refere à prova jurídica, mas que a pretensão de dissolver a ideia de prova na ideia da argumentação é todo inaceitável e não corresponde à realidade²⁴.

²⁰ Como representantes da tradição saxônica, os trabalhos de Damaska (1991), Twining (1990), Allen (1994), Schauer (2003) e Pardo (2005). Tais autores, em maior ou menor medida, foram inspirados pelos clássicos de Bentham (1827), Thayer (1898) e Wigmore (1907). Do lado continental, essa preocupação epistemológica foi introduzida por Taruffo (1992) e, nos anos que se seguiram, ampliada por ele e outros teóricos, como Mendonça (1998), Aguiló Regla (1999), Gascón Abellán (2004), Ferrer Beltrán (2005; 2007) e González Lagier (2013; 2014) ((MATIDA, Janaina; HERDY, Raquel. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos**. In.: CUNHA, José Ricardo (Org.). *Epistemológicas críticas do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2016, p. 03)

²¹ Para compreender melhor a temática, a interseção entre Prova e Verdade será explorada no tópico 2.2.1, a seguir do presente trabalho.

²² TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Madrid, Trotta, 2002, p. 83.

²³ KHALED JR., Salah H/ DIVAN, Gabriel Antonolfi. **A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 156/2019 | p. 08.

²⁴ CUNHA MARTINS, Rui; GIL, Fernando. **Modos da verdade**. Revista de História das Ideias, Instituto de História e Teoria das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 23, 2002. p. 23.

Nesse contexto, os elementos da prova são colocados neste lugar de elementos de persuasão do juiz, como criticado por TARUFFO, no sentido de “criar, na mente do juiz ou do jurado uma crença acerca da credibilidade dos relatos”²⁵. A função persuasiva atribuída à prova, dada todo seu significado vago e amplo direciona o conceito de prova para uma ideia equivocada de exercício livre cognitivo do juiz em detrimento de uma tomada de decisão exigida por critérios racionais e legais que deveria privilegiar a função demonstrativa da prova às partes, embora não rejeite por completo a dimensão argumentativa em razão da dialética inerente ao contraditório e ao direito de defesa.

Portanto, a concepção narrativista, assumida como atividade probatória, transforma uma “narrativa coerente sobre os fatos” em prova, sendo o meio pelo qual o julgador pode alcançar o descobrimento da verdade, o que simplifica de maneira nociva a relação entre prova e verdade.

1.2.2. Prova e Verdade

O conceito de prova, ensinado por BADARÓ, é o meio pelo qual o juiz chega à verdade, convencendo-se da ocorrência ou inoocorrência dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo²⁶. Neste ponto de interseção entre prova e verdade, PRADO analisa que a existência de uma liga entre verdade, prova e processo penal configura condição de possibilidade de um processo penal conforme os mandamentos do estado de direito²⁷. Em que pese a temática da *verdade* no processo penal não seja o objeto central deste trabalho, sua abordagem introdutória se faz necessária. LOPES JR. afirma que

Quando se trata da prova no processo penal, culminamos por discutir também “que verdade” foi buscada no processo. Isso porque, como explicamos anteriormente, o processo penal é um modo de construção do convencimento do juiz”, fazendo com que as limitações imanentes à prova afetem a construção e os próprios limites desse convencimento

Ensina TARUFFO²⁸ a relevância da preocupação epistêmica ao desenvolver a denominada “teoria da verdade correspondente”, através do conceito de verdade como resultado

²⁵ TARUFFO, Michele. **A Prova**. (Coleção Filosofia & Direito). São Paulo: Marcial Pons. 2014, p. 27.

²⁶ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020, p. 429.

²⁷ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ilícitos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 14.

²⁸ Temática explorada em: TARUFFO, Michele. **A Prova**. (Coleção Filosofia & Direito). São Paulo: Marcial Pons. 2014.

de uma correspondência com os dados empíricos. Também desenvolvida por FERRAJOLI²⁹, o discurso da verdade perpassa esta compreensão teórica da verdade correspondente, ao conceber a verdade com o sentido de correspondência, relativa ou aproximativa. Nesse sentido, ratifica a ideia de que a verdade processual não pretende ser *a verdade*, mas sim a correspondência com a verdade dos fatos históricos, reconstruída dentro dos procedimentos e garantias da defesa no processo penal. Diante disso, a verdade processual se torna a verdade aproximativa, sempre relativa e delimitada ao que há de conhecimento por meio das provas.

Indubitavelmente, a doutrina carrega a discussão jurídico-penal a fim de alcançar outro patamar ao dismantelar a ideia de verdade “absoluta” e a aptidão do juiz de buscar a verdade construída historicamente no sistema inquisitório. A busca inalcançável pela *verdade real* está intimamente relacionada à estrutura inquisitorial em tempos nos quais o processo de obtenção desta verdade desconhecia a ideia de limites, analogicamente à ideia maquiavélica “dos fins justificam os meios”. Nesse contexto, KHALED JR desenvolve a ideia de que o sistema inquisitório possui desprezo pela forma, ou seja, pelo meio, uma vez que só o que interessa é a “patológica satisfação de sua inesgotável ambição da verdade”³⁰, o que segundo CORDEIRO simboliza que “o processo é reduzido a uma sondagem introspectiva, na qual as formas constituem um dado secundário ou simplesmente sem importância, pois o que interessa é o resultado, seja como for obtido”³¹.

Assim, o sistema inquisitório privilegia uma verdade material e consistente em detrimento à conexão dos fatos passados com a realidade. Por isso, sustenta-se uma verdade, de baixo – ou nenhum - suporte probatório em outros elementos, buscando extrair a confissão do acusado, o que tornava possível o próprio acusado assumir o papel de produtor da verdade penal³². A partir disso, a confissão era a “prova das provas”³³ por ser interpretada como o elemento probatório mais fácil de alcançar a suposta verdade e obter a condenação, por isso era perseguida a qualquer custo, de modo que o silêncio era valorado negativamente e admitia-se a tortura como meio de produção de prova. Logo, BECCARIA ilustra o lado desumano e bárbaro da

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 44.

³⁰ KHALED JR. Salah H. **A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, pp. 340-355, jan – fev. 2015;

³¹ CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**: Tomo I. Bogotá: Themis, 2000. p. 264.

³² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 9ª edição. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 38.

³³ Para compreender melhor o peso valorativo atribuído à confissão, consultar tópico 2.4.1. mais à frente no presente trabalho.

legitimação da tortura como “um meio empregado para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer toda diferença entre ambos”³⁴.

Ademais, a busca da verdade real, mediante uma investigação inquisitiva, mais além dos limitados recursos oferecidos pelo respeito às regras processuais, conduz ao predomínio das opiniões subjetivas, e até aos prejulgamentos irracionais e incontroláveis dos julgadores³⁵. A partir disso, é observado o patamar da “cultura inquisitiva” que entranha o processo penal até os dias de hoje, em foco no que tange ao papel do juiz. Na lógica da inquisição, na qual a verdade é fundante e legitimadora do poder, a *ambição da verdade*³⁶ atribui ao juiz o poder de “buscar a prova”, o que incorre no grave erro de assumir o juiz como gestor do fato histórico, sendo absolutamente inapropriada a leitura de processo como laboratório de história, conduzida pelo juiz, ainda que profundamente impregnada no imaginário ocidental³⁷.

Seguindo os perigos da atividade probatória em busca da verdade e do protagonismo do juiz, incorre-se no primado das hipóteses sobre os fatos, podendo o juiz conduzir a persecução penal a fim de lograr vencedora a hipótese na sua consciência em detrimento das hipóteses acusatórias sustentadas pelas provas. Nesse sentido, há uma abertura legal para o juiz decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar sua versão, de modo que o sistema possibilita a crença no imaginário e a legitima como verdadeira. Dessa maneira, há a abertura de margem para que a história do crime seja contada livre de parâmetros legais previamente estabelecidos, chegando ao decisionismo (decido-conforme-a-minha-consciência³⁸), em grave violação às regras do processo.

No Código de Processo Penal Brasileiro, esta discussão está evidente no texto do art. 156 e seus incisos em razão de normatizar a produção probatória de ofício, o que seguindo os estudos de COUTINHO, “simples iniciativa *ex officio* destinada a qualquer tipo de prova suplanta a basilar questão das lacunas como espaço de dúvida que milita pro reo se não

³⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Capítulo XII – Da Questão ou Tortura. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/beccaria.html#52>>. Acesso em 17/04/2023.

³⁵ LOPES JR., AURY. **A Instrumentalidade garantista do processo penal**. Disponível em: <<https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17675/material/Instrumentalidade%20Garantista.pdf>>. Acesso em 17/04/2023.

³⁶ Expressão emprestada de KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

³⁷ BAPTISTA, Francisco das neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: 2013.

preenchida pela acusação”³⁹. Nesse sentido, ratifica um ponto chave do processo penal democrático, o *in dubio pro reo* imposto nos termos constitucionais (art. 5º, LVII, CF), convencionais (art. 8.2, CADH) e legais (art. 413 e 414, CPP) no ordenamento brasileiro, já que a dúvida do juiz deve ser colocada na balança a favor do acusado na resposta do sistema criminal, em detrimento da proatividade do juiz para produzir provas para perseguir sua hipótese autônoma.

Diante disso, não cabe ao juiz informa-se por ofício e determinar diligências a esmo a fim de perseguir a confirmação a hipótese da sua consciência, se tratando de um modelo inquisitório com mera forma acusatória o processo que permite que o juiz atue independentemente para averiguar e investigar os fatos⁴⁰. Este ponto de interseção entre sistema processual inquisitório, gestão de prova nas mãos do juiz e a busca pela verdade real acabam por matar o contraditório e, portanto, o cerne do processo penal democrático e constitucional⁴¹.

Pelo exposto, o autor ensina que no sistema acusatório a verdade não é fundante (e não deve ser)⁴², sendo necessário reconhecer o alcance da reconstituição dos fatos que o processo pode ter para evitar incidir no erro de dar ao processo a missão de revelar a *verdade real* na sentença. Por outro viés, em que pese de acordo com a rejeição da ideia histórica de verdade “absoluta”, KHALED JR e RUI CUNHA MARTINS, dentre outros críticos, por outro lado, se aproximam na teoria de que é necessário romper com o modelo de verdade correspondente para ir além da busca pela verdade no processo penal. Em razão do objeto sujeito a pesquisa neste trabalho, discussões mais densas sobre a verdade⁴³ ficam de lado, por ora.

Para CUNHA MARTINS, o ponto central atualmente se torna sobre o “lugar” que a verdade ocupa (deve ocupar) no processo penal⁴⁴, já que há pensamentos mais céticos relacionados à primordialidade em negar a verdade como função do processo como na doutrina de AURY LOPES JR. Porém, para todos os fins, uma coisa é a verdade como escopo

³⁹ KHALED JR., Salah H/ DIVAN, Gabriel Antonolfi. **A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 156/2019 | p. 395 - 423 | Jun / 2019 DTR\2019\31675

⁴⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 780

⁴¹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo. Saraiva. 2020, p. 558.

⁴² Idem, p. 568.

⁴³ KHALED JR. Salah H. **A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, pp. 340-355, jan – fev. 2015/ CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito**. 3. Ed. São Paulo, Atlas, 2013)

⁴⁴ CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito**. 3. Ed. São Paulo, Atlas, 2013.

processual, como garantia da justiça da decisão; outra, muito distinta, é o método empregado em sua determinação. Para tanto, NARDELLI aponta que renunciar a lógica inquisitiva não implica romper com a busca da verdade e que, por consequência, a determinação verdadeira dos fatos é um pressuposto de justiça nas decisões⁴⁵.

Em suma, jamais espera-se a verdade absoluta extraída do processo e sim uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo⁴⁶ e que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, sendo a atividade probatória uma ação das partes dirigida ao juiz, assumindo a sentença como um ato de convencimento. Uma vez estabelecidos os nortes do Estado Democrático de Direito, compreende-se o lugar que a prova ocupa (*versus* deve ocupar) no processo penal democrático. Diante disso que se justifica o estudo da prova para compreendê-la no sentido técnico-processual, produzida dentro do processo, sob crivo do contraditório e na presença do juiz, e traçar o limite da sua utilização na formação do convencimento do juiz⁴⁷.

1.2.3. Dimensão Epistêmica e a Captura Psíquica do Juiz

A atividade probatória como demonstração da verdade se baseia *crença na credibilidade* das narrativas em uma busca inalcançável pela revelação da verdade no processo, o que além de simplificar de forma lesiva a relação entre prova e verdade, representa uma tensão com a atividade judicial autoritária com arbítrios em prol da condenação a qualquer custo, pelo protagonismo assumido pelo juiz, fadada ao fracasso no campo epistemológico⁴⁸. Aqui estamos abordando atividades probatórias diversas, na medida que a captura psíquica do juiz que explora a atividade probatória como uma atividade complexa, já que o ato de provar está integrado por uma série de fatos diversos, de maneira a emaranhar-se em múltiplas questões epistemológicas

⁴⁵ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019. p. 43

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 2. Ed. rev. E ampl. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo. Ed. RT, 2006. pp. 48-71.

⁴⁷ KERR, Vera Kaiser Sanches. **Provas no processo penal – estudo comparado** / Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes (coordenadores) – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78

⁴⁸ KHALED JR., Salah H/ DIVAN, Gabriel Antonolfi. **A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 156/2019 | p. 07

que atravessam os processos lógicos do raciocínio probatório, como pensado de forma vanguardista pela tradição racionalista da prova⁴⁹.

A captura psíquica do juiz é explorada por ARAGONESES ALONSO ao conceituar a prova como a “atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz, a respeito da veracidade ou falsidade dos fatos”⁵⁰. Nesse sentido, o juiz ocupa a figura de destinatário da prova e, através do respeito às estruturas formais do processo, ele observa os dados reais em conformidade ou desconformidade da justiça com o resultado pretendido⁵¹, afinal CUNHA MARTINS ensina que “prova é em boa medida convencer”⁵². O que em nada deve ser confundido com um mundo de ilimitações cognitivas do juiz, devendo ser rejeitado a convicção do julgador entendida como prova suficiente para condenação, afinal “já é tempo de substituir o “há prova porque há convicção” por há “convicção porque há prova”⁵³, como primazia do sentido racional entre prova e convicção.

A gestão da prova nas mãos das partes estabelece o cerne do sistema acusatório e solidifica a garantia do contraditório e ampla defesa. Como ensina FERNANDES⁵⁴, o processo deve permitir às partes, de forma contraditória, evidenciar a veracidade de suas afirmações e, ao juiz, sem perda da sua imparcialidade, esclarecer dúvidas relevantes para o seu julgamento, com respeito às regras do devido processo. Isto posto, ANDRÉS ILBÁÑEZ ensina que a convicção do juiz, corretamente entendida, não se trata de um estado de ânimo de certeza, tampouco um estado psicológico, “senão o resultado de um estado de conhecimento, o que deve alcançar-se mediante um processo racional, contraditório e autocontrolado de uma obtenção e valoração de dados”⁵⁵.

⁴⁹ Para compreender melhor a tradição racionalista da prova, ver tópico 2. “A Concepção racionalista da prova e *standards* probatórios”

⁵⁰ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 5. ed Madrid, Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984, p. 251

⁵¹ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal: introduccion*. Madrid: Editoriales de derecho reunidas. p. 561.

⁵² CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 08.

⁵³ MATIDA, Janaina. **Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção**. Arquivos da Resistência: Ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP – ed. 1, ano 1.

⁵⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Efetividade, processo penal e dignidade humana**. In: MIRANDA, Jorge. SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 571

⁵⁵ IBÁÑEZ, ANDRÉS PERFECTO. **Valoração da prova e Sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 30

A epistemologia da prova propõe a maior racionalidade das decisões judiciais em detrimento da interpretação judicial, de forma que os elementos de prova são apresentados ao processo e atividade do juiz resulta em verificar se este conjunto de provas é capaz de demonstrar a ocorrência do fato. Em razão dessa lógica, a captura psíquica do juiz é vista como a atividade probatória mais alinhada aos propósitos democráticos do processo penal, tendo um papel modesto e singelo de redução de danos, conforme ensina KHALED⁵⁶.

Segundo o autor, a captura psíquica do juiz atua em conformidade constitucional, na medida em que i. No campo da epistemologia, ela ultrapassa as lacunas que a atividade probatória destinada à demonstração da verdade não consegue preencher, ii. Fixa o juiz na posição de terceiro, enquanto destinatário da prova, fortalecendo os princípios da imparcialidade, iii. Estabelece o vínculo entre a formação da convicção do juiz baseada nos elementos de prova. Portanto, está apta a mitigar o decisionismo e as arbitrariedades na atuação judiciária, tornando ilegítimos os espaços de subjetivismo.

A fim de buscar uma abordagem teórica crítica à questão de prova, o estudo se movimenta de maneira multidisciplinar percorrendo áreas da filosofia, antropologia, psicologia forense, etc. para entender melhor o processo de cognição do direito. Diante disso, o termo “filtragem epistêmica”, pensado por MATIDA, NARDELLI e HERDY, surge para colocar em pauta a necessidade de adequar o procedimento da prova aos parâmetros da epistemologia, a partir da adoção da lógica utilizada por AURY LOPES JR. quando se refere à necessidade de uma “filtragem constitucional” dos dispositivos alinhados ao núcleo inquisitório do Código de Processo Penal de 1941.

Conforme o conceito: “Filtragem”, pois é preciso *separar, não deixar passar, purificar*; e “epistêmica”, porque essa filtragem deve ser capaz de ajustar a prova no contexto jurídico à realidade extrajurídica dos fatos – nos limites admitidos pelo processo⁵⁷

⁵⁶ KHALED JR., Salah H/ DIVAN, Gabriel Antonolfi. **A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 156/2019 | p. 11

⁵⁷ MATIDA, Janaina *et al.* Limite penal. **A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistmica#_ftn3>. Acesso em: 09/05/2023.

Sob essa premissa, a perspectiva epistemológica irá nortear toda trajetória sobre a matéria probatória no presente estudo a fim de enriquecer o modelo de persecução penal por um viés da teoria racional da valoração da prova a ser almejado. Para isso, urge, *a priori*, a análise dos momentos da prova no processo penal para compreendê-la em sua integralidade.

1.3. O Caminho dos Fatos Até as Provas

Quando se fala em verdade processual, se fala na qualidade da verdade que o processo busca produzir dentro dos seus limites legais previamente estabelecidos. Através da evidência empírica, ANDRÉS IBÁÑEZ⁵⁸ afirma que o processo como tal hoje idealmente se concebe, através da atividade probatória, permite alcançar a um grau aceitável de certeza prática sobre os fatos que servem de base para a decisão judicial. Neste momento, depara-se com a vinculação entre fatos e atividade probatória no momento que a realidade empírica coincide com a realidade processual.

É importante distinguir fatos de objetos do processo, já que os objetos do processo são apenas elementos nas relações processuais como o réu, a vítima, as testemunhas e etc., enquanto os fatos são aquilo que tornam uma proposição verdadeira ou falsa, tendo uma relação direta com o evento que está sendo investigado no processo. Assim, superando a cultura do positivismo jurídico, é certo que o acercamento do mundo dos *fatos* com a realidade jurídica se dá pela relevância jurídica que aqueles dados empíricos possuem, o que se evidencia nas consequências que aquele evento produziu em concreto e para o Direito.

Por esta razão, entende-se que o fato no processo penal deve ser limitado e determinado, pois a sua verificação está sujeita a uma imputação penal. Nesses termos, TARUFFO⁵⁹ afirma que “é o direito que define e determina aquilo que no processo constitui fato”. Por todo exposto, não é de fatos em sentido ontológico que se trata o processo, mas sim sobre *enunciados sobre fatos* e, portanto, os valores de verdade e falsidade só podem predicar-se das correspondentes asserções⁶⁰. Por isso, VAN DIJK explica que o juiz não se defronta diretamente com os fatos

⁵⁸ IBÁÑEZ, Andres Perfecto. **Valoração da prova e Sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2006. p. 34.

⁵⁹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. apud GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 317.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 37

como tais, senão com proposições relativas a fatos, denominadas “representações cognitivas” que denotam o acontecimento no mundo real⁶¹.

A partir do momento que este fato provoca efeito jurídico vinculado e pode ser subsumido à norma, cabe agora a quem formular este enunciado sobre os fatos, persegui-lo na instrução probatória. Isto posto, fica clara a necessária vinculação entre *quaestio facti* e *quaestio iuris*, de modo que “não há dúvida de que se fala de uma questão de fato é precisamente porque se decidiu que assim o seja por/para o direito”⁶². No caso do processo penal, às partes, tanto acusação quanto defesa, trazem ao processo preposições representativas do fato, que vem a ser o objeto da prova (*thema probandum*). Segundo IBÁÑEZ,

o fato assim descrito sinteticamente, incluindo a ideia de identidade e a distribuição dos distintos papéis entre os implicados, constitui o *thema probandum*, a imputação, isto é, o fato com relevância típica ou fato principal que é susceptível de decompor-se em uma série de fatos, que corresponderiam aos distintos elementos do tipo⁶³.

Em seguida, a formulação da hipótese acusatória reúne os elementos (múltiplos) integrantes da questão de fato - vinculada à questão de direito - e necessita vir a ser sustentada pelas provas apresentadas pelo órgão acusatório, o que determina que o *onus da prova* incumbe à acusação. Conforme ensina ANDRÉS IBÁÑEZ,

a hipótese pode ser considerada verdadeira quando se mostra compatível com os dados probatórios, porque os integra e explica em sua totalidade, harmonicamente; e não resulta desmentida por nenhum deles. Isto não quer dizer que uma boa hipótese não possa deixar algum “cabo solto”, algum dado sem explicar. Mas este, para tê-la por válida, nunca pode ser fundamental na economia da mesma⁶⁴.

A hipótese acusatória que vem percorrendo desde a etapa da investigação, em seguida transforma os elementos da investigação em provas a serem admitidas e produzidas com a intenção de embasar o enunciado fático proposto frente ao eventual julgador em juízo. É certo que a hipótese acusatória é construída em fragmentos, partindo de sub-hipóteses a serem extraídas de dados procedentes de distintas fontes de prova⁶⁵ para construir o cenário da hipótese acusatória em geral, formalizada na denúncia (art. 41, CPP). Em matéria probatória,

⁶¹ T. A. VAN DIJK. *Estructuras y funciones del discurso*, trad. M. GANN e M. MUR, Siglo XXI Editores, 7ª ed, Mexico, 1991, p. 81.

⁶² IBÁÑEZ, Andrés Perfecto. **Valoração da prova e Sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2006. p. 128

⁶³ Ibid., p. 49.

⁶⁴ Ibid., p. 49.

⁶⁵ Ibid., p. 49.

a postulação (denúncia ou resposta escrita) está nas apresentações dos elementos iniciais que indicam - ou rechaçam - a autoria e materialidade do acusado para o delito.

Deve-se atentar à observação rigorosa do contraditório e do direito de defesa nos quatro momentos da prova (postulação, admissão, produção e valoração), como lecionado por AURY LOPES JR⁶⁶, tendo em vista que constitui a abertura necessária para evitar a manipulação da prova por parte do juiz. Além disso, uma atividade de confronto entre as partes eleva o grau de possibilidade do julgador de realizar uma decisão legítima, na medida que as partes tenderão a oferecer ao juiz as hipóteses fáticas e o alcance da norma a ser interpretada⁶⁷. Ainda, a título de exemplo, o autor faz o uso do conceito de ELIO FAZZALARI que estabelece o processo como um procedimento em contraditório, já que não constitui uma atividade atrelada à somente um único ato com fim em si mesmo, senão uma série de atos que são inter-relacionados e vinculados a partir da sua validade, de modo que “a validade do subsequente depende da validade do antecedente, e da validade de todos eles depende a sentença”⁶⁸

A segunda etapa probatória, a admissão, à luz do juízo de relevância, representa a conexão direta que a prova necessita ter com o enunciado sobre os fatos e com os efeitos que esta prova pode gerar no processo decisório do juiz. Esta etapa é de extrema importância no ordenamento jurídico, uma vez que o manuseio incorreto da prova pode gerar anulação dos atos processuais, como no caso das provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF/88 e art. 157 e ss, CPP), sendo o contraditório e o direito de defesa a possibilidade de impugnar a decisão da (in)admissibilidade da prova.

A seguir, a etapa da produção da prova incumbe às partes perseguir o embasamento de seus enunciados fáticos, constituindo parte do contraditório a possibilidade das partes participarem e assistirem a produção de prova. Evidente a distinção da participação das partes ao ônus da prova, uma vez que cabe somente à acusação provar a hipótese acusatória que consta na denúncia, vide à primeira parte do art. 156 do CPP lida à luz dos princípios constitucionais da não autoincriminação (art. 5º, LXII) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII, CF/88).

NUCCI ensina que

O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. (...) Noutros termos, a inocência é a

⁶⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo. Saraiva. 2020, p. 603.

⁶⁷ IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 53.

⁶⁸ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 646.

regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo.⁶⁹

Assim, pelo princípio da concentração, em regra, as provas são produzidas em audiência (art. 400, CPP), como a declaração da vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como os esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, por fim, procedendo ao interrogatório do acusado. Diante do conjunto de provas apresentadas em juízo, é o momento de valorar todas as provas produzidas diante do “apoio empírico que esses elementos aportam individual e conjuntamente às diferentes hipóteses fáticas disponíveis sobre o ocorrido.”⁷⁰

1.4. O Valor Judicial da Prova

A partir da premissa de Jeremy Bentham, “a arte do processo não é, na realidade, nada além da arte da administração da prova”⁷¹, entende-se a espinha dorsal do processo penal acusatório: a gestão das provas na mão das partes e a atuação do juiz a partir deste contraditório e em respeito às regras do devido processo para proferir uma decisão como o resultado de um ato de convencimento. Para tanto, ilustra-se a relevância que a condução e gerenciamento da prova exerce para o controle do poder punitivo na persecução penal. Ao longo da história, sucederam distintos modos de se pensar o valor judicial da prova, desde o sistema de prova legal à íntima convicção e enfim ao livre convencimento (motivado?) e os procedimentos que irão estabelecer critérios (ou não) para a valoração probatória.

1.4.1. A Valoração Probatória na História do Processo Penal: do Sistema de Prova Legal à Livre Apreciação

O sistema da prova legal, denominada também de prova tarifada ou certeza legal, consiste na predeterminação de um valor para uma prova judicial. Nessa lógica, de antemão, define-se, em caráter abstrato, valores para as provas com “regras detalhadas que estabeleçam o peso de cada prova”, como elucidado por TARUFFO⁷². Com esse sistema de valoração hierarquizada

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 264-266.

⁷⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da Prova** (tradução Vitor de Paula Ramos). 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 133.

⁷¹ BENTHAM, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence. Extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham.* Esq. by M. Dumont. London: Messrs. Baldwin, Cradock, and Joy, Paternoster-Row, 1825, p. 02.

⁷² TARUFFO, Michele. **A Prova**. (Coleção Filosofia & Direito). São Paulo: Marcial Pons. 2014, p. 131.

da prova, cria-se uma espécie de tabela de valoração de provas, de maneira a estabelecer diferentes graus de valor conforme as exigências legais, isto é, o nível de valor probatório suficiente para formar a convicção do julgador.

Isto posto, a prova legal implica em “horizontes fechados e conclusões mecânicas”⁷³, o que simboliza nada menos que o autoritarismo. Historicamente, esse sistema foi o cerne do processo inquisitório clássico na Europa Continental que, além de admitir o uso da tortura como meio de obtenção da suposta verdade *real*, demarcou a ideia da supremacia da confissão do réu como “rainha das provas” (*regina probationum*), uma espécie de prova absoluta, caracterizada como *prova plena*, tendo em vista que supostamente possui valor probatório suficiente para formar a convicção do julgador. Ainda, este sistema também determina o grau de valor das provas conforme a quantidade e qualidade, como por exemplo, duas declarações de testemunhas unânimes e contestes constituírem prova plena também.

A função do juiz neste sistema legal consiste somente em somar os valores das provas e chegar a um resultado através de um cálculo, sem margem para qualquer atividade cognitiva no processo decisório. O juiz, integralmente limitado ao previamente estabelecido em lei, não dispõe de “espaço para sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso”⁷⁴. Portanto, MAIER afirma que o ofício de julgar transforma-se em mera aplicação da lei, um método formal em detrimento de um método histórico-experiencial⁷⁵. Isso ocorre porque havia uma falta de confiança generalizada nos juízes em razão de um imaginário social de corrupção e ignorância atrelado à figura do juiz, esclarece TARUFFO⁷⁶, de maneira que a tarifa legal afasta a inferência do julgador de qualquer valoração à prova, tornando-a um mero processo lógico e matemático.

No Brasil, há de se observar resquícios remanescentes do pensamento por tarifa legal, evidente no art. 158 do CPP em razão da exigibilidade do exame de corpo delito, direto ou indireto, como prova em infrações que deixam vestígios, não podendo supri-lo a confissão do acusado, de modo que não há margem para o juiz atribuir valor diferente deste já estabelecido.

⁷³ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*: Tomo II. Bogotá: Temis, 2000. p. 29.

⁷⁴ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo. Saraiva. 2020, p. 608

⁷⁵ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006. p. 321.

⁷⁶ TARUFFO, Michele. *A Prova*. (Coleção Filosofia & Direito). São Paulo: Marcial Pons. 2014, p. 132.

Portanto, a prova tarifada foca nas seguintes dimensões: i. no valor previamente atribuído e regulado de uma prova e ii. exclusão do arbítrio do juiz na administração da prova.

Este sistema perdurou até o final do séc. XVIII, quando foi substituído pela livre convicção do juiz no direito probatório europeu. Em rompimento com a pré definição rígida do sistema anterior, clássica do positivismo, surgiu o princípio da livre valoração da prova, em decorrência da propagação dos ideais iluministas que preconizavam a secularização e o abandono da dicotomia delito *versus* pecado que reinava na inquisição. Nesse contexto, SALO DE CARVALHO lista uma série de direitos que foram herança dos filósofos iluministas: reserva legal, taxatividade, irretroatividade, tripartição dos poderes, proporcionalidade das penas, devido processo legal e igualdade perante a lei⁷⁷. Assim, calçado pela primazia da razão do juiz intelectualmente ‘formado’ pelo Estado, portanto, fiável, genuíno e seguro, o princípio da livre valoração surge para dar espaço ao julgador formar um juízo de convicção, sem prévio valor legal estabelecido, a respeito dos fatos baseados em provas que fundamentam a hipótese acusatória.

Ensina FERRER BELTRÁN que a livre valoração da prova “é livre somente no sentido de que não está sujeita a normas jurídicas que predeterminem o resultado desta valoração”⁷⁸, de maneira que o valor das provas é estabelecido pelo julgador quando considerar a hipótese acusatória suficientemente provada. É importante ressaltar que a forma – os limites da atividade probatória – são regulamentados enquanto um procedimento racional de verificação de fatos, porém o que está em pauta é ato de dar valor a uma prova atribuído livremente ao juiz nesse sistema. O significado da expressão “livre” convicção do juiz, analisada por DENIS SAMPAIO, citando obra de NOBILI, corresponde a

possibilidade do julgador desvincular-se da taxatividade arbitrária dos valores de prova, e, em especial, da confissão, bem como da ingerência de atos extraprocessuais, não podendo corresponder, portanto, à dispensa da observância dos critérios de exigência de ordem lógica.⁷⁹

⁷⁷ CARVALHO, Salo de. **Da Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial**. In WOLKMER, Antonio Carlos (org). Fundamentos de História do Direito. Editora Del Rey, Belo Horizonte: 2006, p. 214.

⁷⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 45.

⁷⁹ NOBILI, Massimo. *II principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 15 apud SAMPAIO, Denis. **Valoração da prova penal: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório**. 1.ed. Florianópolis, SC: Emais, 2022. p. 307

A forma mais subjetivista da categoria da livre convicção é o sistema de íntima convicção ou certeza moral, na qual a valoração das provas não perpassa os critérios da racionalidade, haja vista que a decisão judicial é submetida ao convencimento pessoal e íntimo do julgador, desvinculado da necessidade de justificar suas razões na sentença. Fundada no Código Napoleônico de 1808, com influência da experiência inglesa, a “*intime conviction*” surge a partir da revalorização do “sentido comum”⁸⁰ tradicionalmente refletida na criação dos julgados populares.

Esse marco da legalidade, explica IBÁÑEZ, “apareceu extraordinariamente tingido de subjetivismo”, como se o exercício dessa liberdade de apreciação de dados probatórios em um contexto legal fosse mais que atividade reacional, de maneira que carrega a ideia de uma espécie de momento místico, logo, incontrolável⁸¹. Nessa linha, CORDEIRO aprofunda certeira ao comparar, de forma crítica, a livre convicção a uma “voraz potência superlógica”, nos seguintes termos:

A livre convicção seja um tipo de potência dionisíaca da qual não se pode falar senão nos termos alusivos com que a bacante falava do deus; que o intelecto não seja onipotente não é um bom motivo para renunciar a usá-lo aonde poderia agora nos iluminar.⁸²

A íntima convicção possui como ponto central a decisão não fundamentada, de modo que não é possível conhecer, tampouco inferir, as razões pelas quais o julgador proferiu aquela decisão, o que alude à comparação de GASCÓN ABELLAN ao contrastar a íntima convicção à livre, comunicável e intransferível, e por isso, irracional, incontrolável e arbitrária⁸³. Nesse mesmo sentido, AURY LOPES JR. reflete sobre a oscilação gerada na tentativa de romper com o sistema da prova legal: “para sair do positivismo do sistema anterior, caiu-se no excesso de discricionariedade e liberdade de julgamento, em que o juiz decide sem demonstrar os argumentos e elementos que amparam e legitimam a decisão”⁸⁴.

No direito processual penal brasileiro, a única previsão do sistema da íntima convicção é no Tribunal do Júri, na decisão dos jurados leigos, tipificada no art. 472 do CPP, incluído pela reforma da Lei nº 11.689 de 2008. O júri popular, assim conhecido, concede aos jurados o poder

⁸⁰ NOBILI, Massimo. *II principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974p. 131, ss

⁸¹ IBÁÑEZ, Andres Perfecto. *Valoração da prova e Sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2006, p. 91

⁸² CORDEIRO, Franco. *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milão, 1966, pp. 229-230.

⁸³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos em del derecho*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 143.

⁸⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo. Saraiva. 2020, p. 608

de decidir com base em qualquer elemento, inclusive permitindo uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos, sujeita à apelação para fornecer novo julgamento ao réu (art. 593, III, “d” do CPP). No entanto, se este novo julgamento resultar na mesma decisão dos jurados, seja condenatória, seja absolutória, isto é, igualmente contrária à prova dos autos, nada mais poderá ser feito (art. 593, §3º do CPP). Portanto, a vastidão concedida ao poder de julgar em Júri coloca em xeque sua legitimidade, pois além da motivação da decisão não ser exposta, há abertura legal para a decisão final ser integralmente desvinculada das provas dos autos.

Esse espaço livre concedido ao imaginário dos jurados leigos é frutífero ao (des)valor feito em relação ao réu, o que representa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento por questões de raça, classe, gênero, orientação sexual, religião, aparência física, fatores como a postura do réu antes e durante o julgamento e etc⁸⁵. Além do julgamento para com o réu, abre-se margem para este (des)valor no tratamento com as vítimas (e vítima indiretas) em casos de vulnerabilidade social e processual, em especial nos que envolvem violência de gênero, violência doméstica e familiar, recorte explorado mais a frente no presente trabalho⁸⁶. Isto posto, observa-se os perigos inerentes à falta de um possível controle à liberdade concedida ao julgador para formar a sua convicção. AURY LOPES JR. afirma que

Em definitivo, o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder, e no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle. (...) Não se nega a subjetividade, por elementar, mas o juiz deve julgar conforme a prova e o sistema jurídico penal e processual penal, demarcando o espaço decisório pela conformidade constitucional.⁸⁷

Nessa lógica, encontra-se a (tentativa de uma) imposição de limites racionais à livre convicção do juiz: a justificação. Sob essa perspectiva, o sistema permite que o juiz conceda valor de forma livre ao conjunto de provas contanto que fundamente a decisão final. No sistema processual penal brasileiro, a previsão do livre convencimento motivado está expressa no art. 93, IX, Constituição Federal de 1988 e na primeira parte do art. 155 do CPP, sendo exceção o sistema da íntima convicção somente ao Tribunal do Júri. Diante disso, além da necessidade de respeito à forma do processo penal à medida que a apreciação das provas deve ser realizada dentro dos critérios racionais e legais, o julgador encontra-se limitado pela racionalidade ao ser obrigado a explicitar os motivos por que proferiu a decisão final.

⁸⁵ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo. Saraiva. 2020, p. 608

⁸⁶ Esta temática será explorada nos tópicos seguintes do presente trabalho, em especial a partir do 3.3.

⁸⁷ LOPES JR. Aury. Op. cit., p. 608

Como ratificam MATIDA e HERDY, “a questão que interessa é a justificação das proposições sobre os fatos que integram o raciocínio do julgador no momento em que se lhe exige uma decisão sobre quem merece a tutela jurisdicional no caso individual”⁸⁸. Para mais, a fundamentação está intimamente ligada à garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, uma vez que a exposição de motivos é a base da argumentação que possibilita à parte recorrer e submeter-se a novo julgamento no Tribunal, sendo o livre convencimento motivado do juiz o “princípio norteador da atividade de julgamento no sistema processual brasileiro quanto à apreciação da prova”⁸⁹.

A fundamentação permite avaliar se “a racionalidade da decisão predominou pelo poder”⁹⁰, ponto no qual entra em pauta a disputa entre razão e poder, isto é, entre saber e poder. Explica AURY LOPES JR que o juízo penal e toda atividade jurisdicional é um *saber-poder*, ligando o conhecimento à decisão, de forma a obter uma *garantia*. Diante disso, a doutrina complexa e brilhante pensada por FERRAJOLI desenvolve o modelo penal garantista enquanto um sistema de minimização do poder e maximização do saber judicial, precisamente porque o que faz a decisão ganhar validade é a motivação “verdadeira, empírica e logicamente controlável”⁹¹. Nesse sentido, o autor garantista ensina que:

O Estado de direito é sinônimo de garantismo. Designa não simplesmente um Estado legal, mas um Estado nascido com as modernas constituições e caracterizado, no plano formal, pelo princípio da legalidade, segundo o qual todos os poderes – executivo, legislativo e judiciário – estão subordinados a normas legais e abstratas que lhes disciplinam a atividade e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes⁹²

Como ensina IBÁÑEZ, “a primeira aparição do dever de motivar corresponde prioritariamente a exigências de caráter político: a busca de uma garantia contra o arbítrio”⁹³. Sob esse olhar, FERRAJOLI explica que em razão das garantias de estrita legalidade e da estrita submissão à jurisdição, as sentenças penais exigem uma motivação que deve ser fundada sobre

⁸⁸ MATIDA, Janaina; HERDY, Raquel. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos**. In.: CUNHA, José Ricardo (Org.). *Epistemologias críticas do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2016.

⁸⁹ MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do livre convencimento motivado: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 22.

⁹⁰ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo. Saraiva, 2020, p. 1.376.

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón – Teoría del Garantismo Penal**. 2. ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid, Trotta, 1997. p. 22 e ss.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

⁹³ IBÁÑEZ, Perfecto Andres. **Los “hechos” en la sentencia penal**. México: Fontamara, 2005. p. 43.

argumentos cognitivos de fato e re-cognitivos de direito⁹⁴. Diante disso, entende-se a ideia de que a motivação é uma forma de controle do discurso probatório do juiz para se alinhar ao novo marco da racionalidade legal. Assim, é certo que a exigência da motivação da decisão procura contornar os espaços deixados pela livre apreciação da prova, por isso LENIO STRECK explora a motivação como um dos principais instrumentos de controle do decisionismo, impedindo, em teoria, o julgador de “decidir qualquer coisa sobre qualquer coisa”⁹⁵.

No entanto, o ponto chave é compreender que a justificativa deve se dar através das provas contidas nos autos e não meramente uma narrativa coerente dos fatos para alcançar aquela decisão final, a fim de evitar os perigos desta valoração narrativista⁹⁶. Como ensinado por CALAMANDREI, as provas servem ao juiz “não para persuadi-lo, senão para revestir de razões aparentes uma persuasão já formada por outras vias”⁹⁷. Na mesma ótica, a interpretação da motivação não deve incorrer na lógica equivocada de que o juiz primeiro encontra a conclusão, para em seguida, perseguir as premissas que servem para justificá-la.

O autor adverte ao perigo da motivação ser utilizada para inverter a lógica do silogismo judicial: “(...) a motivação da sentença (...), muitas vezes se constrói depois, como a justificação *a posteriori* de uma vontade já fixada precedentemente por motivos morais ou sentimentais”⁹⁸. Por isso, os perigos da dimensão narrativista sob viés argumentativo e do silogismo invertido do juiz evidenciam que uma decisão “bem” fundamentada não simboliza o ápice do emprego de critérios racionais para valorar a prova, tendo em vista que ainda sim os motivos podem ser negligenciados, vagos e arbitrários. Nesse sentido, CALAMANDREI persevera que

Nem sempre sentença bem fundamentada quer dizer sentença justa, e vice-versa. Às vezes, uma fundamentação negligente e sumária indica que o juiz, ao decidir, estava tão convencido de que sua conclusão estava correta que considerava perda de tempo pôr-se a demonstrar a evidência; do mesmo modo que, outras vezes, uma fundamentação prolixa e acurada pode revelar no juiz o desejo de dissimular a si mesmo e aos outros, à força de arabescos lógicos, sua perplexidade.⁹⁹

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 436.

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?**. 4. ed. rev. Porto Alegre: 2013

⁹⁶ Para compreender melhor, leitura do tópico 2.2.1 “Dimensão narrativista com viés argumentativo”

⁹⁷ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. pp. 180-181

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid.

Nesse sentido, encontra-se uma crise significativa no âmbito da valoração da prova, ao observar que “o chamado livre convencimento tem servido de álibi retórico para as piores barbaridades judiciais” conforme desenvolve KHALED JR.¹⁰⁰, uma vez que tem sido instrumentalizado para conferir uma aparência de legitimidade a decisões claramente arbitrárias persecutórias alinhadas ao discurso do combate à criminalidade. O autor denomina de “império do decisionismo no Direito” o que sinaliza a institucionalização de uma “ditadura de toga”¹⁰¹ e seus impactos negativos na República e na democracia. No mesmo sentido, as arbitrariedades judiciais acobertadas pelo véu do princípio do livre convencimento motivado são, também, analisadas por TARUFFO que esclarece que “o uso degenerativo que às vezes se faz desse princípio abre caminho para a legitimação da arbitrariedade subjetiva do juiz ou, no melhor dos casos, a uma discricionariedade que não se submete a critérios e pressupostos”¹⁰².

NIEVA FENOLL também ratifica que o cenário do livre convencimento foi consolidado sem qualquer definição de critérios para orientar tal juízo sobre os fatos¹⁰³, o que urge como condição de controle para aquela decisão, tendo em vista que, somente por uma decisão pautada por critérios racionais e objetivos, esta se torna controlável¹⁰⁴ no âmbito recursal, o que traz a tona a necessidade de uma teoria racionalista da prova que pensa na temática dos *standards* de prova (SP) como forma de controle epistêmico que determina critérios para legitimar a decisão judicial.

¹⁰⁰ KHALED JR., Salah H. **Livre convencimento motivado: o império do decisionismo no Direito**. p. 290. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/18/livre-convencimento-motivado-o-imperio-dodecisionismo-no-direito/#_ednref19>. Acesso em 11/05/2023.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 398. Tradução livre.

¹⁰³ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2012. pp. 65-66.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005. p. 238.

2. A CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA E OS *STANDARDS* PROBATÓRIOS

A Tradição Racionalista da Prova parte do referencial teórico de William Twining que recupera os estudos de Bentham, Thayer e Wilgmore para pensar na concepção da “*New Evidence Scholarship*” de 1982 no âmbito da tradição do *common law*. De certo, embora esse modelo de matriz adversarial seja mais conhecido pela resolução de conflitos, em razão do seu caráter negocial e de barganha em comparação ao *civil law* de matriz inquisitorial, parte-se do pressuposto da prova como instrumento de averiguar a verdade sobre os fatos em ambos os sistemas, só fazendo o uso de práticas diversas para o alcance do mesmo fim.¹⁰⁵

Para NARDELLI, o mérito desta tradição está na atenção vanguardista dada à disciplina da prova, à luz de critérios racionais hábeis de determinar a verdade sobre os fatos, uma vez que observaram o desequilíbrio do discurso judicial focado muito mais nas questões jurídicas do que nas questões fáticas que acabam sendo apreciadas “intuitivamente e sem maiores critérios, relegadas à contingência do senso comum.”¹⁰⁶ Além disso, a tradição racionalista refletiu, a frente do seu tempo, sobre a necessidade de estabelecer relações com outros ramos do pensamento, como filosofia, psicologia e lógica para agregar ao universo jurídico, iniciando de forma brilhante a inserção do esquema epistemológico da concepção metajurídica em matéria probatória.¹⁰⁷

Recentemente vem sendo recepcionados em países da tradição continental como Itália e Espanha a doutrina de grandes autores como Luigi Ferrajoli por convergir o modelo do garantismo ideal com um viés epistemológico, Michele Taruffo pela ideologia racional da decisão sobre os fatos e seu discípulo Jordi Ferrer Beltrán por pensar a justificação racional da seleção das premissas fáticas do raciocínio judicial. Ademais, Larry Laudan por se preocupar com a subjetividade das decisões e Marina Gascón Abellán pelo estudo da racionalidade empírica focada na objetividade através da probabilidade lógica¹⁰⁸. Desse modo, foi – e está –

¹⁰⁵ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019. p. 16

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 17

¹⁰⁷ Como abordado na dimensão epistêmica da prova no tópico 1.2.3.

¹⁰⁸ Veja-se TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005; TARUFFO, Michele. **A Prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014; TARUFFO, Michele, **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012; FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y**

sendo construída a concepção racionalista ou cognoscitivista pensada a partir dos referenciais teóricos acima a serem explorados ao longo deste trabalho.

Conforme IBÁÑEZ, “ainda que possa parecer paradoxo, o processo penal está hoje em condições de produzir melhor qualidade de verdade que nunca, justamente pela atual modéstia racional de suas pretensões a respeito”¹⁰⁹. Isso porque há um patamar democrático de reconhecer a sentença como uma fabricação não correspondente ao passado e, portanto, procurar sujeitá-la ao máximo de nível de controle para “subverter as possibilidades de que ela assuma conformação de mera fabricação narrativista desvinculada de um núcleo probatório”¹¹⁰. E isso se deve à concepção racionalista por compreender a prova como um instrumento de conhecimento destinada a investigar a verdade sobre os fatos, com as devidas cautelas a essa busca inalcançável e sempre como norte a verdade correspondente à realidade. Ainda, a esta teoria por defender a submissão da valoração da prova à critérios gerais de racionalidade ao longo de toda persecução no âmbito processual-penal, orientada por uma epistemologia objetivista e crítica que assume as limitações cognitivas do juiz.

O teórico FERRER BELTRÁN, ao pensar a falta da (ou omissa, negligente e vaga) motivação em matéria de fatos provados, a atribui a dois fatores: i. a falta de uma teoria que estabeleça critérios de racionalidade que regem a livre valoração da prova, já que a ausência desses critérios claros, tende a maximizar esse caráter *livre* da valoração, sua vinculação à íntima convicção do juiz, a discricionariedade judicial na matéria de valoração da prova (tendenciosa à arbitrariedade quando ausente de controle); e ii. a noção de prova e de fato provado é interpretada de forma subjetiva e não há distinção entre um fato que esteja provado e um que tenha sido declarado provado por um juiz ou um jurado.¹¹¹

A este último foi dedicado o tópico 2.3 deste trabalho para explorar a trajetória racional dos fatos até as provas para partir da premissa de que “está provado que *p*” é sinônimo de “há elementos de juízo suficientes a favor da aceitação de *p* como verdadeira”, o que urge a necessidade de abarcar o primeiro fator de BELTRÁN, para se pensar no modelo racional

verdade en el derecho. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en del derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, entre outros.

¹⁰⁹ IBÁÑEZ, Andrés Perfecto. **Valoração da prova e Sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2006. p. 129.

¹¹⁰ KHALED JR., Salah H. **Livre convencimento motivado: o império do decisionismo no Direito**. p. 312. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/18/livre-convencimento-motivado-o-imperio-dodecisionismo-no-direito/#_ednref19>. Acesso em 19/05/2023.

¹¹¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. Pp. 58-59.

fundado em critérios lógicos e probabilísticos de verificação dos enunciados fáticos apresentados pelas partes como o mais adequado à alcançar a *verdade processual*. A teoria não pretende descrever como decidem os juízes, mas sim indicar como deveriam decidir se se pretende que suas decisões sejam racionais.

Assim, a preocupação surge no ponto do controle de qualidade da racionalidade (in)utilizada no livre convencimento, uma vez que a sentença jamais pode estar condenada a ser um exercício do decisionismo, de modo que devem reinar os “limites constitucionais e processuais para formação do convencimento do juiz e ainda demarcado o espaço interpretativo”¹¹². Isto posto, entende-se que o caminho para o desenvolvimento de uma teoria racional perpassa o amadurecimento do princípio da livre valoração guiado por regras racionais e objetivas. Dessa maneira, com o intuito de racionalizar as decisões, os pesquisadores se voltaram para a busca destes critérios mais objetivos, verdadeiros *standards* de prova com a função de atuar como diretrizes para o julgador ser orientado no processo decisório.

2.1. Em Busca de Critérios Racionais: *Standards* Probatórios Objetivos

Diante das diretrizes que vão ser apresentadas em busca de um SP objetivo, é preciso compreender, *a priori*, que este é apenas uma forma para a determinação dos fatos, o que pressupõe que o *standard* é uma etapa posterior à seleção das hipóteses mais prováveis. “Qualquer que seja o *standard*, ele se aplica às hipóteses já valoradas pelo julgador”¹¹³. Para pensar os esquemas de valoração a seguir, é preciso compreender, portanto, o *standard* age sobre hipóteses selecionadas como *provavelmente* verdadeiras.

E é preciso determinar critérios objetivos para indicar quando se pode aceitar um fato como provado. Nesse sentido, GASCÓN ABELLÁN resume bem o escopo da tarefa ao afirmar que a prova conclui uma hipótese, um enunciado que é aceito como verdadeiro (jamais uma verdade absoluta) e o grau de probabilidade fornece um bom critério para motivação da decisão¹¹⁴. A autora afirma que

¹¹² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo. Saraiva. 2020, p. 1.386

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ ABELLÁN, Marina Gascón. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa, Alicante, n. 28, 2005, pp. 127-139. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/ Doxa_28_10.pdf>. Acesso em 20/05/2023. (tradução livre)

Si valorar consiste en evaluar si puede o no darse por probado un hecho controvertido, valorar libre y racionalmente consiste, más precisamente, en evaluar si el grado de probabilidade o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describi a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera¹¹⁵

Assim, depreende-se que o próprio conhecimento do *provável* é o único ato que cabe tentar alcançar, ao interpretar a persecução penal como um processo para averiguar se um fato singular aconteceu no passado e a ação correspondente pode ser atribuída a um sujeito concreto¹¹⁶. Assumindo as limitações do conhecimento inerentes à atuação judiciária, entende-se que o pode ser verificado é o elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido¹¹⁷, pois como bem afirma MAX BLACK “qualquer pessoa que aspire à racionalidade deve se guiar diante da incerteza por probabilidades.”¹¹⁸.

2.1.1. Esquemas de Valoração sobre a Possibilidade

Assim, partindo do pressuposto que pensar no estabelecimento de SP, é intimamente perpassar o conceito de probabilidade, emprestado da epistemologia geral, agora entende-se que a formulação de um SP depende dos esquemas de valoração utilizados. Existe dois modelos que buscam estabelecer modelos racionais para determinar o grau de probabilidade aceitável no raciocínio probatório, o primeiro referente a um modelo de probabilidade matemático-estatístico e o segundo referente à probabilidade lógica ou indutiva. Esclarece FERRER BELTRÁN que não se trata de encontrar um esquema de raciocínio para busca entender como efetivamente raciocinam os juízes e tribunais que decidem os fatos (independente se são togados ou leigos) e sim encontrar uma metodologia de valoração da prova que permita exercer o controle das decisões (em matéria de prova)¹¹⁹.

No que se refere ao modelo matemático-estatístico, a tentativa de adoção deste é baseada na Teorema de Bayes que consiste na aplicação de uma forma de probabilidade que calcula a possibilidade de um evento acontecer, com base em um conhecimento que pode estar relacionado ao evento. Nessa linha, GASCÓN ABELLÁN aponta que este esquema

¹¹⁵ ABELLÁN, Marina Gascón. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. In.: ABELLÁN, Marina Gascón et al. *Proceso, prueba y estándar*. Lima: Ara, 2009, p. 18

¹¹⁶ BÁÑEZ, Andrés Perfecto. *Valoração da prova e Sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2006. p. 130

¹¹⁷ PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ilícitos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 263.

¹¹⁸ BLACK, Max. *Induction and Probability*. Macmillan Publishing Company Inc. Citado na versão traduzida em espanhol de CASAN, P.; BENEYTO, R. *Inducción y probabilidade*. Madrid: Cátedra, 1984. p. 88

¹¹⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração Racional da Prova* (tradução Vitor de Paula Ramos). 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 141

matemático em geral ou bayesiano o SP se formula com absoluta precisão, indicando numericamente o grau de probabilidade que a hipótese deve atingir¹²⁰. Alvo de diversas considerações negativas, a fórmula Bayesiana como modelo de valoração de prova é criticada por reduzir o conteúdo do processo unicamente às frequências relativas que se dá um tipo de evento em uma sucessão.

Sob essa perspectiva crítica, FERRER BELTRÁN ensina que o modelo de probabilidade matemática-estatística não revela nada sobre os fatos individuais em si, o que de fato importa, de forma geral, no processo¹²¹. Ainda, TARUFFO também desenvolve que estas estatísticas se relacionam mais com uma ideia de “casualidade geral” entre eventos do que propriamente embasar a suficiência da confirmação da hipótese daquele caso concreto que dispõe de circunstâncias particulares e específicas¹²².

De certo, essa lógica pressupõe um caso em que há somente uma hipótese simples, jamais um caso complexo, tendo em vista que, diante da pluralidade de elementos de prova, abre margem para resultados contraintuitivos e que podem ser nocivos ao princípio da presunção da inocência, o que ABELLÁN aponta como a falha na “validade epistemológica no campo judicial”¹²³. Assim, este modelo não finda a busca por critérios racionais, já que não satisfaz integralmente a confirmação de uma hipótese considerada provada¹²⁴, além da notória dificuldade que os juristas teriam para utilização do teorema bayesiano (e resistência por se tratar de um conhecimento extrajurídico).

¹²⁰ ABELLÁN, Marina Gascón. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa, Alicante, n. 28, 2005, pp. 127-139. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf>. Acesso em 20/05/2023. (tradução livre)

¹²¹ Para melhor compreensão, BELTRÁN exemplifica: “Em geral, no processo não importa determinar a frequência com que os homens solteiros maiores de 60 anos, com título universitário e aposentados, matam suas irmãs mas sim se João matou sua irmã”, independente se disponha destas características, isto é, “independente daquela frequência” FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 98 (Tradução livre)

¹²² TARUFFO, M. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Trad. M Carbonell e P. Salazar. **Boletim Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXVIII, v. 114, pp. 1285-1312, 2005, p. 1294

¹²³ ABELLÁN, Marina Gascón. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. In.: ABELLÁN, Marina Gascón et al. *Proceso, prueba y estándar*. Lima: Ara, 2009, p. 23.

¹²⁴ Para além, a possível solução se encontraria na movimentação da probabilidade da frequência para probabilidade de preposições, uma vez que mesmo com uma probabilidade estatística relativamente alta, ainda assim não é integral e conclusiva e apoia-se somente nela mesma, sem ser corroborada por outros elementos de juízo disponíveis. Dito isto, defende-se que ela deveria ser utilizada *a priori* do raciocínio para avançar ao cálculo das probabilidades subjetivas, temática que não cabe no presente trabalho o aprofundamento, tendo em vista que o foco seria no alcance do segundo modelo de probabilidade lógica ou indutiva.

Indo além do termo “probabilidade” pensado pela teoria convencional da probabilidade matemática, o alcance ao segundo modelo da probabilidade lógica e indutiva se dá através da reflexão da probabilidade como um grau de confirmação ou certeza¹²⁵. Assim, esse esquema de valoração parece mais factível frente à realidade dos dilemas enfrentados em juízo, no qual deve eleger qual das hipóteses vai se confirmar, de acordo com as provas disponíveis que corroboram (ou não) as hipóteses propostas pelas partes no caso. Neste modelo, o SP deve indicar quando está justificado aceitar aquela hipótese como verdadeira, isto é, “quais são os critérios que se estabelecem quando há um fato corroborado (provado)?”¹²⁶

A análise de ABELLÁN sobre os SP ensina que, para estabelecer critérios objetivos, pelo modelo do grau de confirmação, uma hipótese pode ser considerada verdadeira se não foi refutada pelas outras provas e se foi confirmada por estas provas suficientemente. Neste ponto, a autora adverte que para a decisão atual considerar corroborada a hipótese em questão vai ser sempre uma decisão *inferencialmente válida* porque é justificada com base no atual conhecimento que se pode dispor¹²⁷. Não se ignora o fato de que posteriores conhecimentos obtidos com o avanço do tempo abrem espaço para hipóteses alternativas, inclusive podendo fornecer maior corroboração que a hipótese em questão, considerada inicialmente suficiente. Assim, em suma, a aceitabilidade da hipótese se dá em função do grau de confirmação obtido a partir do material probatório disponível, paralelamente à sua resistência às contraprovas. BELTRÁN afirma que

Para aumentar a corroboração das hipóteses sobreviventes, dever-se-á realizar alguma nova predição que permita eliminar algumas dessas (por não ser compatível – não poder explicar – o fato predito) e assim sucessivamente. Quantos mais passos desse tipo tiverem sido dados e mais hipóteses rivais tiverem sido eliminadas (i.e., falseadas), maior será a corroboração da(s) hipótese(s) sobrevivente(s).¹²⁸

E aqui, partindo do raciocínio probatório ao decisório, “quanto de suporte probatório uma hipótese precisa apresentar para que seja considerada verdadeira, e, na sequência, seja incluída como premissa menor do raciocínio decisório?”¹²⁹, o que traz à tona a questão da correlação

¹²⁵ Entendimento proposto pelo R.D.Friedman em “*Assessing Evidence*”, *Michigan Law Rev.*, 94, 1996, p. 1821

¹²⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa, Alicante, n. 28, 2005, p. 134. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf>. Acesso em 20/05/2023. (Tradução livre)

¹²⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração Racional da Prova* (tradução Vitor de Paula Ramos). 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 195

¹²⁸ Ibid., p. 198

¹²⁹ Como referência teórica, sobre a necessidade de justificação da premissa menor (fática) do raciocínio decisório, veja-se WROBLEWSKY, Jerzy. *Legal syllogism and rationality of judicial decision*. 5 *Rechstherorie* 33, 1974.

dos eventos por nexos, valendo da regra da causalidade, por uma “cadeia sucessiva de fatos que, ainda assim, expressem em conjunto uma relação complexa de causa e efeito”¹³⁰. Isso ocorre porque a cada passo do raciocínio probatório ocorre em cadeia, assumindo como verdadeira as hipóteses provadas anteriormente.

Dessa maneira, as provas surgem como apoio indutivo à hipótese em questão, uma vez que determinadas as provas que embasam a hipótese principal, essa permite inferir com maior ou menor grau de probabilidade, em função das outras provas sobre esta hipótese disponíveis. O que esclarece também que esse modelo, caracterizado como atomista, valora cada elemento de juízo de forma individual, medindo a confiabilidade da testemunha, do perito, de um documento e etc, imprescindível para a realização posterior de uma valoração conjunta¹³¹.

Por isto exposto, entende-se que os modelos de probabilidade lógica ou indutiva são os mais adequados a fornecer os meios necessários para se valorar racionalmente as provas. Para tanto, ABELLÁN ensina que “*un estándar de prueba se formulará mediante reglas o criterios de aceptabilidad de las hipótesis, que descansarán en última instancia en el grado de confirmación de las mismas*”¹³² em consonância à concepção racionalista da prova.

2.1.2. Metodologia para Formulação do *Standard* de Prova Objetivo

E, afinal, o quanto de prova, de necessária qualidade e credibilidade, se faz necessário para que haja a confirmação de uma hipótese acusatória como verdadeira na decisão final dos fatos na sentença. Essa resposta é atribuída à temática dos *standards* de prova definido por BINDER como “regras orientadoras fortes”¹³³. PRADO ensina que

a indiscutível centralidade da questão de mérito do processo – o fato jurídico definido como infração penal atribuído ao acusado – adquire relevância concreta porque no lugar da alegação do crime e da condição de criminoso justificar a condenação de alguém (“direito penal do autor”), será a prova deste fato, produzida em respeito aos

¹³⁰ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019. p. 152.

¹³¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da Prova** (tradução Vítor de Paula Ramos). 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 179

¹³² ABELLÁN, Marina Gascón. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa, Alicante, n. 28, 2005, p. 134. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf>. Acesso em 20/05/2023. (tradução livre)

¹³³ BINDER, Alberto. Prólogo. In.: SCHIAVO, Nicolás. *Valoración racional de la prueba en materia penal: un necesario estándar mínimo para la habitación del juicio de verdad*. Buenos Aires: del Puerto, 2013, p. 1

mencionados *standards* probatórios (“regras orientadoras fortes”), que legitimará a punição conforme o caso (“direito penal do fato”).¹³⁴

Neste ponto, a epistemologia se relaciona com a ideia da construção de um nível de suficiência probatória, um padrão – *standard* - de prova a ser atingida, ao passo que, sobre o nível em si, trata-se de escolha política que a sociedade deve tomar como rumo para a atuação do Estado frente ao acusado. A partir deste objetivo, a ideologia político-criminal paira sob esta decisão acerca do nível de exigência do SP, tratando-se, portanto, de “uma decisão política”¹³⁵. O que encaminha esta discussão para a decisão política tomada pelo Estado Democrático de Direito, sempre em consonância ao princípio da presunção de inocência interpretado à luz da Constituição Federal de 1988¹³⁶. Assim, a presunção de inocência orienta o patamar que alcança o nível de exigência do SP, de modo que deve ser elevado o suficiente para afastar a presunção da inocência, e jamais diminuído para dar espaço à dúvida. PRADO certamente afirma que:

um processo penal regido pela presunção de inocência deve tutelar com muito cuidado a atividade probatória, por meio da adoção de um rigoroso sistema de controles epistêmicos que seja capaz de dominar o decisionismo, que é identificado no texto como a ‘possibilidade de decisão arbitrária, dependendo unicamente da possibilidade de decidir.’¹³⁷

Nesse contexto da evidência da questão política, é extraída a função de *distribuição de erros* que determina se sociedade está disposta a aceitar que o risco que o erro recaia sobre a defesa ou sobre o autor. LAUDAN ensina que “a razão de ser para o *standard* de prova é precisamente ter uma regra de decisão que distribua os resultados de acordo com os seus respectivos custos”¹³⁸, logo incumbe a cada sociedade fazer essa valoração acerca da distribuição de erros que se considera admissível¹³⁹.

Para tanto, LAUDAN entende o “erro” não no sentido de determinar se o sistema jurídico seguiu pontualmente ou não as regras jurídico-processuais, mas sim no sentido de determinar

¹³⁴ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 40.

¹³⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da Prova** (tradução Vitor de Paula Ramos) – 2. ed. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 205

¹³⁶ Para mais: NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **Presunção de Inocência, Standards de prova e Racionalidade das Decisões sobre os Fatos no Processo Penal**. In: SANTORO, Antonio E. R.; MALAN, Diogo Rudge; MIRZA, Flávio (org.). Crise no Processo Penal Contemporâneo: escrito em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D’Palácio, 2018. Pp. 289-309.

¹³⁷ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 12.

¹³⁸ LAUDAN, Larry. **The Law’s Flaws. Rethinkin Trial and Errors?** Milton Keynes: College Publications, 2016, p. 103. Tradução livre.

¹³⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da Prova** (tradução Vitor de Paula Ramos). 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 204

se as decisões condenatórias efetivamente condenam o culpado e absolvem o inocente¹⁴⁰. Assim, há um juízo de admissibilidade de falsas condenações e falsas absolvições que a sociedade deve estar coletivamente disposta a aceitar, de modo que um SP mais exigente dá lugar a uma porcentagem maior de falsas absolvições, enquanto um menos exigente produz um número maior de falsas condenações.

A exemplo, na jurisdição civil é comum utilizar o SP “*preponderância de prova*”¹⁴¹ que, na lógica da distribuição de erros, fazem as partes distribuírem igualmente o risco das decisões injustas. O que é incabível na ideologia político-criminal, a qual se propõe o processo penal democrático, na medida que foi estabelecido um compromisso com a presunção de inocência, e portanto, o nível de exigência do SP deve ser elevado para que sejam diminuídos os riscos de que inocentes sejam condenados. Isso porque parte-se da premissa de que “entre o risco de se condenar inocentes e o risco de se absolver culpados, a nossa sociedade convenceu-se pela gravidade do primeiro.”¹⁴² JANAINA MATIDA ensina que

A partir de uma *perspectiva epistemológica*, um processo penal comprometido com a busca pela verdade deveria contar com regras que expressassem o objetivo de *redução de erros*; isto é, deveria se preocupar em reduzir os riscos de condenar inocentes e de absolver culpados. Para tanto, desenvolver regras para selecionar como verdadeiras as hipóteses fáticas mais provavelmente verdadeiras – independente de quem seja essa hipótese. Caberia ao responsável pelo desenho institucional processual criminal a adoção de procedimentos probatórios formulados a partir de metodologias com maior potencial veritativo.¹⁴³

Cabe mencionar que, em pese que a escolha política do nível de exigência do SP já foi estabelecida na Constituição democrática, isso não obsta o reconhecimento da razoabilidade de operar com diferentes *standards* de prova dependendo de fatores que podem influenciar na determinação dos SP mais ou menos exigentes, elencadas por BELTRÁN como i. a esfera civil em função da consequência jurídica prevista, ii. específicas dificuldades probatórias em alguns tipos penais e iii. a decisão judicial a depender da fase que se encontra o processo, a serem

¹⁴⁰ LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law*. Cambridge studies in philosophy and law. Cambridge University Press, 2006, pp. 64-67.

¹⁴¹ A “preponderância de prova” trata-se de um *standard* de prova amplamente utilizado na jurisdição civil que analisa a quantidade abstrata da prova e em termos de probabilidades matemáticas indica qualquer ponto acima de 50% (50% + 1). De certo, impõe a transferência do risco de incorreção na decisão para as partes, já que não se exige um alto grau de confirmação do ocorrido e sim que a evidência trazida aos autos seja suficiente para demonstrar que o fato alegado seja mais provável de ter ocorrido, em detrimento de outras alegações. Para mais, ver ver HAY, B. L.; SPIER, K. E. *Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective*. Harvard University’s DASH repository. 26 J. Legal Stud. 413. 1997/ SCHWARTZ, D. L.; SEAMAN, C. B. *Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law*, 26 Harv. J. L. & Tech. p. 429. 2013.

¹⁴² MATIDA, Janaina. *Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção*. Arquivos da Resistência: Ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP – ed. 1, ano 1. P. 96

¹⁴³ *Ibid.*, p. 99

apontados a seguir. Entende-se que a mesma hipótese pode ser considerada verdadeira quando se aplica diferentes SP, isso porque o grau de exigência pode variar. Por isso, é verdadeira a premissa que “a imposição de distintos *standards* de provas serve a dificultar (ou facilitar, a depender de qual perspectiva se assume) determinadas decisões sobre os fatos”.

Primeiro, cabe consignar que o SP não necessariamente deve ser o mesmo para todos os tipos de processo, devido aos bens tutelados em jogo, como na jurisdição civil que possui consequências jurídicas mais levianas previstas pelo direito como sanções pecuniárias em contraposição ao âmbito penal que prevê penas privativas de liberdade¹⁴⁴. Além disso, as específicas dificuldades probatórias de alguns tipos penais¹⁴⁵, como os crimes contra a dignidade sexual que não encontram muito respaldo probatório em razão do contexto que circunda do evento, em comparação aos demais crimes.

Por último, exclusivamente quanto ao âmbito do processo penal, evidente a razoabilidade do SP variar conforme o nível exigido de corroboração baseado em provas dos autos pela altura que se encontra a fase do processo, o que BELTRÁN classifica como *tendência geral ascendente*¹⁴⁶. Indo além, há diferentes *standards* a serem exigidos dependendo do grau de relevância daquela decisão no caso concreto para com o acusado e o Direito, como no caso da prisão provisória¹⁴⁷.

No direito anglo-saxão, foi pensado o SP denominado “*proof beyond a reasonable doubt*” (BARD), o que foi traduzido como “para além de qualquer dúvida razoável”, é originário da cultura jurídica estadunidense e reina como “o melhor dos *standards* de prova”, justamente pelo reconhecimento de que não há verdades absolutas, portanto, não há plena certeza em uma

¹⁴⁴ No entanto, FERRER BELTRÁN sinaliza um contraponto relevante ao dizer que não é possível afirmar que os bens em jogo tem “sempre maior importância” no processo penal, diante da flexibilidade das fronteiras dos bens em jogo no direito moderno, o que se observa no direito civil que também prevê imposições graves como a perda da guarda sobre o filho e a perda da autonomia para realizar atos da vida civil e etc. e no direito penal com sanções mais leves como penas-multas e penas restritivas de direito (FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da Prova** (tradução Vitor de Paula Ramos) – 2. ed. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. pp. 200-201)

¹⁴⁵ LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. pp. 54-57.

¹⁴⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 102.

¹⁴⁷ As indagações surgem na doutrina e na jurisprudência para produção de conhecimento acerca de quais seriam os níveis suficientes para que se ordenem medidas cautelares, em especial a prisão provisória; Para mais, ver BADARÓ MASSENA, Caio. Prisão Preventiva e *standards* de prova: propostas para o processo penal brasileiro. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 3, pp. 1631-1668, set.-dez. 2021. Disponível em <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.617>>. Acesso em 20/05/2023.

decisão judicial, trazendo a dúvida razoável como supostas “doses necessárias de ceticismo aos aplicadores jurídicos”¹⁴⁸. No entanto, a realidade das práticas judiciárias é a inversão do uso da dúvida, não mais pelo princípio do *in dubio pro reo* e sim pela instrumentalização da dúvida como espaço de discricionariedade para não atender os critérios racionais e proferir decisões com um subjetivismo exacerbado sem apoio nas provas dos autos, tanto quanto em um sistema de íntima convicção utilizado nas tradições jurídicas do direito romano-germânico e do *common law*, o que será explorado no próximo tópico sobre os (não) *standards* de prova subjetivos.

Ao traçar comentários sobre a legislação espanhola, BELTRÁN aponta o caráter extraordinariamente vago dos *standards* de prova em razão do teor literal não sequer apresentar a formulação de um *standard*. Assim, para o autor, a correção, em matéria de fato, das decisões tomadas se torna incontrolável, tendo em vista que não será possível controlar se se superou ou não o umbral mínimo de corroboração da hipótese debatida em juízo¹⁴⁹.

Nessa lógica, MATIDA ensina que a adoção de um SP não é algo que se deva fazer a partir de meras intuições do que seja um bom caminho de decisão judicial, sentidas de forma isolada pelos operadores, sendo “o contexto adequado para uma decisão dessa relevância política é o de deliberações coletivas, nas quais seja possível debater conjuntamente sobre os prós e contras das opções em jogo”¹⁵⁰. Diante disso, em que pese as lacunas legislativas no que tange ao juízo de suficiência na matéria probatória, a jurisprudência e, principalmente, a doutrina tem se dedicado ao estudo mais aprofundado para formulação de uma metodologia para criação do SP objetivo.

Por isso, FERRER BELTRÁN propõe critérios que deve cumprir a formulação de um SP penal para que possa funcionar como critério racional da decisão sobre a prova, devendo i. Evitar vinculação da prova às crenças, convicções ou dúvidas do sujeito que decide sobre os fatos, ii. A formulação do SP deve ser suficientemente precisa para tornar possível o controle intersubjetivo da sua aplicação e iii. O SP deve incorporar a preferência pelos erros negativos em relação aos positivos, dando azo aos valores sociais garantistas. Os dois primeiros requisitos

¹⁴⁸ MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. **Para além do BARD**: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 156, ano 27. São Paulo: Ed. RT, junho 2019. p. 244

¹⁴⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da Prova** (tradução Vitor de Paula Ramos). 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 203

¹⁵⁰ MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Op. cit., p. 232

dizem respeito à tecnicidade do *standard* e ao último, as preferências políticas compartilhadas em sociedade¹⁵¹. Em referência a BELTRÁN, BADARÓ MASSENA explica que

sem que tenhamos *standards* probatórios metodologicamente bem formulados que determinem os umbrais de suficiência probatória de um modo aceitavelmente preciso e de forma subjetivamente controlável, é impossível justificar que o grau de corroboração alcançado por uma hipótese fática à luz das provas apresentadas no processo é suficiente. Dispor de *standards* de prova e exigir a justificação da decisão a partir das provas apresentadas e dos *standards* aplicáveis são duas condições para escapar da arbitrariedade e tornar possível o devido processo legal.¹⁵²

Assim, os SPs se inserem no processo de valoração racional e (*primeiro*) possuem o papel de guia para a valoração conhecido como a função heurística e (*segundo*) de esquema de justificação, que só são possíveis se acompanhados por critérios racionais exigidos pela confirmação da hipótese¹⁵³. Em suma, a função heurística é a compreensão de que a decisão final sobre os fatos depende dos critérios a serem utilizados no momento da valoração da prova e por isso os vincula, enquanto a função justificativa se relaciona com a garantia do duplo grau de jurisdição, pela qual você pode controlar aquela decisão no âmbito recursal ao submetê-la ao controle de correção das instâncias superiores sobre raciocínio probatório utilizado na decisão do juízo de primeira instância, estreitando, assim, a relação entre SP e a garantia de motivação das decisões judiciais.

A partir destas funções estabelecidas como os requisitos necessários para a formulação de *standards* probatórios objetivos, formulados a partir de uma metodologia adequada que não apelam a subjetividade de quem decide, senão, “as três funções (...) não se realizarão e o *standard* de prova não permitirá a fundamentação racional da decisão”¹⁵⁴.

¹⁵¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da Prova** (tradução Vitor de Paula Ramos) – 2. ed. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 209

¹⁵² BADARÓ MASSENA, Caio. Prisão Preventiva e *standards* de prova: propostas para o processo penal brasileiro. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 1631-1668, set.-dez. 2021. Disponível em <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.617>>. Acesso em 20/05/2023. apud. FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso**. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 198.

¹⁵³ ABELLÁN, Marina Gascón. **Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos**. *Doxa*, Alicante, n. 28, 2005, p. 139. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf>. Acesso em 20/05/2023. (tradução livre)

¹⁵⁴ Ver BADARÓ MASSENA, Caio. Op. cit.

2.2. O (não) *Standard* de Prova Subjetivo e Ambíguo

Explorada as razões pelas quais se buscam critérios racionais de valoração e as regras e requisitos para formular *standards* de prova objetivos, o presente trabalho se encontra em condições de ingressar na indagação do filósofo da ciência e epistemologia americano, LARRY LAUDÁN: “*Por que um standard de prova subjetivo e ambíguo não é um standard?*”¹⁵⁵

Como firmado anteriormente, os *standards* de prova funcionam como uma espécie de “soluções institucionais às limitações cognitivas que acometem os juízes”¹⁵⁶ e moldam os critérios para a instrumentalização da racionalidade judicial. Por isso, BELTRÁN estabeleceu os critérios objetivos já apresentados para formular SP à luz da concepção racional da prova com o objetivo de “mostrar como pode definir-se um *standard* de prova sem apelar às crenças ou convicções subjetivas de quem decide”¹⁵⁷. Assim, a indagação surge: a decisão sobre os fatos cabe como um produto exclusivo da consciência dos juízes? Provocação a que pretende discorrer a resposta o presente trabalho monográfico.

No direito anglo-saxão, há de se observar uma tentativa de formular um *standard* de prova, aparentemente preciso, sustentando que a hipótese da acusação esteja confirmada ou corroborada “para além da dúvida razoável”, para todos os fins, BARD. Diante disso, LAUDAN ensina que as investigações da história demonstram que o BARD foi introduzido desde os começos do século XIX para incitar os jurados a distinguirem entre dúvidas triviais, infáveis ou infundadas e dúvidas razoáveis, cabendo somente as últimas impedir a condenação¹⁵⁸.

A utilização do BARD como um SP, com aparência de objetividade, se expandiu nos últimos anos também para muitos países de tradição romano-germânica. Já no direito processual da Inglaterra e de Gales¹⁵⁹, por outro lado, o julgador dos fatos deve estar “seguro”

¹⁵⁵ LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. 1. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

¹⁵⁶ MATIDA, Janaina. *Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção*. Arquivos da Resistência: Ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP – ed. 1, ano 1.

¹⁵⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração Racional da Prova* (tradução Vitor de Paula Ramos) – 2. ed. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 205

¹⁵⁸ LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. 1. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011. p. 194

¹⁵⁹ LAUDAN explica que considera sintomático o desespero que rege a situação atual do sistema da *common law* na Inglaterra com o recente abandono da exigência de que os jurados utilizem o BARD e sua substituição de maneira oficial pelo SP da “firma convicção”, o que ele considera uma mudança que reconhece explicitamente o

da verdade da hipótese acusatória para declará-la provada, evidente a semelhança com a íntima convicção¹⁶⁰. Em suma, nas tradições jurídicas do direito romano-germânico e do *common law* houve o uso recorrente dos SP a íntima convicção e o BARD no processo penal.

Ao percorremos os momentos da valoração da prova penal ao longo da história nos momentos anteriores no presente trabalho, depreende-se que compreender a importância de garantir ao julgador liberdade no que tange à valoração probatória não implica em anuir ao subjetivismo¹⁶¹. O sistema da íntima convicção, ao desapegar-se das amarras do sistema de prova tarifada, surgiu em um momento histórico amparado no entendimento de que se o julgador é livre, isso inclui sua liberdade de valorar as provas com base no que intimamente sentia quando em contato com elas¹⁶². O que em muito se assimila com as ideias no entorno da formulação do BARD que consistiam na ausência de dúvida razoável do julgador, também apresentando forte referência ao aspecto psicológico.

Por isso, MATIDA ensina que “o sentido da relação entre convicção e prova permanece deturpado, pois, a convicção judicial (ou a ausência de dúvida razoável) é que é entendida como fonte de prova, em lugar de que as provas sejam entendidas como fonte de convicção”¹⁶³. Assim, alcança-se o fator de subjetividade e ambiguidade: no momento da decisão sobre os fatos, o que se evidencia é a dominância da certeza moral na íntima convicção e da ausência de dúvidas razoáveis no BARD em detrimento da relevância da prova como único e exclusivo caminho para a sua satisfação. MATIDA explora esse paralelo entre os sistemas capazes de produzir decisões subjetivistas, absolutamente livres de qualquer racionalidade:

Se é certo afirmar que o cenário de ausência de controle sobre os que exercem o poder é favorecido pela íntima convicção, também é certo que temos de reconhecer que essa ameaça à Democracia e ao Estado de Direito está longe de ser neutralizada pelo BARD.¹⁶⁴

que a prática forense chegou a ser ao formalmente substituir o BARD pela íntima (forte) convicção. LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. 1. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011. pp. 64-65.

¹⁶⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração Racional da Prova* (tradução Vitor de Paula Ramos) – 2. ed. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 208

¹⁶¹ MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. **Para além do BARD**: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 156, ano 27. São Paulo: Ed. RT, junho 2019. p. 227

¹⁶² Ibid., p. 228.

¹⁶³ Ibid., p. 245.

¹⁶⁴ Ibid., p. 233.

Ainda, BADARÓ MASSENA segue o mesmo entendimento que o motivo principal das críticas às interpretações comumente dadas ao BARD é que os standards de prova não devem jamais remeter ao estado psicológico dos juízes e jurados¹⁶⁵. E isso ocorre inerentemente ao conceito amplo e vago como o de “dúvida razoável”, por isso, é possível afirmar que o BARD não apresenta qualquer resultado efetivo para uma contribuição racional à matéria probatória, tendo em vista que está longe de desempenhar o papel de qualquer regra orientadora forte que supostamente impõe limites à atividade cognitiva de quem decide sobre os fatos. Por isso, MATIDA, conjuntamente a ANTONIO VIEIRA, afirmam que não há razões para conferir ao BARD o protagonismo em matéria probatória que vem ocupando no contexto processual penal brasileiro:

Longe de representar avanços em direção a decisões racionais, a adoção do BARD pelo sistema de justiça criminal brasileiro apenas consiste em mais uma forma de manutenção da excessiva e perigosa referência ao estado psicológico do julgador. (...) Precisamos de um *standard* que enfatize o fato de que a convicção deve se formar através única e exclusivamente do exame de provas, e não de um que sugira o contrário. Não temos dúvida razoável sobre isso.¹⁶⁶

No que tange ao BARD, em específico, TARUFFO pontua certamente que a definição de “dúvida razoável” é tudo menos clara, e as tentativas de dar a essa quantificação não produziram qualquer resultado¹⁶⁷. A vagueza e subjetividade que envolvem os conceitos de “para além”, “dúvida” e “razoável” parecem, em última instância, acometer aos juízes a tarefa de explicar aos jurados em que consiste a prova que satisfaça tal *standard*¹⁶⁸. Sob o mesmo olhar, ao analisar a realidade da jurisprudência estadunidense, LAUDÁN aponta que nem mesmo os operadores da corte de justiça norte-americana lograram elaborar um entendimento homogêneo acerca de qual o nível de prova apropriado para condenar alguém pelo delito que se lhe imputa¹⁶⁹. Para tanto, o autor afirma que em razão das circunstâncias, é difícil decidir o que é pior: a subjetividade do *standard* atual ou a falta de uma definição clara.¹⁷⁰

¹⁶⁵ BADARÓ MASSENA, Caio. Prisão Preventiva e *standards* de prova: propostas para o processo penal brasileiro. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 1631-1668, set.-dez. 2021. Disponível em <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.617>>. Acesso em 20/05/2023.

¹⁶⁶ MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. **Para além do BARD**: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 156, ano 27. São Paulo: Ed. RT, junho 2019. p. 245

¹⁶⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 253

¹⁶⁸ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera, Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 61.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 62.

¹⁷⁰ LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. 1. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011. p. 64

E, por isso, alguns julgados americanos estudados por LAUDAN evidenciam que chegaram a considerar este *standard* como auto evidente e, portanto, impossível de definir e por isso “de novo, se assim for, deveríamos concluir que não estamos diante de qualquer *standard* de prova”¹⁷¹. Nesse contexto, FERRER BELTRÁN traça essa análise comparativa entre o BARD e a íntima convicção, pois entende que, em que pese compreendam formulações insatisfatórias por motivos distintos, se encontram nas semelhanças da vagueza extraordinária e ao recurso das crenças do agente decisório como elementos justificadores, tratando-os como *standards subjetivos*, ao ponto extremo de que coloca-se em dúvida o seu próprio carácter de *standard* de prova¹⁷², pelo seu uso nocivo ao direito penal democrático.

Com isso, o SP subjetivo e ambíguo viola o primeiro critério estabelecido por BELTRÁN à medida que vincula a prova à crença do sujeito que decide sobre os fatos, já que o SP para funcionar sobre critérios racionais não deve sujeitar o grau de corroboração de uma hipótese para depender das crenças de quem decide, mas sim predições verdadeiras que possam ser formuladas a partir das hipóteses e das dificuldades para dar conta dessas predições a partir das hipóteses rivais. Nesse sentido, o autor ratifica que se a formulação do *standard* de prova recorre às crenças do sujeito que deve decidir sobre os fatos, o *standard* não operará como critério de decisão e “as próprias crenças, então, serão constitutivas da prova”¹⁷³.

O que alcança a consequência principal em atrelar convicção como prova e não o contrário, em especial no sistema de íntima convicção, sendo esta a falta de motivação da decisão sobre os fatos, incidindo na falta de controlabilidade da adoção (ou não) dos critérios de suficiência probatória delimitados pelo *standard*. TARUFFO já entendia sua problemática ao apontar que “não é possível saber como esse é efetivamente aplicado pelos júris estadunidenses, que não motivam seus vereditos”¹⁷⁴. Posto isto, o SP subjetivo e ambíguo viola também o secundo critério estabelecido por BELTRÁN à medida que obsta o controle *intersubjetivo* da sua aplicação, em razão da ausência dos motivos os quais levaram os jurados àquela decisão sobre os fatos.

¹⁷¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da Prova** (tradução Vitor de Paula Ramos) – 2. ed. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 208.

¹⁷² Como referencia a obra de FERRER BELTRÁN, Jordi. *Los estándares de prueba en el proceso penal español. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, v. 15, 2007.

¹⁷³ FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., p. 209

¹⁷⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 253

Na mesma linha, ABELLÁN ensina que a construção de um SP objetivo implica em duas coisas, sendo a (primeira) decidir que grau de probabilidade ou certeza se requer para aceitar uma hipótese como verdadeira e (segundo) formular objetivamente o *standard*, isto é, formular os critérios objetivos que indicam quando se alcança esse grau de probabilidade ou certeza exigido. É neste segundo ponto de exigência que a autora, em referência aos estudos de LAUDAN, afirma que para que o *standard* tenha sentido, deve poder expressar-se por meio de um critério controlável, logo, um *standard* subjetivo, como exemplo a íntima convicção, não é em absoluto um *standard* probatório¹⁷⁵.

Ainda tecendo críticas à íntima convicção, MATIDA afirma que “dizer que há prova suficiente porque se há atingido a convicção do julgador é abrir mão de qualquer controle da racionalidade judicial, deixando o caminho aberto às condenações arbitrárias e caprichosas”¹⁷⁶. Ainda mais, TARUFFO bem ensina que a certeza do julgador não garante a verdade da proposição (sobre a qual se tem certeza) e gera um erro duplo, seja por ignorar a ideia de apuração verdadeira dos fatos, seja por dar espaço ilegítimo à convicção como um grau de persuasão subjetiva no processo decisório em detrimento das provas disponíveis nos autos¹⁷⁷. TARUFFO afirma que

Pode-se observar que a credibilidade da certeza de um sujeito sobre o conteúdo de uma afirmação depende da seriedade das justificativas que ele está em condições de dar. Se as justificativas são do tipo ‘estou certo disso porque estou profundamente convencido’(ou seja, não justificativas), trata-se, então de argumentos que têm a mesma força demonstrativa de borras de café.”...“Quando se afirma, por exemplo, que a condenação de um acusado justifica-se quando o juiz tem certeza absoluta de sua culpabilidade, ou quando se diz – como ocorre comumente – que o juiz deve obter a certeza moral sobre a existência dos fatos da causa, comete-se um erro duplo: de um lado deixa-se a ideia da verdade, excluindo-se a necessidade de que a decisão funde-se em uma apuração verdadeira dos fatos; por outro lado, fortalece-se a ideia de que o que deve fundar a decisão do juiz é o grau de persuasão subjetiva que ele deve obter.

¹⁷⁵ ABELLÁN, Marina Gascón. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. *Doxa, Alicante*, n. 28, 2005, p. 129. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf>. Acesso em 20/05/2023. (tradução livre)

¹⁷⁶ MATIDA, Janaina. **Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção**. Arquivos da Resistência: Ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP – ed. 1, ano 1.

¹⁷⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 109-110.

2.2.1. A Íntima Convicção e sua Expressão no Tribunal do Júri Brasileiro

No sistema da íntima convicção, as provas são direcionadas “até o nível de causar a convicção firme do julgador em relação à ocorrência de um fato delitivo e da autoria do acusado”, não sendo exigido nenhum tipo de especificação em relação ao concreto nível probatório atingido para a formação da convicção. Para BELTRÁN, uma formulação desse tipo sofre graves problemas se se pretende que essa seja usada como *standard* de prova.

O autor menciona três fatores nocivos do sistema da íntima convicção: i. a sua própria formulação parece apelar a “certezas”, inclusive recorrentemente faz-se o uso da expressão “certeza moral” para referir-se à íntima convicção, o que evidencia um problema enfrentado mais a frente, é que se vincula a decisão dos fatos a uma decisão indutiva do jurado que é impossível de ser justificada racionalmente, já que admite inclusive certezas psicológicas (infundadas), ii. essa concepção de prova estabelece uma conexão necessária e suficiente entre a crença do julgador em *p* e a prova de *p*, tornando real todas as problemáticas já abordadas de transformar o juiz em sujeito infalível em relação à determinação dos fatos e, por fim, iii. o caráter totalmente subjetivo de quem decide, portanto, incontrolável sua aplicação¹⁷⁸. O autor conclui que “a vagueza do recurso à íntima convicção é tal que se poderia dizer, mais claramente, que não se trata de um *standard* de prova em sentido estrito”¹⁷⁹

Compreendidos os males da íntima convicção como um não *standard*, apresentados acima, o presente trabalho atinge o contexto processual brasileiro deste sistema utilizado até os dias de hoje como modelo de valoração probatória na instituição do Tribunal do Júri Brasileiro. Previsto na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, XXXVIII e no Código de Processo Penal nos arts. 406 a 497, o Tribunal Júri está instituído no Brasil desde 1822 e é responsável por julgar os crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, estes previstos nos artigos 121 a 128 do Código Penal Brasileiro e constitui um procedimento bifásico, na primeira fase ocorre o juízo de formação de culpa (*judicium accusatione*) e na segunda, ocorre o julgamento da causa (*judicium causae*), sendo esta última objeto de análise neste tópico.

¹⁷⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da Prova** (tradução Vitor de Paula Ramos) – 2. ed. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 209

¹⁷⁹ Ibid., p. 207

Na estrutura do júri popular, são sorteados 25 cidadãos, leigos em matéria jurídica, que devem comparecer ao julgamento, desde que tenham sido cumpridos os requisitos de alistamento e participação ser maior de 18 anos, não ter antecedentes criminais, ser eleitor e concordar em prestar esse serviço de forma voluntária. Dos jurados intimados, pelo menos 15 devem estar presentes para que a sessão seja instalada (art. 463, CPP). Destes, apenas 7 são sorteados pelo presidente do júri (juiz togado) para compor o Conselho de Sentença, responsável pela decisão final sobre os fatos a decidir a responsabilidade criminal do acusado. Ao final do julgamento, o colegiado popular deve responder aos chamados quesitos, que são as perguntas feitas pelo juiz-presidente sobre o fato criminoso em si e as demais circunstâncias que o envolvem. Após a decisão dos jurados, o juiz-presidente lavra a sentença e, eventualmente, aplica a pena.

Cabe mencionar a existência de alguns fatores no rito do Tribunal do Júri que atuam na tentativa de estabelecer um julgamento justo e imparcial. De início, há fatores de impedimento que obstam à participação no júri popular, não podendo servir no mesmo conselho os cônjuges, ascendente e descendente, sogro e genro ou nora, irmãos e cunhados, tio e sobrinho e padrasto, madrasta e enteado (art. 448, CPP). Além das relações familiares, o jurado que tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado também está impedido de participar (art. 449, III, CPP).

Ainda, pode ocorrer o desaforamento que consiste no julgamento em uma comarca diferente caso seja de interesse da ordem pública ou houver dúvida sobre a imparcialidade no que tange ao grupo dos jurados selecionados ou à segurança pessoal do acusado (art. 427 e 428, CPP), bem como são excluídos da lista dos jurados os que tiverem participado do julgamento nos últimos 12 meses (art. 426, §4º, CPP). Por fim, os jurados não poderão se comunicar com outras pessoas durante o julgamento, tampouco manifestar sua opinião do processo, sob pena de exclusão do conselho (art. 466, §1º, CPP).

A ordem dos atos do processo consiste primeiro na formação do Conselho de Sentença, a seguir do interrogatório do réu, para enfim o juiz-presidente fazer um breve relatório do processo com a leitura das peças solicitas pela promotoria e pela defesa. Após a leitura, são ouvidas as testemunhas e, possivelmente, a própria vítima. A seguir, são realizados os debates orais, ocasião na qual as partes dispõem de duas horas para levantar em Plenário todas as matérias que entenderem cabíveis ao seu interesse, podendo ser utilizados argumentos

extrajurídicos, abarcados pelo direito à plenitude de defesa assegurado no art. 5º, XXXVIII, “a”, CF/88. Finda os debates, o juiz-presidente elabora os quesitos que serão votados pelos jurados que indicarão “sim” ou “não”, a formar o veredicto da decisão sobre os fatos, sem publicidade dos votos abarcado pelo “sigilo das votações”, bem como sem qualquer exposição dos motivos.

Em que pese o Júri seja a instituição democrática reconhecida pela Constituição (art. 5º, XXXVIII, CF/88) e o exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelece presunção de idoneidade moral (art. 439, CPP), seu regulamento urge uma análise mais crítica no que tange ao sistema de valoração da prova utilizado. Para TARUFFO, a concepção da íntima convicção é incompatível com uma concepção epistêmica do processo, haja vista que acaba motivando e legitimando decisões puramente subjetivas e substancialmente arbitrárias, o que, para o autor, nada se relaciona com a determinação da verdade¹⁸⁰. Assim, a íntima convicção, seja pelo contexto irracional sobre o qual a decisão sobre os fatos é construída, seja pela falta de fundamentação dos veredictos, não deve servir de pretexto para se renunciar a qualquer forma de controle sobre o conteúdo das decisões dos jurados.¹⁸¹ NARDELLI ensina que

parece ser a instituição do júri revestida de uma espécie de blindagem no contexto brasileiro uma vez que poucos ousam questionar a dinâmica de seu funcionamento e a sua flagrante violação a diversas garantias fundamentais do processo. Apesar das críticas dirigidas à ausência de um possível controle sobre o fundamento das suas decisões, praticamente não há quem ouse desafiar o contexto irracional sobre o qual essas decisões são construídas.¹⁸²

Na íntima convicção, não há nenhum tipo de indicação ao jurado a quais inferências ou evidências probatórias justificariam a formação de uma crença firme na culpabilidade do acusado, de modo que “aparentemente, tudo o que importa é se, havendo escutado toda a evidência, a crença dos jurados é firme e sólida, e que em caso negativo, deve-se votar pela absolvição”¹⁸³. Para isso, LAUDAN ao trazer as problemáticas dos SP subjetivos, explica que a decisão final dos jurados sobre os fatos depende, inevitavelmente, entre outras coisas, das “corazonadas subjetivas”, traduzidas livremente como os palpites (subjetivos) iniciais do jurado acerca da culpabilidade ou da inocência, de modo que os jurados que comecem o juízo com

¹⁸⁰ TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 185.

¹⁸¹ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019, p. 26.

¹⁸² Ibid., p. 457

¹⁸³ LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. 1. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 64

“prioridades diferentes”, mesmo que sejam confrontadas com exatamente a mesma evidência, alcançarão estimativas diferentes sobre a probabilidade final da culpa.¹⁸⁴

Em que pese o autor estivesse traçando uma crítica à valoração em termos probabilísticos matemáticos-estatísticos, o paradigma cria um imaginário de possibilidades de inferências pessoais utilizadas pelos jurados para sua “certeza moral”. A partir disso, é possível analisar o simbolismo presente da tendência dos jurados a seguir sua presunção inicial, carregada de valores pessoais e íntimos do sujeito, o que esbarra em situações de vulnerabilidade social e processual¹⁸⁵ como nos casos nos quais envolvem homicídios cometidos contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, a qualificadora denominada *feminicídio* de competência de julgamento no Tribunal do Júri, objeto de análise do presente trabalho.

Nesse sentido, em pesquisa sobre decisões judiciais decodificadas no Tribunal do Júri no Brasil, PAIVA aponta que o Júri é entendido como o “sentimento social médio”; a “vontade popular”, a “saudável aproximação entre consciência do povo e a tutela criminal” que “não decide com base na técnica ou certeza matemática” e ainda “tem o fardo de receber o acusado de volta”. Diante disso, a autora parte de um teórico eminentemente feminista que busca compreender as práticas do Conselho de Sentença como representantes populares, cujo “sentimento social médio” está mediado por normas de gênero¹⁸⁶, ao que será analisado mais a frente neste presente trabalho como a liberdade subjetiva do julgador e o encontro com a discriminação de gênero.

A “consciência do povo” não traduz os ideais de uma comunidade homogênea ou a expressão do “direito puro”, mas de uma produção de verdade historicamente situada e informada por estruturas hegemônicas (de gênero, raça, classe, entre outras).¹⁸⁷

Ao final, na análise específica do presente trabalho, será analisada o possível estabelecimento de *standards* probatórios como forma de controle epistêmico acerca da decisão final sobre os fatos na sentença penal – em específico no crime de feminicídio que será objeto do ensaio à frente.

¹⁸⁴ LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. 1. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pp. 64-65.

¹⁸⁵ Para melhor compreensão, a pauta do encontro da liberdade subjetiva do julgador com a discriminação (de gênero) será explorado no tópico 3.2.

¹⁸⁶ PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021. pp. 206-207.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 207.

3. *STANDARDS* PROBATÓRIOS E O CRIME DE FEMINICÍDIO: MAPEANDO CAMINHOS PARA A ATUAÇÃO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

A partir disso, o viés crítico sobre o Tribunal do Júri Brasileiro, norteado pela pesquisadora NARDELLI na obra “A Prova no Tribunal do Júri”¹⁸⁸, desempenhada o papel de referencial teórico no presente trabalho para provocar indagações acerca do contexto irracional que as decisões são construídas em Júri e da falta de fundamentação dos veredictos. Para isso, a autora busca estabelecer uma desejável racionalidade na valoração das provas e a consequente decisão sobre os fatos no âmbito do procedimento do Júri, a partir dos preceitos estabelecidos pela concepção racionalista da prova.

Com isso, enfim, lograr o mapeamento de possíveis caminhos para se pensar na racionalidade no júri popular, através do estabelecimento de critérios objetivos no procedimento probatório, para se formular o SP na segunda fase do procedimento do júri. Para isso, escolhe-se a ser realizado um ensaio sobre *standards* probatórios e o julgamento do crime de feminicídio no Tribunal do Júri como uma forma de atuação com perspectiva de gênero. NARDELLI afirma que

é preciso abandonar as paixões e deixar de lado o apego por um modelo de júri que, além de não se conformar com os padrões constitucionais, de modo a assegurar às partes um devido processo legal, não reúne as premissas necessárias para que suas decisões sejam justas e racionais.¹⁸⁹

A partir das críticas das teóricas feministas do direito sobre a forma como crimes que envolvem violência de gênero são abordados legalmente, busca-se evidenciar o duplo caráter sexista¹⁹⁰, (*primeiro*) ao apresentar breve análise da construção do tipo penal do feminicídio e (*segundo*) na forma de persecução penal. De início, o presente trabalho apresenta uma breve exposição e análise (crítica) da criminalização do feminicídio e seus distintos fenômenos.

Em seguida, apresenta o olhar das diretrizes institucionalizadas para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero mortes violentas de mulheres no âmbito do Protocolo Latino-Americano e do Conselho Nacional de Justiça. Passando, nesse contexto, à análise do espaço ilegítimo que a subjetividade ocupa no processo da valoração probatória, de maneira a escancarar as diferentes formas de instrumentalização da discriminação de gênero, trazendo à

¹⁸⁸ Em referência à obra NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019.

¹⁸⁹ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019. p. 457

¹⁹⁰ Veja-se MACKINNON, Catherine A. *Toward a feminist theory of the state*. Harvard University Press, 1989.

baila o uso, por parte de muitos agentes do Direito e da sociedade, da tese da legítima defesa como forma de excludente de ilicitude do acusado e outros desvios legais ainda existentes. Portanto, apresenta-se com o intuito de (re)pensar formas de atuação com perspectiva de gênero, com foco na dogmática processual penal a partir de um modelo cognitivo epistêmico.

Pretende-se, a partir deste ponto, apresentar em linhas gerais uma metodologia de formulação de SP objetivos a serem aplicados na segunda fase do procedimento do Júri, em especial no procedimento probatório e no processo de cognição dos jurados, para orientá-los na aplicação deste SP como “guia da valoração racional”¹⁹¹, a fim de tornar possível refletir sobre formas processuais penais de contenção da legitimação da discriminação de gênero, seja no processo de valoração da prova, seja na decisão final sobre os fatos.

3.1. Breve Análise do Femicídio

Em 2015, com a Lei n. 13.104, uma nova qualificadora foi incluída na lista dos homicídios qualificados ao acrescentar o inciso VI, e o § 2º-A, ao art. 121, do Código Penal: o feminicídio, interpretado como o homicídio praticado (consumado ou tentado) “contra mulher por razões da condição de sexo feminino”, observado os requisitos de ocorrência I) no contexto de violência doméstica ou II) por menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Ademais, prevê o aumento de pena de um terço até a metade, se o crime for praticado: durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; na presença de descendente ou de ascendente da vítima; em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II, e II do caput do art. 22 da Lei nº 11.340/06 (§ 7º, I, II, III e IV).

Evidente que a redação da qualificadora amplia termos abstratos como o que consistiria “razões da condição de sexo feminino” ou “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”, além de possibilidades diferentes de contextos de violência doméstica, bem como o que é interpretado como sujeito “mulher”, além de outros fatores¹⁹², que não encontram espaço

¹⁹¹ ABELLÁN, Marina Gascón. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa, Alicante, n. 28, 2005, p. 139. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf>. Acesso em 20/05/2023. (tradução livre)

¹⁹² “Deve ser salientado que feminicídio e a morte violenta de mulheres poderão ocorrer fora do contexto afetivo-familiar e por questões políticas, o que não afasta, absolutamente, o ajustamento de conduta à figura típica e a necessária proteção face aos preconceitos relativos ao gênero, no que se insere, em âmbito judicial, o julgamento com perspectiva de gênero.” BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com**

para abertura de discussão no presente trabalho. Seguindo em frente, é indubitável a notoriedade nacional que o fenômeno de feminicídio ganhou com a criação do tipo penal, em que pese, o conceito de “femicídio” foi utilizado pela primeira vez na década de 1970¹⁹³, com os primeiros estudos específicos sobre o tema datem da década de 1990¹⁹⁴ mas foi nos anos 2000 que seu emprego se disseminou no continente latino-americano em consequência das mortes de mulheres ocorridas no México, país em que o conceito ganhou nova formulação e novas características com a designação de “feminicídio”¹⁹⁵.

A morte violenta de mulheres por razões de gênero, tipificada em alguns sistemas penais, como no caso do Brasil, sob a figura do “feminicídio”, constitui a forma mais extrema de violência contra a mulher, possuindo como contexto do evento a incidência no âmbito familiar ou no espaço público e perpetrada por particulares ou executada, ou tolerada, por agentes do Estado. Esta constitui uma violação de vários direitos fundamentais das mulheres, consagrados nos principais instrumentos internacionais de direitos humanos como explorado no próximo subtópico do presente trabalho, em especial, o direito à vida, o direito à integridade física e sexual, e/ou o direito à liberdade pessoal que permeiam diferentes normas e práticas socioculturais, passando a constituir um fenômeno global com proporções alarmantes.

Assim, compreende-se que o feminicídio geralmente é fruto de uma escalada de violências e abusos verbais e físicos que culminam na morte da mulher¹⁹⁶, na qual a maior parte dos casos esta violência é infligida por parceiros íntimos. Globalmente, a OMS aponta que 38% dos assassinatos de mulheres são cometidos por um parceiro masculino¹⁹⁷. Em um país

perspectiva de gênero. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>>. Acesso em 05/06/2023. p. 94

¹⁹³ ONU Mulheres. **Diretrizes Nacionais Feminicídio: Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres.** Brasília (DF). ONU Mulheres, 2016. 132p. p. 19. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf>. Acesso em 23/05/2023.

¹⁹⁴ PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio.** Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021. p. 58.

¹⁹⁵ ONU Mulheres. Op. cit., p. 19

¹⁹⁶ CAPUTI, Jane; RUSSEL, Diana. *Femicide: sexist terrorism against women.* In: RADFORD, Jill; RUSSEL, Diana E. H. *Femicide: the politics of woman killing.* Twayne: Ed. Nueva York, 1992, p. 2. apud. RELATÓRIOS DE PESQUISA NUPEGRE. Rio de Janeiro: EMERJ, n. 5, 2020. **Feminicídio: um estudo sobre os processos julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.** Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/relatorios_de_pesquisa_nupegre/edicoes/numero5/relatorios-de-pesquisa-nupegre_numero5.html>. Acesso em 23/05/2022. p. 12

¹⁹⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Who.int, 09 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>>. Acesso em 23/05/2022.

patriarcal como o Brasil, que ocupa o 5º lugar mundial em mortes violentas de mulheres¹⁹⁸, a lei do feminicídio surge como resposta penal às proporções alarmantes que o cenário da impunidade pela violência contra a mulher potencializou.

Em que pese reconheça os grandes avanços obtidos na América Latina em relação aos direitos das mulheres, como na promulgação de leis de combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres no Brasil em 2006 com a Lei nº 11.340 conhecida como “Lei Maria da Penha”, o enfrentamento da violência (letal) de gênero ainda encontra diversas barreiras políticas, sociais e jurídicas. Com isso, inclusive, em cumprimento aos mandamentos constitucionais voltados à prevenção e contenção da violência no âmbito das relações familiares, firmados no art. 226, §8º da CF/88, foi editada a Lei Maria da Penha para que sejam aplicados os instrumentos de natureza assistencial e protetiva nas duas fases da persecução penal no delito de feminicídio¹⁹⁹.

A tipificação do feminicídio coloca em destaque a necessidade, não só de investigar, processar e executar, de forma diferenciada as manifestações de violência de gênero que decorrem de sociedade estruturada em bases sociais, econômicas e culturais que prestigiam a relação de hierarquia entre homem e mulher, como de identificar os seus motivos e promover alterações que permitam a diminuição desse quadro de violência. Trata-se de medida que se ajusta ao processo evolutivo voltado à mudança de comportamento cultural e ao atingimento da equidade de gênero e da igualdade real, distinta da igualdade formal que, muitas vezes, oculta a realidade.²⁰⁰

O reconhecimento do feminicídio na categoria jurídica, ao ser inserida no rol das qualificadoras do homicídio no Código Penal Brasileiro é intimamente relacionada ao processo político originado na luta e nas demandas dos movimentos das mulheres que utilizam o conceito de feminicídio para leitura dos fenômenos sociais ligados à morte violenta de mulheres, por isso, em que pese o presente trabalho não dedique sua análise ao feminicídio como fenômeno social, é imperioso reconhecê-lo como tal. Isso porque essas mortes não são eventos isolados ou excepcionais, mas ocorrem em conexão com outras formas de violência, formando parte de um *continuum de violência* que constrói eventos de violência a culminar na morte como o desfecho²⁰¹.

¹⁹⁸ RELATÓRIOS DE PESQUISA NUPEGRE. Op. cit., p. 12.

¹⁹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>>. Acesso em 05/06/2023, p. 94.

²⁰⁰ Ibid., p. 93

²⁰¹ ONU Mulheres. **Diretrizes Nacionais Feminicídio: Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Brasília (DF). ONU Mulheres, 2016. p. 20 Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf>. Acesso em 23/05/2023.

Para tanto, o referencial teórico da LÍVIA PAIVA na tese de Doutorado intitulada “Da empiria ao Tribunal do Júri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio”²⁰² norteará o presente trabalho, através do que a autora denomina como o “processo de discursividade da violência feminicida” nos processos de produção de verdade judicial nos casos do feminicídio, que percorrem do embrião na investigação policial até a maturidade das instâncias recursais. PAIVA afirma que

o feminicídio, enquanto uma categoria teórico-empírica vai se construindo, desestruturando e reestruturando a partir de diversas realidades que vão sendo descobertas, interpretadas. Enquanto categoria jurídica, perpassa por processos de produção de verdade, mediado por disputados e limitado aos princípios penais que fixam uma rígida moldura de compreensão.²⁰³

Nas suas diversas dimensões, a autora pontua que entender o feminicídio como uma categoria empírica pressupõe uma disposição para olhar para as diversas matizes do fenômeno. E para além, compreender o feminicídio também como dimensão antissistêmica²⁰⁴ em razão das diferentes intersecções de opressão direcionadas às mulheres. Assim, a autora afirma que entender o feminicídio enquanto um conceito empírico e antissistêmico é “admitir que há uma abertura para que ele seja capaz de descrever, a partir da observação da experiência, distintas formas de agenciamentos de opressão das mulheres”²⁰⁵. E assim o fez, de modo que conclui que nomear o assassinato de mulheres pelo simples fato de sê-lo não é consequência de uma operação racional fundamentada em um direito natural ou princípios gerais, metafísicos e trans-históricos, tampouco considera um fundamento normal do direito que confere validade a uma norma jurídica.

Para a autora, busca-se a rejeição de qualquer definição patriarcal de crime, cabendo a responsabilidade de interpretar o ocorrido a quem vivenciou a violência, como bem criticado pela teoria do patriarcalismo jurídico, entendido como “a vinculação (e integração) do direito moderno com o sistema patriarcal de relações sociais, que implica na produção e reprodução

²⁰² PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021.

²⁰³ Ibid., p. 18.

²⁰⁴ “Dimensões estruturais da violência que emergem de diversas coordenadas geográficas, políticas, econômicas e sociais que constroem diferentes categorias de mulheres baseadas na racialização, na classe, no gênero, na sexualidade e no status político” MONÁRREZ, J. E. *Feminicidio sexual sistémico: impunidad histórica constante en Ciudad Juárez, víctimas y perpetradores*. Estado & Comunes, Revista De políticas Y Problemas Públicos, 1(8). 2019, p. 90.

²⁰⁵ PAIVA, Livia de Meira Lima. Op. cit., p. 17

das relações de dominação do gênero feminino pelo masculino”²⁰⁶. Para isto, considera a origem da nomeação do feminicídio como uma violência que vitima mulheres pela sua condição em uma sociedade patriarcal, em contraposição à teoria feminista que na realidade é feita “*na e pela prática*”.

O Direito define as mulheres enquanto sujeitos genderizados (definidas com base no gênero) e, através de uma pretensão de universalidade, silencia e re/desqualifica as distintas experiências vividas por mulheres. A questão é colocada em novos termos: a crítica ao Direito se dá não somente pelo seu caráter excludente (“o Direito é sexista”) ou assimilacionista a partir de modelos masculinos (“o Direito é machista”), mas pelo seu caráter (re)produtivo do que é feminino. Sua função não é meramente reguladora dos gêneros, reconhecendo (ou não) identidades ou diferenças; o Direito funciona como um dos próprios mecanismos criadores da diferença.²⁰⁷

Isto posto, observa-se, a partir de referências empíricas, a realidade da violência (letal) contra as mulheres e a breve análise crítica da feminicídio nas suas diversas dimensões desempenhadas em sociedade. A partir disso, o presente trabalho atinge a capacidade de ingressar na análise das respostas dos agentes de poder a essa realidade de violação dos direitos humanos das mulheres, perpassando sua pauta histórica internacional até adentrar em território nacional e a criação de modelos e implementação de protocolos e diretrizes para investigar, processar e julgar mortes violentas de mulheres com perspectiva de gênero. Portanto, compreender, enfim a complexidade da perspectiva de gênero e no que consiste o seu acolhimento efetivo.

3.1.1. Atuação sob Perspectiva de Gênero à Luz do Protocolo Latino-Americano e do Conselho Nacional de Justiça

Para além da breve crítica apresentada à construção do tipo penal do feminicídio, o presente trabalho adentra agora no que tange à forma de persecução penal alinhada a uma perspectiva de gênero, para pensar também no olhar adequado para a vítima. No intuito de combater a violência contra a mulher, em todas as suas formas e intensidades, o direito internacional dos direitos humanos estabeleceu um conjunto de normas e padrões que obriga os Estados a tomarem medidas para prevenir, investigar, punir e reparar as violações sofridas. O dever de devida diligência constitui um marco de referência para analisar as ações e omissões das entidades estatais responsáveis e avaliar o cumprimento de suas obrigações internacionais,

²⁰⁶ SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 232

²⁰⁷ Veja-se SMART, Carol. **La teoría feminista y el discurso jurídico**. In: *El derecho en el genero y el genero en el derecho*. Cedael. Editorial Biblos. Buenos Aires, Argentina. Septiembre, 2000.

tendo ganhado relevância na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) (1979) e na Convenção de Belém do Pará (1994) que ratificaram convenções que incorporem medidas para promover os direitos das mulheres, incluindo mudanças legislativas e o cumprimento estrito do dever de devida diligência, como a seguir.

Um grande caminho foi percorrido, tendo como um dos marcos iniciais a elaboração pelo Comitê da CEDAW a Recomendação Geral nº 19, complementada posteriormente pela nº 33, no que se refere à violência de gênero contra as mulheres a fim de estabelecer diretrizes para o cumprimento da obrigação do Estado sobre assumir a responsabilidade pela violência resultante das ações ou das omissões (*primeiro*) do Estado-Parte e (*segundo*) de atores não estatais. Fundamental para construção de uma notável jurisprudência em relação ao acesso das mulheres à justiça, a atuação do Comitê nesta recomendação geral teve papel importante no destaque dado aos estereótipos e preconceitos de gênero no sistema de justiça e a importância da capacitação dos profissionais para não (re)produzirem uma violência – denominado processo de *revitimização*²⁰⁸.

Nesse sentido, pontua que os Estados-parte “encorajem o enfrentamento dos estereótipos e preconceitos de gênero nos sistemas de justiça, especialmente em casos de violência baseada no gênero”²⁰⁹. Em especial no âmbito do direito penal, prevê também a recomendação de que “revisem as regras de prova e sua aplicação, especialmente em casos de violência contra as mulheres” de modo que adotem medidas para o devido respeito aos direitos de vítima e réis a

²⁰⁸ “O conceito de revitimização tem sido aplicado para descrever a situação enfrentada por mulheres, crianças e adolescentes vítimas de violência, quando seu sofrimento é prolongado pelo atendimento inadequado nos serviços onde tenham buscado atendimento. A revitimização expressa-se como o atendimento negligente, o descrédito na palavra da vítima, o descaso com seu sofrimento físico e/ou mental, o desrespeito à sua privacidade, o constrangimento e a responsabilização da vítima pela violência sofrida. A Criminologia também trata de formas de revitimização considerando, além da vitimização primária (o crime ou violação de direito sofrida), a vitimização secundária, como resultado da intervenção das chamadas instâncias de controle social – polícia e judiciário – especialmente durante os procedimentos de registro e investigação policial e do processo criminal; e a vitimização terciária, quando a vítima é discriminada e/ou culpabilizada por aqueles indivíduos e/ou grupos que deveriam constituir sua rede apoio – familiares, amigos, entre outros” ONU Mulheres. **Diretrizes Nacionais Femicídio: Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Brasília (DF). ONU Mulheres, 2016. 132p. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf>. Acesso em 23/05/2023. p. 60.

²⁰⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação geral n. 35 sobre a violência de gênero contra as mulheres do comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher** (Cedaw). Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Tradução para o português: Neri Accioly, Brasília, 2019.

um julgamento justo em processos criminais, “para assegurar que os requisitos de prova não sejam (...) influenciados por estereótipos de gênero”²¹⁰.

Além disso, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como a “Convenção de Belém do Pará”, ratificada pelo Brasil em 1995, sendo vanguardista como o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos que reconhece, de forma enfática, a violência contra a mulher como um fenômeno generalizado que abarca um número de mulheres interseccionais à raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição.²¹¹

No entanto, em que pese todos os avanços obtidos da esfera internacional com a ratificação dos tratados de direitos humanos das mulheres, ainda persiste na cultura jurídica brasileira grande resistência na aplicação das leis de proteção aos direitos humanos das mulheres, sobretudo no objeto do presente trabalho no julgamento do feminicídio que ainda é interpretado com o enfoque sexista e discriminatório com relação às mulheres.²¹²

Nos últimos anos, observa-se maior atuação do Poder Judiciário na elaboração de políticas jurídicas nesse sentido. A ONU Mulheres, em parceria com o governo brasileiro e o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), publicou as “Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres – Feminicídios”. O documento contém uma orientação ampla e integralizada entre os agentes do Estado como perícia, polícia, saúde e justiça com o objetivo de contribuir para a implementação da Lei do Feminicídio, de modo que desde a fase embrionária dos fatos, ainda na investigação, inclua-se a perspectiva de gênero como hipótese inicial nos procedimentos investigativos de mortes de mulheres, com a capacitação dos profissionais da polícia e perito e por assim segue com recomendações específicas para cada fase da investigação policial e do processo judicial e seus respectivos

²¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação geral n. 35 sobre a violência de gênero contra as mulheres do comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher** (Cedaw). Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Tradução para o português: Neri Accioly, Brasília, 2019.

²¹¹ CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, “CONVENÇÃO DO BELÉM DO PARÁ”. Adotada em “Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em 03/06/ 2023.

²¹² RELATÓRIOS DE PESQUISA NUPEGRE. Rio de Janeiro: EMERJ, n. 5, 2020. **Feminicídio: um estudo sobre os processos julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/relatorios_de_pesquisa_nupegre/edicoes/numero5/relatorios-de-pesquisa-nupegre_numero5.html>. Acesso em: 23/05/2023

encarregados. As Diretrizes Nacionais são baseadas no Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero²¹³, tendo sido o Brasil o país piloto para o processo de adaptação do documento internacional, tendo em vista a prevalência e relevância da ocorrência de feminicídios no território nacional, a (pretensa) capacidade de implementação das Diretrizes no sistema de justiça criminal, entre outros fatores.

De certo, é possível observar a escolha política pelo uso do termo *feminicídio* no Brasil, haja vista que reforça a responsabilidade da sociedade e do Estado no cumprimento de suas obrigações na proteção das mulheres e na promoção de seus direitos. As Diretrizes Nacionais apontam que essa estratégia política se deu como forma de nomear e qualificar essas mortes como problema social resultante da desigualdade estrutural de gênero, e, sobretudo reforça também o objetivo de modificar a atuação do sistema de justiça criminal calçada em estereótipos de gênero e na discriminação contra as mulheres²¹⁴. Cabe esclarecer que, as diretrizes formuladas abrangem o tipo penal do feminicídio sem, contudo, se limitarem a ele, devendo ser aplicadas a investigação, processo e julgamento de todas as mortes de mulheres com indícios de violência, orientando a busca de evidências sobre as razões de gênero que motivaram o comportamento delitivo e resultaram na morte da mulher²¹⁵.

Por isso, é esclarecido na redação do documento o objetivo da mudança de olhar, a partir da lente de gênero, da atuação do Estado no sentido amplo para “estarem atentos aos possíveis elementos que evidenciem que, em contextos e circunstâncias particulares, as desigualdades (...) que contribuem para aumentar a vulnerabilidade e risco para as mulheres”²¹⁶. Sobretudo, implica em conhecer esses contextos e circunstâncias como atuação fundamental para que o Estado dê respostas mais adequadas para prevenir e punir tais mortes.”²¹⁷

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou em 2021 o Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero considerando a reprodução de desigualdades nas práticas judiciais,

²¹³ ONU Mulheres. **Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (Femicídio/Feminicídio)**. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf>. Acesso em 20/06/2023.

²¹⁴ ONU Mulheres. **Diretrizes Nacionais Feminicídio: Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Brasília (DF). ONU Mulheres, 2016. 132p. Pp. 28-29. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf>. Acesso em 23/05/2023.

²¹⁵ Ibid., p. 16

²¹⁶ Ibid., pp. 28-29

²¹⁷ Ibid., pp. 28-29

pensando na direção de reconhecer a influência do patriarcado, do machismo, do sexismo, são transversais às áreas do direito, não se restringindo à violência doméstica. Isso com o intuito de funcionar como um guia para que os julgamentos se realizem em consonância ao direito à não discriminação, “de modo que modo que o exercício da função jurisdicional se dê de forma a concretizar um papel de não repetição de estereótipos, de não perpetuação de diferenças, constituindo-se um espaço de rompimento com culturas de discriminação e de preconceitos”²¹⁸.

A perspectiva de gênero é a análise para investigar e analisar uma morte violenta de uma mulher, a partir dos seguintes fatores: i. Examinar o ato como um crime de ódio, cujas raízes se consolidam nas condições históricas produzidas pelas práticas sociais; ii. Abordar a morte violenta de mulheres não como um ato conjuntural e circunstancial, e sim como um crime sistemático, cuja investigação exige devida diligência por parte das instituições do Estado; iii. Ir além de possíveis linhas de investigação focadas em fundamentações individuais, naturalizadas ou em patologias como o resultado de “crimes passionais” ou “conflitos conjugais”; iv. Evitar julgamentos de valor sobre condutas ou comportamento anterior da vítima e romper com a carga cultural e social que responsabiliza a vítima pelo que lhe ocorreu; v. Dar visibilidade às assimetrias de poder e à forma como as desigualdades de gênero permeiam os papéis, normas, práticas e significações culturais entre homens e mulheres, dentre outros dos indicativos da redação do Protocolo Latino-Americano²¹⁹.

Essa atuação sob a lente de gênero busca comprometer, além das partes, todos o grupo entendido como os sujeitos processuais, como advogados, promotores, testemunhas e todos os atores relevantes que venham a (re)produzir esteriótipos, implícita ou explicitamente, na aplicação da norma, em objeto o feminicídio. O Protocolo do CNJ formula “questões-guia” que funcionam como um passo a passo para guiar magistrados/as a refletir sobre o direito em contexto, desde primeira aproximação com o processo à interpretação e aplicação do direito. Por exemplo, indaga-se se a instrução processual está reproduzindo violência de gênero

²¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>>. Acesso em 05/06/2023. Prefácio.

²¹⁹ ONU Mulheres. **Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (Femicídio/Feminicídio)**. P. 44. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf>. Acesso em 20/06/2023.

institucionais, enquanto na etapa de valoração de provas e identificação de fatos, indaga-se se as provas podem estar imbuídas de estereótipos de gênero, entre outras questões-guia²²⁰.

Em específico no rito do Tribunal do Júri, no que tange à quesitação do feminicídio, o Protocolo do CNJ aponta que é importante que o magistrado conste o necessário para a apuração do fato, esclarecendo qual a forma de violência doméstica, familiar ou de gênero realizada²²¹, visto que o modo como o quesito é redigido tende a influenciar a compreensão do jurado sobre o que está sendo perguntado e ajuda o jurado a compreender a dinâmica criminosa²²². Somado a isso, as Diretrizes Nacionais recomendam atenção e eventual intervenção do juiz-presidente, conferido a ele através do poder de direção (art. 497, III, CPP), às perguntas formuladas, pelo promotor ou pela defesa, à vítima sobrevivente, às vítimas indiretas e testemunhas, se em seu formato ou conteúdo, não contenham conteúdo depreciativo à imagem e memória da vítima direta, com expressões e estereótipos negativos, na busca de justificador a conduta do acusado²²³.

Assim, compreendido o processo internacional e nacional de pesquisa, mapeamento, institucionalização e operacionalização da atuação sob perspectiva de gênero, atenta-se a como tornar seu acolhimento efetivo nas práticas judiciais, em específico, na segunda fase do julgamento de processos de feminicídio. Pelas razões expostas, presencia-se o risco da ineficácia da atuação sob perspectiva de gênero, mesmo contando com toda orientação e protocolo de como utilizá-la para processar e julgar morte violenta de mulheres, em razão da liberdade subjetiva inerente ao julgador na íntima convicção no processo de valoração da prova e da tomada de decisão sobre os fatos, que pode (re)encontrar a discriminação de gênero para instrumentalizá-la para legitimar sua decisão final.

²²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>>. Acesso em 05/06/2023. pp. 54-57.

²²¹ Ibid., p. 94

²²² RELATÓRIOS DE PESQUISA NUPEGRE. Rio de Janeiro: EMERJ, n. 5, 2020. **Feminicídio: um estudo sobre os processos julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/relatorios_de_pesquisa_nupegre/edicoes/numero5/relatorios-de-pesquisa-nupegre_numero5.html>. Acesso em: 23/05/2023.

²²³ ONU Mulheres. **Diretrizes Nacionais Feminicídio: Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Brasília (DF). ONU Mulheres, 2016. 132p. Pp.107-108 Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf>. Acesso em: 23/05/2023.

3.2. A Liberdade Subjetiva do Julgador e o Encontro com a Discriminação (de Gênero)

“quanto mais ampla, maior a margem interpretativa e, de um ponto de vista feminista, mais espaço para mobilização de argumentos de fundo misógino”²²⁴

Os epistemólogos costumam distinguir entre “razões para crer” e “motivos para crer”, tendo em vista que justificar racionalmente as crenças constitui o objetivo do debate em torno do primeiro ponto, enquanto tentar esclarecer o papel que a “íntima convicção” do julgar deve ter na decisão, ao ponto de incorporar ou não crenças ao sistema cognitivo é o objeto das discussões do segundo ponto²²⁵. No âmbito do procedimento probatório e da decisão final sobre os fatos, NARDELLI aponta que o “decisionismo” manifesta-se tanto por meio do caráter subjetivo do tema processual – no sentido da determinação fática em razão de condições ou qualidades pessoais –, quanto ao caráter subjetivo do juízo, o qual apoia-se em avaliações subjetivas em detrimento das provas concretas²²⁶.

O primeiro fato de subjetivação gera uma perversão inquisitiva do processo, dirigindo-o não no sentido de comprovação dos fatos objetivos (ou para além dela), mas no sentido da análise da interioridade da pessoa julgada. O segundo degrada a verdade processual, de verdade empírica, pública e intersubjetivamente controlável, em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador.²²⁷

Neste ponto, impera o referencial teórico de EDGAR GARCIA, na obra de LAUDAN, crítico da íntima convicção como SP, uma vez que o autor analisa que recentes investigações empíricas mostram que muitas das nossas crenças estão inspiradas em motivações, que inclusive escapam do controle de nossos processos de cognição consciente. Assim, defende que a sociedade não deixe, por um emprego de términos que pertencem ao domínio dos “motivos para crer”, como no caso da íntima convicção, as ferramentas que foram originalmente concebidas para introduzir constrições racionais nos processos de tomada de decisão, como o SP, de fato sejam instrumentalizadas para contaminar com preconceitos, emoções e “interesses de grupo” às práticas penais²²⁸.

²²⁴ PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empíria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021, p. 288

²²⁵ GARCIA, Edgar R. Aguilera. *Crítica a la <convicción íntima> como estándar de prueba en materia penal*. Apud LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. 1. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011. p. 333.

²²⁶ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019. p. 61

²²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 46.

²²⁸ GARCIA, Edgar R. Aguilera. Op. Cit., p. 333.

Nesse contexto, ALICIA RUIZ analisa a concepção do Direito para além de um conjunto estático de leis, mas sim operando como um *discurso*, dotado de um poder simbólico, capaz de produzir efeitos para além das pessoas diretamente afetadas pela decisão judicial²²⁹. Por isso, PAIVA explica que a reforma da lei, sozinha, não traz segurança de que as mulheres não serão tratadas de maneira sexista²³⁰, já que como afirma RUIZ “o discurso opera, com força singular, além da pura normatividade”²³¹.

A partir disso, reflete-se sobre a interação entre a liberdade subjetiva do julgador na valoração e a discriminação de gênero, já que o Direito opera criando a identidade de “mulher” que convêm à sujeição da norma criada, o fenômeno “*feminicídio*”, para então viabilizar ou não determinados direitos, mediante práticas excludentes e legitimadoras, como pensado por BUTLER ao fincar que o poder jurídico é produtor do que alega meramente representar²³². Por isso, reflete-se sobre a “moldura” criada pelo Direito quando o feminicídio é interpretado ao olhar exclusivo da sua operacionalização como fenômeno jurídico, investindo em “um sujeito estável de “Mulher””²³³, de maneira que as estruturas jurídicas controlam as práticas, ora de legitimação, ora de exclusão.

Para PAIVA, um dos maiores problemas observados a partir da análise dos processos na sua pesquisa, é que a judicialização do feminicídio enquanto um tipo penal, uma norma jurídica, retira a dimensão estrutural da violência inserindo-a em um contexto individual, um conflito pontual: o réu “A” matou a sua esposa “B”, de modo que inviabiliza uma violência mais ampla, estrutural e caracteriza uma das “artificialidades” criadas pela leitura realizada do fenômeno pelo direito penal²³⁴. Nesse contexto, observa-se uma inversão da pretensão inicial idealizada do feminicídio como fenômeno jurídico, que consistia precisamente na identificação coletiva deste crime e uma estratégia política frente à violência fatal estrutural contra as mulheres, no

²²⁹ RUIZ, Alicia. *Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género*. Colección *Equidad de género y democracia*, vol. 6; – México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal. 2013, p. 18

²³⁰ PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021. p. 32.

²³¹ RUIZ, Alicia. *De cómo el derecho nos hace hombres y mujeres*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v.36, 2001. p. 9

²³² Veja-se BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad.: Renato Aguiar – 11a Ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

²³³ PAIVA, Livia de Meira Lima. Op. cit., 33

²³⁴ Ibid., p. 65.

intuito de abandonar a ideia da morte de mulheres - pela condição de mulher – como de natureza íntima, episódico, encerrado no espaço privado, sem representar um perigo para a ordem social, o que contorna, dessa forma, as tentativas de criminalização e intervenção da justiça²³⁵.

A tolerância social à violência doméstica contra a mulher está presente a todo tempo em que percebemos a falta de perspectiva de gênero nos molhos de olhar essa violência. Por se tratar de uma violência estrutural, o tratamento dos feminicídios como “crimes individuais” faz com o que o sistema de justiça feche os olhos para as particularidades desse tipo de delito. As dimensões sociais e simbólicas são apagadas do conflito quando este é tratado como um “crime comum”.²³⁶

Assim, as razões de gênero, que inicialmente motivaram estes crimes, se encontram esvaziadas no procedimento do Tribunal do Júri, que segrega, isola e descola aquele evento das características e do contexto concreto. Assim, “retira determinadas práticas de seu contexto estrutural, criando *artificialmente* um “contexto delitivo” individualizado (e, muitas vezes, natural: matou porque teve ciúmes”), desprovido das características sociais e políticas”²³⁷. Nesse sentido, depara-se com a afirmação “o réu “A” matou a sua esposa “B” em plenário no Tribunal do Júri.

Dentro dessa lógica, PAIVA ratifica que verdade sobre a ação feminicida construída ao final do processo penal acaba por reduzir a violência à exceção: motivos egoísticos do réu ou a dinâmica específica daquele casal, de modo que o processo/direito penal retiram os feminicídios da sua dimensão social²³⁸. Sobretudo, sob o sistema de valoração probatória utilizado da íntima convicção, na qual o jurado irá se deparar com essa afirmativa e decidir, em sua íntima convicção, em sua certeza moral, em seus palpites subjetivos²³⁹, sobre a responsabilidade criminal do réu.

²³⁵ ONU Mulheres. **Diretrizes Nacionais Feminicídio: Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Brasília (DF). ONU Mulheres, 2016. 132p. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf>. Acesso em 23/05/2023. p. 24

²³⁶ RELATÓRIOS DE PESQUISA NUPEGRE. Rio de Janeiro: EMERJ, n. 5, 2020. **Femicídio: um estudo sobre os processos julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. P. 118. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/relatorios_de_pesquisa_nupegre/edicoes/numero5/relatorios-de-pesquisa-nupegre_numero5.html>. Acesso em: 23/05/2022.

²³⁷ PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empíria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2021.

²³⁸ Ibid., p. 275.

²³⁹ LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. 1. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011. Pp. 64-65

Após esvaziar os motivos de gênero do tipo penal ao isolá-lo para o julgamento dos casos concretos, não há nenhum elemento para embarreirar que os juízos de valor, estes compartilhados em sociedade na qual foi praticada a violência feminicida, sejam (re)utilizados para dar valor a prova, com base na “íntima convicção” dos jurados no Conselho de Sentença. Nesse sentido, PAIVA assevera que “a mesma justificativa utilizada para motivar um crime de feminicídio baseado em estereótipos, também poderá encontrar eco no juízo de valor realizado no tribunal popular”²⁴⁰.

Esse ciclo vicioso de (re)utilização “das razões da condição de sexo feminino”, para utilizar a redação da qualificadora, parte da compreensão crítica do mito da universalidade de valores neutros que supostamente são representados na instituição do júri popular. A teoria feminista do direito²⁴¹ analisa criticamente essa pretensa neutralidade, uma vez que na prática está carregada de masculinidade ao corresponder a um “conjunto de valores e interesses masculinos”, seja pela operacionalização do direito historicamente dominado por homens, seja pela valoração da aplicação da norma a partir de um viés “uno”, ou seja, baseada na ideia de igualdade formal entre homens e mulheres, quando na igualdade material este mito da universalidade marginalizava os marcadores de gênero (e as demais interseccionalidades).

A aplicação do “modelo ecológico feminista”²⁴² auxilia a compreender que a violência contra as mulheres é um fenômeno multifacetado e que decorre de uma combinação entre fatores pessoais e aqueles situacionais e socioculturais – contemplando as relações familiares, comunitárias e na sociedade mais ampla, como nos seguintes níveis de causalidade superpostos: individual, relacional, comunitário e social. Na última esfera de análise, em nível social, constitui-se das atitudes, crenças e representações culturais sobre a representação da mulher na sociedade e que influenciam diretamente na criação e perpetuação de estereótipos relacionados aos papéis de gênero.

²⁴⁰ PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021. p. 233.

²⁴¹ Veja-se BODELÓN, Encarna. *Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal*. En BERGALLI (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia 2003; LARRAURI, Elena. *Una crítica feminista al Derecho penal. En: Mujeres y Sistema Penal*. Buenos Aires: Bdef, pp. 19-40, 2008 e SMART, Carol. *La teoría feminista y el discurso jurídico*. In: *El derecho en el género y el género en el derecho*. Cedael. Editorial Biblos. Buenos Aires, Argentina. Septiembre, 2000.

²⁴² ONU Mulheres. **Diretrizes Nacionais Feminicídio: Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Brasília (DF). ONU Mulheres, 2016. 132p. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf>. Acesso em 23/05/2023. p. 34

Para tanto, na sociedade patriarcal observa-se diversos fatores que incidem, facilitam e perpetuam a violência baseada no gênero, como a noção de masculinidade associada à dominação que vincula a noção de poder, controle e posse sobre os corpos femininos, a ideia de propriedade masculina sobre a mulher, nesta figura desumanizada e objetificada, a rigidez dos papéis de gênero associada à estigmatização das condutas da mulher e do homem, acompanhada da aprovação da violência como um mecanismo para resolver os conflitos cotidianos, de modo a naturalizar e, por consequência, legitimar, a violência contra a mulher. A partir disso, denuncia-se essa ideia de “designação de um papel social para os homens de controle sobre os comportamentos e vidas das mulheres, o que lhes atribui esse “direito” de castigar fisicamente a mulher.”²⁴³

Toda essa construção cultural, que legitima a ordem patriarcal, mantém e fortalece os estereótipos de gênero que permeiam as relações interpessoais em sociedade, incorrendo no risco de serem re(utilizados) pelos jurados na valoração probatória e na decisão sobre os fatos devido ao sistema de valoração irracional do júri. Assim, “o controle formal do sistema penal funciona como um *continuum* do sistema informal de controle observado nas relações intersubjetivas”²⁴⁴.

Seguindo esse raciocínio, o presente trabalho alcança seu paralelo entre a contribuição da teoria racional da prova à atuação com perspectiva de gênero, tendo em vista que a concepção racionalista parte da trajetória racional dos fatos até as provas, a partir da premissa de que “está provado que *p*” é sinônimo de “há elementos de juízo suficientes a favor da aceitação de *p* como verdadeira”, assim, seguir a ordem racional dos fatos referente às premissas: o réu “A” matou a sua esposa “B”, significa afirmar que “está provado que o réu “A” matou a sua esposa “B”” é sinônimo de “há elementos de juízo suficientes a favor da aceitação de que “o réu “A” matou a sua esposa “B” como verdade processual”, e para além disso, serão utilizados somente²⁴⁵

²⁴³ AUGUSTO, Cristiane Brandão. **PL 882/2019: um Projeto Femicida**. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 89, 2019, pp. 82-95, set-out 2019. p. 91.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 91.

²⁴⁵ Cabe esclarecer que a utilização do termo “somente” é utilizado para fins de ênfase na corroboração baseada em provas e não em meras hipóteses infundadas psicológicas e morais. Em nada se relaciona com a primazia estabelecida pela Lei Maria da Penha de reconhecer o valor probatório da palavra da vítima nos casos de violência doméstica. Como dispõe o Protocolo do CNJ, “O peso probatório diferenciado se legitima pela vulnerabilidade e hipossuficiência da ofendida na relação jurídica processual, qualificando-se a atividade jurisdicional, desenvolvida nesses moldes, como imparcial e de acordo com o aspecto material do princípio da igualdade (art. 5o, inciso I, da Constituição Federal)”, não se cogitando desequilíbrio processual. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de

elementos de juízo para suficiência probatória e embarreirar qualquer utilização de estereótipos de gênero como forma de desviar a persecução penal à vítima através de um discurso persecutório ou absolvendo o acusado por uma “certeza moral” patriarcal que legitima a morte violenta de mulheres.

Pensando no modelo racional fundado em critérios lógicos e probabilísticos de verificação dos enunciados fáticos apresentados pelas partes como o mais adequado a alcançar a *verdade processual*, aquela corroborada pelas provas, lembra-se que a teoria não pretende descrever como decidem os juízes, mas sim indicar como deveriam decidir se se pretende que suas decisões sejam racionais. Isto exposto, a concepção racionalista rejeita a íntima convicção como *standard* de prova, já que transforma a convicção em prova suficiente para condenação, e portanto, pelo exposto no presente tópico, é capaz de transformar a convicção, leia-se, a discriminação de gênero, em fundamento para corroborar a absolvição do acusado e/ou para (re)produzir o discurso persecutório à mulher, na posição processual de vítima do crime de feminicídio.

Portanto, PAIVA explica que a “conversão linguística” que torna o feminicídio um fato jurídico é operada por procedimentos e dispositivos elaborados a partir do paradigma da universalidade/neutralidade da lei²⁴⁶. Assim, realizando um paralelo com a comparação da autora de como ocorre a tradução do fenômeno feminicídio dentro do direito penal, de forma extremamente limitada a partir de molduras que já estão pré-fixadas da norma, observa-se no presente trabalho que no direito processual penal, a íntima convicção como sistema de valoração probatória abrange a tradução do fenômeno feminicídio como uma questão íntima, de certeza subjetiva, personalíssima. A liberdade subjetiva do julgador é tamanha que descola o fenômeno jurídico da sociedade, enquanto ato isolado, para posteriormente reinseri-lo em pauta na “representação da sociedade”, isto é, os 7 jurados do Conselho de Sentença, para atribuir signos discriminatórios à mulher vítima da violência feminicida.

Magistrados – Enfam, 2021. p. 95. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>>. Acesso em 05/06/2023.

²⁴⁶ PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021. p. 273

3.2.1. A (inconstitucional) Tese da Legítima Defesa da Honra

Em março de 2021, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 779²⁴⁷, declarou inadmissível sustentar a tese da “legítima defesa da honra” em qualquer fase processual ou pré-processual do julgamento dos processos de feminicídio tentado ou consumado, por contrariar os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da vedação de discriminação e os direitos à igualdade e à vida. O Protocolo do CNJ afirma que a decisão constitui marco histórico no julgamento com perspectiva de gênero pela Corte Constitucional, “a nortear não só julgamentos, mas os atos desenvolvidos nas duas fases da persecução penal”²⁴⁸, funcionando como uma espécie de *controle preventivo de racionalidade* dos jurados no julgamento, já que no júri não é possível assegurar plenamente um controle posterior sobre o veredicto em razão da decisão imotivada.

A pauta envolve a honra como fator legitimador da morte violenta de mulheres, caracterizado pelo discurso de ódio relacionado ao gênero na leitura feminista de BEZERRA²⁴⁹. Por esta razão que a autora identifica como objetivo da decisão do STF uma espécie de limitação de discursos de ódio no plenário do Tribunal do Júri.

As críticas à decisão do STF colocam em uma balança o simbólico prejuízo à soberania dos veredictos e à plenitude da defesa²⁵⁰ em contraposição à igualdade entre homens e mulheres e a proibição da discriminação com base no sexo/gênero. Outro viés crítico feminista também reflete sobre o direito penal simbólico para enfrentamento da violência contra as mulheres, bem como da fundamentação vaga e ampla da decisão do STF que acomete a uma insegurança jurídica por uma incerteza acerca da extensão do uso desta tese, já que a decisão menciona “o uso direto e indireto” relacionado à tese²⁵¹. Ainda, um viés mais processualista reflete sobre a

²⁴⁷ Veja-se inteiro teor do acórdão. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF779.pdf>>. Acesso em 23/05/2023.

²⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. P. 95. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>>. Acesso em 05/06/2023.

²⁴⁹ BEZERRA, A. C. C. B. **Legítima Defesa da Honra e a ADPF 779/DF: uma perspectiva crítica, feminista e de violação das garantias do Tribunal do Júri**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56258/legitima-defesa-da-honra-e-a-adpf-779-df-uma-perspectiva-critica-feminista-e-de-violao-das-garantias-do-tribunal-do-jri>>. Acesso em 10/03/2023.

²⁵⁰ Veja-se COSTA, R. T. D. **Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no Tribunal do Júri**. In: XII CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS, 2015. p. 201–208. MUNIZ, G. R. G. Ainda sobre a ADPF 779: o caminho para desconstrução da sociedade machista? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-30/tribuna-defensoria-ainda-adpf-779-desconstrucao-sociedade-machista>>. Acesso em 10/03/2023.

²⁵¹ BEZERRA, A. C. C. B. Op. cit.

decisão da ADPF 799 ser uma “resposta ao não cabimento do recurso quanto à absolvição do quesito genérico” para compensar a situação, vedando assim à dedução da tese da legítima defesa da honra²⁵². Evidente a discussão completa ao que não se propõe o presente trabalho explorar mais a fundo as críticas tecidas a esta decisão.

Não obstante a tese da legítima defesa como forma de excludente de ilicitude, embora agora declarada inconstitucional, as normas e seus aplicadores do judiciário estão permeados de outros instrumentos para desviar as razões de gênero que acometem aquele crime da razão pelo qual se está sendo responsabilizado criminalmente. De início, (*primeiro*) a própria construção do tipo penal, enquanto qualificadora e não como tipo penal próprio, não obsta o reconhecimento do privilégio. Nesse sentido, as táticas defensivas passaram a mirar na minorante do motivo de “relevante valor social” ou “moral” ou o fato do agente estar “sob violenta emoção, logo em seguida da injusta provocação da vítima” (art. 121, §1º, CP).

Em razão disso, o feminicídio privilegiado cria significados do que é um motivo relevante de acordo com o socialmente ou moralmente razoável ou segundo a perspectiva do sujeito que praticou – que não deixa de ser a internalização das regras sociais²⁵³ capazes de culpabilizar a vítima e de perpetuar estereótipos de gênero. Por isso, a estrutura sexista social permeia os arranjos do Corpo de Jurados, que podem ser mais ou menos sensíveis a argumentos sexistas, mas que representam exatamente esta sociedade onde o crime foi cometido²⁵⁴, em termos gerais, compartilhando os mesmos valores morais e sociais. Assim, “a lógica da reação impetuosa masculina frente a um “ato injusto da vítima” segue presidindo o imaginário social e, conseqüentemente sociojurídico”²⁵⁵, revelando o patriarcalismo nas experiências subjetivas dos atores do júri, incluindo os jurados²⁵⁶.

²⁵² ANDRADE, Andre Esteves de. **Quando se tranca aporta e se escancara a janela: a censura à plenitude de defesa**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-08/andre-esteves-censura-plenitude-defesa>>. Acesso em 10/03/2023.

²⁵³ PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021. p. 235.

²⁵⁴ PAIVA explica que, não à toa, embora o primeiro critério de competência do Tribunal do Júri seja pela natureza da infração (art. 74 do CPP e art. 5º, XXXVIII, d, CF/88), o crime é julgado na localidade onde foi praticada a conduta (art. 70 do CPP). *Ibid.*, p. 233.

²⁵⁵ AUGUSTO, Cristiane Brandão. **PL 882/2019: um Projeto Feminicida**. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 89, 2019, 82-95, set-out 2019.

²⁵⁶ *Ibid.*

Ademais, (*segundo*) o quesito obrigatório que indaga o jurado sobre a absolvição, logo após quesitada a autoria e materialidade, representa “uma verdadeira abertura do legislador à possibilidade de clemência”²⁵⁷, o que ratifica que “a própria lei autoriza sua transgressão em nome da participação popular na administração da justiça”²⁵⁸. Portanto, tanto o feminicídio privilegiado quanto a absolvição por clemência representam aberturas legais para outras manifestações da discriminação de gênero no direito/processo penal, tornando o Poder Judiciário tendente a ser palco da (re)produção de violência de gênero em razão de suas práticas ritualísticas e discursivas²⁵⁹.

Ao que parece, para alguns julgadores o feminicídio só se configuraria se o sujeito confessasse expressamente: “Matei sim, por menosprezo a esta mulher”. E ainda assim, talvez alguns fiéis defensores do patriarcado buscassem justificar o afastamento do feminicídio.²⁶⁰

Em que pese a decisão do STF na ADPF 799 tenha representado um avanço no reconhecimento da tese feminicida, da expressão de violência misógina, dos elementos de discriminação de gênero na cultura jurídica patriarcal, esta deixa a desejar nos efeitos práticos, sobretudo, em razão de não alcançar “a dimensão performática nas sessões plenárias”²⁶¹. Isso devido à dimensão narrativista sob viés argumentativo que se encontra em destaque na dinâmica ritualística do júri popular, que por vezes pode levar a concepção retórica ao extremo, tornando o processo um jogo retórico-persuasivo, no qual o que vale é a técnica de convencimento a qualquer preço²⁶², e no caso em tela o respeito aos direitos da vítima à dignidade humana, à justiça, à verdade, à memória, à privacidade, dentre outros. As Diretrizes Nacionais apontam que

Viola os direitos humanos das vítimas de mortes violentas por razões de gênero, o (a) defensor(a)/advogado(a) que, no exercício da defesa, refere-se à legítima defesa da honra ou de forma discriminatória e eivada de juízo de valor como justificação do crime. Esta forma é especialmente grave no caso de mortes consumadas, no que se refere ao direito à memória das vítimas.²⁶³

²⁵⁷ PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021, p. 249

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 249

²⁵⁹ AUGUSTO, Cristiane Brandão. **PL 882/2019: um Projeto Feminicida**. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 89, 2019, pp. 82-95, set-out 2019, p. 89.

²⁶⁰ PAIVA, Livia de Meira Lima. *Op. cit.*, p. 257.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 216.

²⁶² KHALED JR., Salah H.; DIVAN, Gabriel Antonolfi. **A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 156/2019 | p. 8.

²⁶³ ONU Mulheres. **Diretrizes Nacionais Feminicídio: Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Brasília (DF). ONU Mulheres, 2016. 132p. p. 67. Disponível em:

O processo visto enquanto essa disputa das partes advém de uma teoria clássica da retórica, experienciado na tradição inglesa ao processo acusatório moderno. Nessa lógica, KHALED ensina que a prova é o que define o núcleo do sistema e as condições de possível verdade e no momento que isto é abandonado, “criam-se condições para que prosperem juízos apriorísticos de inverossimilitude das teses defensivas”²⁶⁴ que fundamentam os discursos persecutórios às vítimas. Para o autor, essa concepção “não é somente incompatível com um processo respeitoso de *standards* probatórios cientes de necessários limites epistemológicos: ela também é uma opção político-criminal inaceitável para o devido processo penal contemporâneo”²⁶⁵ e ao que este trabalho pretende expor, incompatível com o julgamento com perspectiva de gênero.

Afinal, como destaca IBÁÑEZ, o julgador não se depara diretamente com fatos, mas sim com proposições relativas a fatos, isto é, com representações cognoscitivas do ocorrido na realidade²⁶⁶, de modo que a linguagem e a disputa pelo poder da “narrativa” desempenha papel crucial no conhecimento relativo aos fatos, ao que cabe a sociedade comprometida com o combate à violência contra a mulher embarrear a carga de relativismo, incerteza e ambiguidade nesta operação cognitiva que abre portas à “abertura legal para significação do ocorrido a partir de uma interpretação misógina”²⁶⁷. FACHINETTO esclarece que tais discursos apresentam certa previsibilidade ao recorrer sistematicamente a determinados “papéis” de homens e de mulheres, sendo nestes casos o “subjetivo” é relativamente conhecido, previsível e, mais do que isso, partilhado entre os agentes do júri.²⁶⁸

PAIVA pontua certamente que é difícil compreender, de uma perspectiva feminista, o que seria condicionar, para fins de configuração do feminicídio, o reconhecimento do “contexto da violência doméstica” ou “por razões da condição do sexo feminino” a uma “versão dos fatos” no Tribunal do Júri. A resposta para esse reconhecimento deveria observar o disposto nas

<http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf>. Acesso em 23/05/2023.

²⁶⁴ KHALED JR., Salah H.; DIVAN, Gabriel Antonolfi. **A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 156/2019 | p. 10.

²⁶⁵ Ibid., p. 10

²⁶⁶ Ibid., p. 11.

²⁶⁷ PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021. p. 217.

²⁶⁸ FACHINETTO, Rochele. **Quando eles as matam, quando elas os matam: uma análise dos julgamentos de homicídio pelo Tribunal do Júri**. (Tese de Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Sociologia/UFRGS, 2012. p. 400.

condições da Lei Maria da Penha, e não meramente na versão dos envolvidos, atribuindo aos jurados o poder de decidir contrariamente a norma, o que significa enfraquecê-la²⁶⁹. As Diretrizes Nacionais apontam que é muito comum em processos em que se apura a prática de feminicídio consumado ou tentado, a utilização de subterfúgios para mudar o foco principal que será debatido no plenário. Aponta, ainda, que por falta nítida de argumento que justifique sobre a dinâmica, motivação do crime, modo de execução etc., a defesa concentra-se em enaltecer o réu e tripudiar sobre a imagem e memória da vítima.

A (re)leitura da perspectiva de gênero a partir de um viés na dogmática processual penal proposta no presente trabalho observa os discursos persecutórios direcionados à vítima (direta ou indireta) ainda presentes, implícita e explicitamente, no julgamento de processos de feminicídio no Tribunal do Júri, já que este representa simbolicamente o direito de ser julgado por partes, representantes da sociedade “- a mesma que, por normas compulsórias de gênero – legitima a violência que lhe é devolvida para ser julgada”²⁷⁰.

Assim, observa-se que as formas de operação do Direito e a produção de verdade em relação às mulheres nos processos de feminicídio se faz presente no discurso, na história, na narrativa, enviesada por uma moral patriarcal direcionada ao Conselho de Sentença. A própria tese da legítima defesa da honra, surgiu de um lugar pretensamente técnico, mas de fundamento misógino que permeou os enunciados fáticos produzidos pelas partes, institucionalizando um discurso persecutório da vítima - até o ponto dos debates orais frente à vítima, nos casos tentados, das vítimas indiretas, os familiares presentes - , legitimando (mais) a violência de gênero no Tribunal do Júri.

Observa-se que a concepção racionalista dialoga com uma possível solução mais eficaz ao uso da tese da legítima defesa da honra no plenário do Júri, uma vez que se preocupa com a seleção de premissas fáticas de forma racional, a ser consequentemente evidenciada na justificação das decisões judiciais, porém, sobretudo, funcionando como uma espécie de “filtro seletivo racional”. Dentro dessa lógica, o ponto chave da tese da legítima defesa da honra é que esta adentra no processo enquanto um *enunciado dos fatos* e, em razão de não haver critérios

²⁶⁹ PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021, p. 244

²⁷⁰ Ibid., p. 18

racionais e lógicos para seleção das premissas fáticas, adere-se à construção fático-legal do processo, inflando a possibilidade de ser utilizada como tese feminicida e (re)produtora de violência de gênero na prática judiciária.

Nesse sentido, aponta BELTRÁN define que os teóricos do direito, em geral, estão mais interessados pela justificação das decisões judiciais do que na seleção das premissas fáticas, aspecto este que acaba ignorado²⁷¹ e entende que

somente através de uma concepção racionalista da prova que afasta a vinculação entre prova e convencimento puramente psicológico do juiz, é possível tornar efetivo o direito à prova em todo o seu alcance, e, conseqüentemente, o direito à defesa.²⁷²

Diante disso, a partir de uma concepção racionalista, reflete-se sobre caminhos para as partes realizarem escolhas racionais antes e durante o processo a respeito da estratégia de defesa de seus interesses como uma forma de atuação com perspectiva de gênero. Contudo, isto só é possível se as partes conhecerem o umbral de suficiência probatória para determinada decisão e isto se relaciona com a segunda função dos *standards* probatórios de garantia para as partes.²⁷³

3.3. Ensaio sobre o Estabelecimento de *Standards* Probatórios no Julgamento de Femicídio

“A mulher vítima de violência torna-se o gatilho da disputa judicial, mas segue invisível aos olhos do sistema de justiça”²⁷⁴

Por uma perspectiva emancipatória acerca das possibilidades de práticas e interpretações judiciais mais compatíveis com a lente de gênero, o presente trabalho busca realizar um ensaio sobre o estabelecimento de *standards* probatórios no julgamento de feminicídio como forma de um controle epistêmico em prol da racionalidade da decisão sobre os fatos como uma ferramenta a ser utilizada para atuar com perspectiva de gênero e balizar a reprodução e aplicação de discursos discriminatórios de gênero no Direito.

²⁷¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

²⁷² Id. *La Valoración Racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 54.

²⁷³ BADARÓ MASSENA, Caio. Prisão Preventiva e *standards* de prova: propostas para o processo penal brasileiro. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 3, pp. 1631-1668, set.-dez. 2021. Disponível em <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.617>. Acesso em: 20/05/2023.

²⁷⁴ RELATÓRIOS DE PESQUISA NUPEGRE. Rio de Janeiro: EMERJ, n. 5, 2020. **Femicídio: um estudo sobre os processos julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/relatorios_de_pesquisa_nupegre/edicoes/numero5/relatorios-de-pesquisa-nupegre_numero5.html>. Acesso em: 23/05/2022.

Primeiro, cabe fincar a premissa, mais uma vez, de que não se trata de uma defesa sobre o rebaixamento do *standard* de prova, uma vez que a escolha do nível é política e esta sempre deve estar pautada no princípio da presunção da inocência. Como já apresentado, a razoabilidade de se operar em níveis de exigência maior ou menor, isto já é debatido em casos de dificuldade probatória e das circunstâncias do evento como nos casos dos crimes sexuais.

Contudo, o ponto em questão a que se pretende alcançar no presente trabalho não é esse, mas sim na provocação da racionalidade na valoração das provas e da tomada de decisão final sobre os fatos no procedimento do júri. Não se trata de alcançar *per se* uma decisão controlável, embora reflita sobre os mecanismos da motivação como uma forma de controle intersubjetivo para embarreirar a (re)produção do discurso discriminatório à vítima e eventualmente absolver o acusado, como no caso da tese da legítima defesa abordado acima. Por isso, a controlabilidade se relaciona, na verdade, para além da fundamentação da decisão final sobre os fatos, já que influi também na persecução penal para garantir os direitos da(s) vítima(s).

Isto exposto, os SP cumprem as funções pensadas por ABELLÁN a medida que desempenham um papel de 1. guia de valoração racional a ser seguido pelos jurados e 2. esquema de justificação para a sua orientação²⁷⁵, o que em tudo dialoga com o acolhimento efetivo da atuação com perspectiva de gênero. Ademais, cabe esclarecer que tampouco defender a perspectiva de gênero significa defender o julgamento do crime pela perspectiva da vítima de modo que se abandone garantias constitucionais do acusado no processo penal, mas sim inserir a lente de gênero para reconhecer a(s) violência(s) de gênero da realidade e não a partir da imposição de obstáculos ao acesso à justiça pelas mulheres, revitimizando-as, com a seleção inverossímil do que caracteriza ou não violência de gênero, de modo que o Estado perpetue práticas discriminatórias “abrandando a gravidade das condutas delitivas a partir da perspectiva do agressor e da moral social média, eivada de sexismo”²⁷⁶.

A característica ensaística atribuída à junção da temática dos SP objetivos com o julgamento do crime de feminicídio se dá em razão da produção de um conteúdo reflexivo no presente trabalho que se encontra no diálogo entre a dogmática processual-penal e a dimensão

²⁷⁵ ABELLÁN, Marina Gascón. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa, Alicante, n. 28, 2005, p. 139. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf>. Acesso em 20/05/2023. (tradução livre)

²⁷⁶ PAIVA, Livia de Meira Lima. *Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021, p. 235.

de gênero, de modo que *ensaia* a possibilidade e os efeitos práticos deste evento. Por esse motivo, há empréstimo do adjetivo “ensaio” utilizado por SALO DE CARVALHO para melhor identificar esse estilo livre das amarras formais características dos procedimentos burocráticos-acadêmicos, o que em nada se relaciona com falta de método e sim simboliza maior liberdade em relação ao procedimento metodológico²⁷⁷. Para isso, o ensaio parte da reflexão teórico-crítica da construção histórica da valoração racional da prova e da perspectiva de gênero efetiva.

De início, parte-se do pensamento de LAUDAN ao explicar que a pergunta “o que é razoável crer?”, por mais que seja uma pergunta importante, quase nunca é a pergunta certa para formular em um contexto jurídico. A pergunta relevante é “o que deve ser aceito como provado?”²⁷⁸. Nesse sentido, para ensaiar sobre o estabelecimento de *standards* probatórios no julgamento dos processos de feminicídio, urge-se (re)tomar a convicção por prova e não o contrário. Por isso, LAUDAN afirma que “uma hipótese de inocência deve ser derrotada pela “*carga de prueba*” para garantir uma condenação”²⁷⁹.

Como o mesmo ocorreu com a tentativa da saída do alto grau de subjetividade da íntima convicção e caiu-se na cilada do BARD, LAUDAN explica que a omissão sistemática de toda referência à questão acerca da estrutura da prova da culpabilidade que se exige do órgão acusatório suscita condenações e absolvições inválidas por igual. Para o autor, a mera menção aos níveis subjetivos de confiança exigidos aos jurados não melhora em nada a validade dos vereditos, tampouco ajuda aos jurados a distinguir entre dúvidas razoáveis ou irrazoáveis²⁸⁰. Para tanto, a manutenção da subjetividade do BARD o afasta da solução final da problemática da busca por critérios racionais, o que já restou concluído pela inadequação deste como SP justificado e bem fundado.

Dessa maneira, LAUDAN em seu livro “*Truth, Error and Criminal Law*” em “*Fixing the SoP*” conclui que, à luz da evidente falha do BARD para carregar as funções esperadas em um SP penal, o autor enaltece a necessidade de um substituto. O desafio, ele conclui, é encontrar um SP que seja simultaneamente i. objetivo, direcionado para a estrutura das provas

²⁷⁷ CARVALHO, Salo de. **Perspectivas metodológicas na criminologia crítica brasileira: diretrizes fundacionais e mapeamento de fontes de referência**. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 8, n. 2, maio/ago. 2021 p. 07

²⁷⁸ LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. 1. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 110

²⁷⁹ Ibid., p. 113

²⁸⁰ Ibid., p. 195

apresentadas pelas partes em detrimento dos palpites subjetivos do julgador do fato e abarque o contrato social acerca do juízo de admissibilidade de distribuição de erros e ii. claro e conciso o suficiente para jurados para entenderem e para aplicarem.²⁸¹

A partir dessa lógica, a fim de ensaiar sobre possíveis metodologias para a aplicação disto no contexto processual do julgamento de processos de feminicídio no Tribunal do Júri brasileiro, o presente trabalho busca, no que tange ao estabelecimento dos SP, a objetividade ao (re)pensar na estruturação e institucionalização da melhoria do processo de cognição dos jurados no julgamento do feminicídio, através da inserção de critérios racionais direcionado para estrutura das provas apresentadas pelas partes em detrimento da “certeza moral” de uma interpretação enviesada por uma moral patriarcal²⁸² e abarque o contrato social da função de distribuição de erros. Além disso, busca que o SP seja claro e conciso o suficiente para compreensão dos jurados, por intermédio de caminhos para orientá-los, assim como LAUDAN aponta que é necessário informar aos membros do júri (e aos juízes também) acerca das características lógicas e epistemológicas que deve ter a acusação estatal para justificar uma condenação²⁸³.

Cabe frisar, desde logo, o presente trabalho explora mais a fundo o “contrato social da acerca do juízo de admissibilidade de distribuição de erros”, ponto complexo e vastamente explorado na temática dos SP. Ao trazer a dimensão de gênero como inerente ao processo de cognição dos jurados no feminicídio, entende-se que os SPs, quando pautados em crimes que envolvem violência (letal) de gênero, cumprem a função de *distribuição de erros*, não apenas em relação à escolha política do juízo de admissibilidade da sociedade em relação à falsas condenações e falsas absolvições²⁸⁴, mas sim em relação à escolha política de (re)produção da violência de gênero no processo penal.

Esta deve ser uma preocupação tão importante quanto aos direitos do acusado na persecução penal, e assim, não haveria necessidade de pôr em balança direitos fundamentais,

²⁸¹ LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law*. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge University Press, 2006, p. 87. (Tradução Livre)

²⁸² PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021. p. 255.

²⁸³ LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. 1. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011. p. 194

²⁸⁴ LAUDAN, Larry. Op. cit., pp. 64-67.

como ocorreu no debate crítico relacionado à decisão do STF na ADPF 799 que criou uma oposição entre direito à defesa e direito à não discriminação. A partir disso, compreende-se a função dos SP de distribuição de erros ao que este trabalho pretende contribuir. A sociedade não deve estar coletivamente disposta a aceitar a violência de gênero e não cabe ao Direito ser palco para esta violação de direito às mulheres. Dessa maneira, fica claro a função que o SP cumpre nos casos de feminicídio.

Ainda, a “conveniência” ou não de utilizarmos encontra-se descansada no acolhimento efetivo da perspectiva de gênero, pensando na sua materialização solidificada e não à mera “faculdade” dos magistrados como na aplicação de “questões-guia” propostas pelos Protocolos (Inter)nacionais. Como visto, não há saída pela proibição de enunciados fáticos, pois estes encontram outros caminhos para se manifestarem no julgamento de processos de feminicídio. A resposta está na estrutura e na institucionalização do procedimento probatório e da tomada de decisões. Dessa maneira, o presente trabalho monográfico mapeia o caminho de (*primeiro*) do processo de cognição de qualidade dos jurados e (*segundo*) em caminhos para orientação dos jurados quanto a um SP, como partes de um todo para ensaiar o estabelecimento de SP no julgamento de feminicídio.

3.3.1. O Processo de Cognição de Qualidade dos Jurados

Nas diversas fases de cognição do feminicídio, desde a investigação até os debates em plenário, os agentes do direito, sobretudo as defesas técnicas no que tange à segunda fase do procedimento do júri, reproduzem a cultura patriarcal e mobilizam argumentos discriminatórios²⁸⁵ com objetivo de atribuir a comportamentos da vítima às razões para diminuir o grau de culpabilidade do acusado, como já visto, abarcados pelo acobertamento da atuação misógina, uma vez referente à alegação da (inconstitucional) tese da legítima defesa da honra mas que ainda encontra espaço para ser legitimada através do feminicídio privilegiado e da absolvição por clêmença.

Diante das concepções persuasivas da prova, que alicerçam o raciocínio probatório na íntima convicção, a concepção racionalista pretende oferecer uma teoria que parte do axioma

²⁸⁵ PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2021, p. 241.

de que, diante de um mesmo conjunto de provas, não podem estar justificadas, ao mesmo tempo, uma condenação e uma absolvição²⁸⁶, em função apenas do que o corpo de jurados decidiu. Assim, para não reduzir o feminicídio a uma possível “versão” a ser apreciada pelos jurados, por quê, como já visto, atribuir a um grupo de pessoas o poder de decidir contrariamente à norma significa enfraquecê-la²⁸⁷, ou permitir que o mesmo evento do passado seja (re)construído de forma diversa no processo penal a depender os jurados, evidencia-se a necessidade de adentrar na tarefa complexa de tentar incorporar os parâmetros necessários para garantir a racionalidade probatória na dinâmica do procedimento do júri e aperfeiçoar o processo de cognição dos jurados.

De certo, não se trata da incapacidade de um cidadão leigo de exercer racionalmente a função de decidir sobre os fatos a partir da apreciação das provas, mas sim conferir a dinâmica processual apta a lhe proporcionar a cognição adequada²⁸⁸. Nesse contexto, NARDELLI explica, “a persuasão e pela retórica exercem absoluto domínio no modelo atual”²⁸⁹ na dinâmica do júri, de modo que o julgador tem menos condições de buscar sozinho a desejável racionalidade²⁹⁰. Para isto, a autora ensina que a lógica da estrutura do procedimento probatório deve estar direcionada para “provocar reações cognitivas válidas por meio do estímulo à percepção e ao raciocínio”²⁹¹, com o intuito de estimular o júri a decidir racionalmente sobre os fatos e, ao mesmo tempo, assegurar às partes e ao público os mecanismos necessários para compreensão de seus fundamentos – a partir de um procedimento especialmente configurado para tal fim.

Diante dessa lógica, à luz da concepção racionalista da prova, a autora traça soluções para estabelecer critérios racionais atravessados nos momentos probatórios de postulação, admissão,

²⁸⁶ BELTRÁN explica que isso é captado pela teoria epistemológica evidencialista (vide: FELDMAN, Richard & CONEE, Earl. Evidentialism. In: *Philosophical Studies*, 48, 1985), que sustenta que a justificação epistêmica das crenças depende unicamente das provas em que se baseiam. Sendo assim, dois juízes que tenham disponíveis as mesmas prvas deveriam chegar sempre a um mesmo resultado probatório justificado. Sem embargo, a teoria evidencialista não é capaz de capturar a ideia já apresentada de que, em função dos bens em jogo, as exigências probatórias podem ser distintas como no juízo civil e penal. FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da Prova** (tradução Vitor de Paula Ramos). 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 256.

²⁸⁷ PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empiria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021, p. 244.

²⁸⁸ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019. p. 459.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 479.

²⁹⁰ *Ibid.*, pp. 19-20,

²⁹¹ *Ibid.*, pp. 459-460.

produção e valoração para qualificação da função epistêmica do processo. De início, a primeira proposta pensada é a reconfiguração do procedimento bifásico, de modo que a fase preliminar seja reconfigurada para que seja concebida como uma etapa essencialmente preparatória, de modo a concentrar a produção de provas efetivamente no plenário²⁹², com a participação dos jurados, a fim de aproximá-los da prova²⁹³. Isso a fim de criar maior zelo quanto ao conjunto de provas que é apresentado ao Conselho de Sentença no plenário, seja à suficiência, seja à qualidade destes elementos de prova, a fim de tirar a prova deste lugar de uso meramente persuasivo²⁹⁴, sujeita à distorções pela deturpação prática da sessão de julgamento em Plenário, na qual os debates chegam a ganhar maior destaque do que a própria instrução probatória²⁹⁵.

Em seguida, a estas providências de cunho preparatório caberiam agora o aprimoramento desta etapa, classificada como a segunda proposta pensada por NARDELLI. Nesse contexto, a autora afirma que “o sistema não exige das partes um maior comprometimento quanto à consistência fática e probatória de suas alegações”²⁹⁶, o que denuncia o júri como um “jogo de estratégias” que obsta a desejável racionalidade do juízo de fato. Por isso, urge a relevância epistêmica da “seleção, controle e utilização de informações, além das normas essencialmente probatórias, outras normas e práticas processuais”²⁹⁷ como forma de melhoria da cognição dos jurados.

O aprimoramento da etapa preparatória reside na atuação das partes pautada pela previsibilidade e precisão de suas formulações, de modo que os fundamentos das postulações das partes devem ser precisados de forma objetiva e criteriosa, bem como a racionalidade inerente à seleção do material probatório, com preposições claras e distintas “apartados, portanto, do contexto da narrativa, especificando-se detalhadamente cada fato ou circunstância

²⁹² “Não se ignora que o procedimento já preveja, em tese, que a prova deva ser produzida perante os jurados, na medida que estabelece restrições à leitura de peças na fase instrutória. Entretanto, a configuração de uma fase preliminar de instrução mais aprofundada do que a principal, associada à possibilidade de que as partes utilizem esses elementos durante sua fala no período dos debates, serve como desestímulo à produção de provas perante o júri” NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019. p. 463.

²⁹³ Ibid., p. 461.

²⁹⁴ Ibid., p. 461.

²⁹⁵ Ibid., p. 472.

²⁹⁶ Ibid., p. 466.

²⁹⁷ ARAÚJO, José Aurélio de. **A eficácia epistêmica da fase preparatória do processo bifásico**. In: Revista do Processo. v. 241, 2015, pp. 369-410.

relevante para determinação do ilícito, os quais deverão ser correlacionados, por sua vez, com as provas pelas quais se pretende demonstrá-los”²⁹⁸.

Outro fator é apontado por NARDDELI no que tange à esta segunda proposta de aprimoramento da etapa preparatória: o sistema tampouco atribui ao magistrado os mecanismos necessários para que exerça de forma mais consistente a direção do processo. Posto isso, a autora aponta que essa formulação articulada dos fatos em preposições claras e distintas apresentados pelo órgão acusatório contribui também para a elaboração do questionário pelo juiz-presidente a ser respondido pelos jurados com base no veredicto.

Fator extremamente decisivo para processar e julgar mortes violentas de mulheres com perspectiva de gênero, uma vez que a configuração da qualificadora do feminicídio é realizada neste momento processual e extremamente vulnerável a ser reduzida a uma mera “versão dos fatos” e não ser compreendido pelos jurados o reconhecimento da violência letal contra a mulher “por razões da condição do sexo feminino” considerando “violência doméstica ou familiar” e/ou “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

Dessa forma, fica evidente a contribuição à qualidade da instrução probatória desenvolvida em plenário com a atuação sob perspectiva de gênero, uma vez que, por intermédio desta articulação mais objetiva, as partes ficam sujeitas a um dever de racionalidade, vinculando sempre seus enunciados fáticos a propósitos claros e específicos. Ainda, desempenham o papel de evitar que isso recaia sobre circunstâncias irrelevantes para o julgamento do caso, isto é, ao julgamento moral patriarcal, de modo que “a construção da verdade ‘revelada’ pelas provas varie conforme o olhar interpretativo sobre a figura-mulher estereotipada a partir do cruzamento das categorias de dominação/opressão”²⁹⁹.

Para então pensar na terceira proposta de NARDELLI, acerca da formação do conjunto probatório à luz do juízo de relevância, verificação de credibilidade da prova e da atenção à obtenção e produção de provas contra os direitos fundamentais. Em especial o controle de relevância constitui medida fundamental para propósitos epistêmicos, uma vez que os jurados

²⁹⁸ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019. p. 468.

²⁹⁹ CRENSHAW, Kimberle. **A interseccionalidade da discriminação de raça e gênero**. 2002. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.be/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>>. Acesso em 09/06/2023. p. 177

– cidadãos leigos – desconhecem a definição jurídica correspondente ao delito e por isso há uma dificuldade natural em identificar questões fáticas relevantes e principalmente nos crimes que envolvem violência de gênero que representam um fenômeno social de um ciclo *continuum* de violência que tem a morte violenta de mulheres como desfecho.

Assim, o juízo de relevância funciona como forma alternativa de controle sobre a atuação dos jurados, diante da decisão imotivada, no sentido de proteger os enunciados fáticos a serem disponibilizados aos jurados, quase como “uma medida de controle preventivo de racionalidade do julgamento”³⁰⁰, similar à atuação do STF na ADPF 799 com a proibição da tese da legítima defesa da honra. Nesta etapa preparatória, o juízo de admissibilidade deve proporcionar certa previsibilidade ao juiz do conjunto probatório disponível e seu contraste com as necessidades do caso concreto, para que possa lograr a atuação com perspectiva de gênero. A partir disso, observa-se a ligação entre a etapa anterior do aprimoramento da etapa preparatória para uma efetiva formação do conjunto probatório, pois somente através dos requerimentos das partes indicando concretamente o que se pretende provar a partir de cada elemento proposto, é possível aferir um juízo sobre as provas de melhor qualidade e maior potencial demonstrativo³⁰¹.

Então, será possível nortear a produção de prova oral em plenário e por fim, efetivar o contraditório como modelo epistêmico, uma vez que enaltece a prova na sua função demonstrativa, embora não rejeite algum grau de função argumentativa da prova para cumprimento da participação dialética das partes, inerente à garantia de um contraditório efetivo e ao direito de defesa. Assim, “uma hipótese que resista ao contraditório, ou que emerja desse confronto dialético, a partir do qual seja provada como verdadeira, ostentará uma qualidade epistêmica”³⁰².

Por todo exposto, entende-se que o júri necessita que as partes sejam racionais em suas argumentações para que satisfazer as experiências cognitivas dos jurados e seja possível a apreciação racional das provas. Para enfim, no momento de valoração ser possível que impere a probabilidade lógica ou indutiva da hipótese acusatória, uma vez que agora os jurados estão

³⁰⁰ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019, p. 471.

³⁰¹ Ibid., p. 472.

³⁰² TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 233.

calçados para inferir um raciocínio probatório guiado por critérios racionais, isto é, lógicos e objetivos. E, ser possível, traçar caminhos para orientá-los quanto a um SP.

3.3.2. Caminhos para Orientação dos Jurados Quanto a um *Standard* Probatório

Assim, uma vez estabelecidas metodologias para melhoria do processo de cognição dos jurados nos processos de feminicídio, o raciocínio probatório está orientado por preceitos lógicos-rationais, de reconhecimento e validade geral, estabelecidos pela concepção racionalista da prova, a fim de que a decisão não se converta em mera convicção subjetiva ou certeza moral. Nesse sentido, fica evidente que a busca por uma dinâmica processual com o estímulo à racionalidade da decisão dos jurados sobre os fatos, segundo os objetivos epistêmicos, não corresponde ao sistema de valoração da prova através da íntima convicção.³⁰³

O que em nada se relaciona com negar a instituição do júri popular e sim reconhecer que este não implica necessariamente em assumir um juízo subjetivo e alheio a qualquer controle ou justificação aos cidadãos leigos sobre a decisão final sobre os fatos. Portanto, NARDELLI aponta como os seguintes fatores que condicionarão a racionalidade do juízo: a configuração do procedimento, o processo de cognição dos jurados e a dinâmica a partir da qual se orientam a deliberação e a decisão sobre o veredicto por meio dos quesitos.

Dessa maneira, a concepção racionalista, em propósitos epistêmicos, corresponde ao método atomista de valoração, já que cada elemento de prova é valorado individualmente – a fim de verificar sua fiabilidade – em contraste com a hipótese fática, de modo a aferir a solidez da inferência³⁰⁴ que percorre o caminho dos fatos até as provas. Dessa cadeia de inferências, esquemas de probabilidade lógica-indutiva, que constroem o raciocínio probatório em cadeira, guiado por critérios objetivos, “extraí-se a conclusão por estar ou não justificado tê-la como provada frente ao *standard* de prova aplicável, com base no grau de confirmação obtido”³⁰⁵, tendo as provas como apoio indutivo à hipótese em questão. Por isso, como visto, ABELLÁN

³⁰³ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019. p. 482.

³⁰⁴ Id. **O atomismo e a valoração racional da prova no júri**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-19/limite-penal-atomismo-valoracao-racional-prova-juri>>. Acesso em 05/06/2023.

³⁰⁵ Ibid.

ensina que o SP se forma por meio dessas regras e critérios de aceitabilidade da hipótese, protegidas pelo grau de confirmação inerentes a elas mesmas³⁰⁶.

O ponto central consiste em mapear caminhos para que os enunciados fáticos sustentados nas hipóteses se relacionem com as provas que exerçam sua função demonstrativa através do contraditório como método epistêmico, de maneira que os quesitos sejam elaborados em conformidade com o método atomista de valoração, isto é, uma para cada proposição fática alegada. Nesse contexto, para cada tese sustentada, cabe ao jurado responderem se restaram provadas ou não. Assim, NARDELLI aponta que o intuito é que a estrutura do questionário se mostre apta a fornecer o contexto para compreensão das respostas sintéticas apresentadas pelos jurados, de modo que “as partes e o público possam analisar as respostas do júri a partir de uma estrutura lógica subjacente às suas formulações”³⁰⁷.

Nesse sentido, cumpre-se a ideia de caminhos para orientação dos jurados quanto a um *standard*, pois através desse questionário, é possível realizar o *controle intersubjetivo*, já que o encadeamento dos fatos é capaz de atuar como “um roteiro a direcionar o raciocínio dos jurados”³⁰⁸. Para NARDELLI, espera-se que esta estrutura seja capaz de promover um satisfatório controle de racionalidade do veredicto e, assim lograr uma atividade probatória estruturada a partir de uma dinâmica mais lógica e racional³⁰⁹ que seja capaz de conter a instrumentalização da discriminação de gênero e a (re)produção da violência misógina.

ABELLÁN esclarece que o *standard* de prova é um guia para valoração racional, porém uma guia limitada. Isso porque o julgador valora essas provas e as atribui determinado peso para formação da sua convicção e o *standard* probatório não ajuda neste ponto. A autora ensina que o *standard* é o critério conforme o qual se deve reconstruir a justificação da decisão probatória e, muito além disso, significa quando a justificação da decisão for incompleta, se não se justifica a ocorrência dos elementos que compõem o *standard* probatório³¹⁰.

³⁰⁶ABELLÁN, Marina Gascón. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa, Alicante, n. 28, 2005, p. 138. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf>. Acesso em 20/05/2023. (tradução livre)

³⁰⁷NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *O atomismo e a valoração racional da prova no júri*. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-19/limite-penal-atomismo-valoracao-racional-prova-juri>>. Acesso em 05/06/2023.

³⁰⁸Ibid.

³⁰⁹Ibid.

³¹⁰ABELLÁN, Marina Gascón. Op. Cit.

Similar ao que propõe a autora, a estrutura apresentada acima ao contexto processual do júri brasileiro, os jurados deveriam ser sujeitos a recorrer ao que ela denomina como “argumentos da confirmação”, isto é, argumentos para sustentar por quê está confirmada ou não uma hipótese e com que intensidade ou grau está confirmada, através do questionário ensaiado no julgamento dos crimes de feminicídio. ABELLÁN afirma que

argumentos de la confirmación, que son los argumentos para acreditar el grado o solidez de la confirmación (o si se quiere, la probabilidad inductiva de una hipótesis), derivan de la propia estructura de la confirmación, entendida como el apoyo que una prueba o una información presta a una hipótesis con la que está conectada a través de una regla causal³¹¹

É certo que diversos fatores podem influenciar no grau de confirmação de uma hipótese, podendo aumentar ou diminuir em razão do fundamento cognoscitivo das leis casuais que conectam as provas com a hipótese, da solidez epistemológica (ou o grau de certeza) das provas, do número de inferências, da quantidade de provas, da variedade de provas e etc³¹². Os SPs respondem a pergunta de quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese, enquanto os argumentos da confirmação respondem a pergunta do “por que” uma hipótese está mais ou menos confirmada ou resulta mais ou menos provável, sendo, portanto, os motivos para justificar a solidez ou a debilidade da confirmação³¹³.

Para enfim, alcançar o denominado controle de racionalidade proposto por TARUFFO, já que os critérios de racionalidade operam como critérios de controle sobre a fundamentação do raciocínio do julgador. O autor destaca duas formas que esta racionalidade pode ser verificada: *ex ante*, uma vez que o julgador desenvolva seu raciocínio sobre as provas a partir de critérios racionais, como estabelecido na melhoria da cognição dos jurados acerca do feminicídio; e *ex post*, na medida em que a validade desse raciocínio possa ser verificada posteriormente por outros sujeitos, pelos mesmos critérios³¹⁴, na estrutura dos questionários como caminhos para orientação dos jurados quanto a um SP, por meio do controle de racionalidade do veredicto.

³¹¹ ABELLÁN, Marina Gascón. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa, Alicante, n. 28, 2005, p. 138. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf> . Acesso em 20/05/2023. (tradução livre)

³¹² Ibid.

³¹³ Ibid.

³¹⁴ TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Madrid, Trotta, 2002. p. 422

Para enfim, o ensaio pensado no presente trabalho monográfico entre SP e feminicídio, advém da intenção de pressionar e criar essas condições mais adequadas para tornar o júri um lugar compatível com a democracia, não mais um resquício do processo penal inquisitorial e discricionário. Em termos sociojurídicos, as propostas ensaiadas pautam a discussão de uma forma mais qualificada de perspectivas e elementos de gênero.

Para que então, possamos repensar na afirmação de LAGARDE: “O Feminicídio é um crime de Estado”, em razão da sua consumação decorrer da omissão ou negligência de agentes do Estado, quando estes não realizam com eficiência suas funções de garantir às mulheres (e criar) condições de segurança para suas vidas em comunidade, no espaço privado e público, exercendo sobre as mulheres a violência institucional ao obstaculizar seu acesso à justiça. Como adverte a Antropologia, é preciso também estar atento para a normatividade social que justifica os feminicídios e favorece a sua reiteração³¹⁵.

O feminicídio ocasiona a ruptura parcial do estado de direito, uma vez que o Estado é incapaz de garantir a vida das mulheres, de respeitar seus direitos humanos, de atuar com legalidade e fazer com que ela seja respeitada, de procurar e administrar a justiça, e prevenir e erradicar a violência feminicida. O feminicídio é um crime de Estado.³¹⁶

Assim, entende-se “como a falta da perspectiva de gênero nas decisões pode ser uma discriminação” como aponta o Relatório de Pesquisa do NUPEGRE³¹⁷, tendo em vista que foi observado empiricamente que argumentos sexistas foram empregados ou não questionados quando provenientes das defesas técnicas, quando deveriam ter sido expressamente combatidos com base no compromisso brasileiro firmado com os protocolos nacionais e internacionais.

Ainda mais, este Relatório denunciou a contextualização do crime e a exposição de relações de poderes desequilibradas e assimétricas subjacentes ao conflito, os diferentes contornos e violências que envolvem as intersecções inerentes ao feminicídio, qualquer tentativa de reparar os danos causados pela violência à vítimas indiretas, “não foram só

³¹⁵ COPELLO, 2012, p. 131. apud. ONU Mulheres. **Diretrizes Nacionais Feminicídio: Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Brasília (DF). In: ONU Mulheres, 2016. 132p. P. 21. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf>. Acesso em 23/05/2023.

³¹⁶ LAGARDE, Marcela. *Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres*. En: Bullen, Margaret y Díez, Carmen (coords.) *Retos teóricos y nuevas prácticas*. Serie, XI Congreso de Antropología de la FAAEE, Donostia, Ankulegi Antropologia Elkartea, 2008. p. 235.

³¹⁷ RELATÓRIOS DE PESQUISA NUPEGRE. Rio de Janeiro: EMERJ, n. 5, 2020. **Feminicídio: um estudo sobre os processos julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. pp. 117-120. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/relatorios_de_pesquisa_nupegre/edicoes/numero5/relatorios-de-pesquisa-nupegre_numero5.html>. Acesso em: 23/05/2022.

evidenciados, como foram apagados em distintos procedimentos das instituições do sistema de justiça”³¹⁸. Nesse sentido, o presente trabalho (re)pensa o processo de cognição do feminicídio pelos jurados e traça caminhos para orientação dos jurados quanto a um *standard* probatório como forma de atuação com perspectiva de gênero no âmbito processual penal.

Uma vez já postas as premissas de que i. a escolha do nível do SP é política, logo a relação é pensada a partir da desejável racionalidade a ser inserida no procedimento probatório e na tomada de decisão do Júri, ii. pensar efetivamente a perspectiva de gênero não deve jamais ser confundida com o abandono de garantias processuais do acusado, entende-se que a “solução” não está em eleger um SP específico para a temática do julgamento do feminicídio.

Isso porque compete ao presente texto reconhecer a complexidade (e por vezes controvérsia) da temática do SP, principalmente no que tange a sua aplicabilidade relacionada à mudança dos critérios subjetivos no ritual do Júri pelos motivos expostos anteriormente. Em especial, na construção científica de pesquisa e doutrina brasileira, a crítica ao Júri, principalmente na dimensão de gênero, evidencia-se pouco trabalhada e desenvolvida. Qualquer que seja o *standard* adotado deve ter em mente que necessidade de pensar em critérios racionais, objetivos e lógicos para conter a (re)produção e representação de pensamentos misóginos na valoração probatória e tomada de decisões.

Por essas razões, o presente trabalho busca ampliar a atuação com perspectiva de gênero para processar e julgar feminicídio à abordagem crítica da íntima convicção como sistema de valoração, vulnerável a (re)produzir a violência de gênero e legitimá-la na persecução penal e na decisão final sobre os fatos. Conforme TARUFFO, “um modelo processual nasce da combinação e escolhas ideológicas e de instrumentação técnica”³¹⁹, portanto, fundamental a perspectiva de gênero atuar como escolha política que a sociedade deve tomar como rumo para a atuação do Estado frente aos direitos das mulheres.

A fim de clarear a tese defendida no presente trabalho monográfico, diante do julgamento de processos de feminicídio, ao recorte que compete do procedimento do júri, a estrutura

³¹⁸ RELATÓRIOS DE PESQUISA NUPEGRE. Rio de Janeiro: EMERJ, n. 5, 2020. **Feminicídio: um estudo sobre os processos julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.** p. 120. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/relatorios_de_pesquisa_nupegre/edicoes/numero5/relatorios-de-pesquisa-nupegre_numero5.html>. Acesso em: 23/05/2022.

³¹⁹ TARUFFO, Michele. **Cultura e Processo.** In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano LXIII, Milano: Giuffrè, 2009, p. 71.

incorporada buscou estabelecer critérios racionais e objetivos, primeiro os fatos alegados pelas partes, em seguida as provas a serem produzidas em apoio a tais fatos e os quesitos formulados com base em tais preposições como forma de controle *intersubjetivo* da decisão para o estabelecimento do SP.

Por isso, o presente trabalho monográfico defende o estabelecimento do SP objetivo como forma de atuação com perspectiva de gênero, haja vista que desempenha o papel de “regras orientadoras fortes” para guiar os jurados a alcançar racionalmente o grau de confirmação para hipótese ser considerada provada, construindo o raciocínio probatório por critérios lógicos e objetivos para lograr a valoração racional da prova, embarreirando discriminações de gênero e criando espaços legítimos de atribuição de valor à prova e formação de convicção através delas. E assim, posteriormente esse SP desempenhar o papel de “esquema de justificação” da decisão final sobre os fatos, devendo indicar quando está justificado aceitar aquela hipótese como verdadeira, desempenhando o papel “controle racional da legitimação da violência de gênero”, seja para o discurso persecutório da vítima na persecução penal, seja para instrumentalizar pensamentos misóginos como fundamentação para absolvição do réu acusado de feminicídio.

CONCLUSÃO

O encontro com a dogmática processual penal e a teoria feminista do direito aqui busca repensar a lógica estabelecida previamente nos crimes que envolvem violência (fatal) de gênero e almejar o equilíbrio entre a preocupação com a persecução penal do agressor no Processo Penal Democrático, em especial no procedimento probatório através da concepção racionalista, e a observação qualificada aos direitos das vítimas de feminicídio, sob a perspectiva de gênero.

A partir de uma observação às críticas das teóricas feministas do direito sobre a forma como crimes que envolvem violência de gênero são abordados legalmente, o presente trabalho busca evidenciar o duplo caráter sexista, (*primeiro*) ao apresentar breve análise da construção do tipo penal do feminicídio e (*segundo*) na forma de persecução penal à luz da aplicação da perspectiva de gênero como forma de processar e julgar a morte violenta de mulheres. A resposta processual penal, no que tange ao procedimento probatório garante a liberdade irrestrita do julgador para se pensar na responsabilidade criminal daquele sujeito, de modo que esta íntima convicção falha em capturar a violência letal de gênero em suas dimensões reais.

Nessa lógica, o trabalho pretende evidenciar como a violência (estrutural) de gênero na sua dimensão social pela tradução jurídica feita na atuação judiciária, buscando escancarar como a violação aos direitos das mulheres relacionadas aos processos de produção da verdade judicial no feminicídio constituem problemas não superados no sistema de justiça. Embora a atuação com perspectiva de gênero esteja pensada e institucionalizada nos protocolos internacionais e adotada em território nacional, o que por si não se discute que representa avanços – o presente trabalho mapeia caminhos para (re)pensar ou pensar além formas de atuação com perspectiva de gênero que podem ser revisitadas ao analisar (criticamente) o sistema de valoração de provas no julgamento dos processos de feminicídio.

Portanto, dedica-se a análise crítica a partir de um viés da dogmática processual penal, em (primeira) e grande parte devido a tentativa de romper com a ideia de atuação com perspectiva de gênero como mera adoção facultativa aos magistrados, embora institucionalizados pelo Protocolo do CNJ, para que incorpore em sua estrutura e instituição formas racionais de processar e julgar com o efetivo acolhimento da lente de gênero. Não por outra razão, a subjetividade e a discriminação de gênero são temas-chave na produção textual

do presente trabalho que entrelaçam a “certeza moral” da convicção do julgador como sistema de valoração probatória com a moral patriarcal que domina as relações sociais.

Partindo dessa crítica, realiza-se um *ensaio* sobre o estabelecimento de *standards* probatórios objetivos no julgamento de feminicídios. Como visto pela doutrina da concepção racionalista, a formulação acerca do nível de exigência probatória costuma padecer de graves problemas como o uso de elementos psicológicos ou mentais do julgador como na íntima convicção que valora pela consciência e pela certeza moral, entre outras, que não permitem o controle intersubjetivo e que, portanto, não estão aptas a facilitar a revisão correta da decisão, nem para dar garantias, seja ao respeito à presunção de inocência do acusado, seja ao respeito aos direitos da(s) vítima(s) à dignidade.

A concepção racionalista da prova contribui para alcançar a função de distribuição de erros do SPs nos casos de julgamento de feminicídio, determinando que a sociedade não está disposta a aceitar que o risco recaia sobre a defesa ou sobre o autor, tanto quanto à(s) vítima(s), no processo penal. Não cabe criar uma dicotomia entre direito à liberdade e qualquer outro bem jurídico, pois aquela já foi ceifada à vítima do feminicídio. A sociedade não deve estar coletivamente disposta a aceitar a violência de gênero e não cabe ao Direito ser palco para esta violação de direito às mulheres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos em del derecho*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- ABELLÁN, Marina Gascón. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa, Alicante, n. 28, 2005, p. 138. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf>. Acesso em 20/05/2023.
- ABELLÁN, Marina Gascón. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. In.: ABELLÁN, Marina Gascón et al. *Proceso, prueba y estándar*. Lima: Ara, 2009.
- ANDRADE, Andre Esteves de. **Quando se tranca aporta e se escancara a janela: a censura à plenitude de defesa**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-08/andre-esteves-censura-plenitude-defesa>>. Acesso em 10/03/2023.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 5. ed Madrid, Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal: introduccion*. Madrid: Editoriales de derecho reunidas.
- ARAÚJO, José Aurélio de. **A eficácia epistêmica da fase preparatória do processo bifásico**. In: Revista do Processo. v. 241, 2015, pp. 369-410.
- BADARÓ MASSENA, Caio. Prisão Preventiva e *standards* de prova: propostas para o processo penal brasileiro. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 3, pp. 1631-1668, set.-dez. 2021. Disponível em <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.617>>. Acesso em 20/05/2023.
- BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020.
- BÁÑEZ, Andrés Perfecto. **Valoración da prova e Sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2006.
- BAPTISTA, Francisco das neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Capítulo XII – Da Questão ou Tortura. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/beccaria.html#52>>. Acesso em 17/04/2023.
- BENTHAM, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence. Extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham*. Esq. by M. Dumont. London: Messrs. Baldwin, Cradock, and Joy, Paternoster-Row, 1825, p. 02.
- BEZERRA, A. C. C. B. **Legítima Defesa da Honra e a ADPF 779/DF: uma perspectiva crítica, feminista e de violação das garantias do Tribunal do Júri**. Conteudo Juridico, Brasília-DF. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56258/legtima-defesa-da-honra-e-a-adpf-779-df-uma-perspectiva-crtica-feminista-e-de-violao-das-garantias-do-tribunal-do-jri>>. Acesso em 10/03/2023.
- BINDER, Alberto. Prólogo. In.: SCHIAVO, Nicolás. *Valoración racional de la prueba en materia penal: un necesario estándar mínimo para la habitación del juicio de verdad*. Buenos Aires: del Puerto, 2013, p. 1
- BLACK, Max. *Induction and Probability*. Macmillan Publishing Company Inc. Citado na versão traduzida em espanhol de CASAN, P.; BENEYTO, R. Inducción y probabilidade. Madrid: Cátedra, 1984.

BODELÓN, Encarna. “*Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal*”. En BERGALLI (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia 2003; LARRAURI, Elena. *Una crítica feminista al Derecho penal*. En: *Mujeres y Sistema Penal*. Buenos Aires: Bdef, pp. 19-40, 2008

AUGUSTO, Cristiane Brandão. **PL 882/2019: um Projeto Femicida**. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 89, 2019, 82-95, set-out 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>>. Acesso em 05/06/2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação geral n. 35 sobre a violência de gênero contra as mulheres do comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher** (Cedaw). Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Tradução para o português: Neri Accioly, Brasília, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20/06/2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 20/06/2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 20/06/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 779/DF**. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF779.pdf>>. Acesso em 23/05/2023.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad.: Renato Aguiar. 11ª Ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Da Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial**. In WOLKMER, Antonio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. Editora Del Rey, Belo Horizonte: 2006.

CARVALHO, Salo de. **Perspectivas metodológicas na criminologia crítica brasileira: diretrizes fundacionais e mapeamento de fontes de referência**. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 8, n. 2, maio/ago. 2021 p. 07

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, “CONVENÇÃO DO BELÉM DO PARÁ”. Adotada em “Belém do Pará, Brasil, em 09 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em 03/06/2023.

CORDEIRO, Franco. **Ideologie del processo penale**, Giuffré, Milão, 1966.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**: Tomo I. Bogotá: Themis, 2000. .

COSTA, R. T. D. **Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no Tribunal do Juri.** In: XII CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS, 2015. p. 201–208. MUNIZ, G. R. G. Ainda sobre a ADPF 779: o caminho para desconstrução da sociedade machista? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-30/tribuna-defensoria-ainda-adpf-779-desconstrucao-sociedade-machista>>. Acesso em 10/03/2023.

CRENSHAW, Kimberle. **A interseccionalidade da discriminação de raça e gênero.** 2002. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.be/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>>. Acesso em 09/06/2023.

CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito.** 3. Ed. São Paulo, Atlas, 2013.

CUNHA MARTINS, Rui; GIL, Fernando. **Modos da verdade.** Revista de História das Ideias, Instituto de História e Teoria das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 23, 2002.

FACHINETTO, Rochele. **Quando eles as matam, quando elas os matam: uma análise dos julgamentos de homicídio pelo Tribunal do Júri.** (Tese de Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Sociologia/UFRGS, 2012.

FELDMAN, Richard & CONEE, Earl. *Evidencialism.* In: Philosophical Studies, 48, 1985.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Efetividade, processo penal e dignidade humana.** In: Miranda, Jorge. SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia.* Madrid: Iustel, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal.* 2. ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid, Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la prueba.* Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Los estándares de prueba en el proceso penal español. Cuadernos Electrônicos de Filosofía del Derecho,* v. 15, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdade en el derecho.* 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da Prova** (tradução Vitor de Paula Ramos). 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 9ª edição. Petrópolis: Vozes, 1991.

FRIEDMAN, R.D. *Assessing Evidence.* Michigan Law Rev., 94, 1996, p. 1821

GARCIA, Edgar R. Aguilera. *Crítica a la <convicción íntima> como estándar de prueba en materia penal.* Apud LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal.* 1. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011. p. 333.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal.* In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho.* Madrid: Marcial Pons, 2010.

- GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- HAY, B. L.; SPIER, K. E. Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective. In: *Harvard University's DASH repository*. 26 J. Legal Stud. 413. 1997/ SCHWARTZ, D. L.; SEAMAN, C. B. *Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law*, 26 Harv. J. L. & Tech. 2013.
- IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997.
- IBÁÑEZ, Andrés Perfecto. **Valoração da prova e Sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2006.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andres. *Los “hechos” en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005.
- KERR, Vera Kaiser Sanches. **Provas no processo penal – estudo comparado** / Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes (coordenadores) – São Paulo: Saraiva, 2011.
- KHALED JR. Salah H. **A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, pp. 340-355, jan – fev. 2015;
- KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.
- KHALED JR., Salah H. **Livre convencimento motivado: o império do decisionismo no Direito**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/18/livre-convencimento-motivado-o-imperio-dodecisionismo-no-direito/#_ednref19>. Acesso em 19/05/2023.
- KHALED JR., Salah H.; DIVAN, Gabriel Antonolfi. **A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 156/2019 .
- LAGARDE, Marcela. *Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres*. En: Bullen, Margaret y Díez, Carmen (coords.) *Retos teóricos y nuevas prácticas*. Serie, XI Congreso de Antropología de la FAAEE, Donostia, Ankulegi Antropologia Elkartea, 2008.
- LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. 1. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 110
- LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law*. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge University Press, 2006, p. 87. (Tradução Livre)
- LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: um ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LOPES JR, Aury. **A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal**. Disponível em: <<https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17675/material/Instrumentalidade%20Garantista.pdf>>. Acesso em 17/04/2023.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010.
- LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo. Saraiva. 2020.
- MACKINNON, Catherine A. *Toward a feminist theory of the state*. Harvard University Press, 1989.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006. p. 321.

MATIDA, Janaina *et al.* Limite penal. **A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica#_ftn3>. Acesso em: 09/05/2023.

MATIDA, Janaina. **Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção**. Arquivos da Resistência: Ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP – ed. 1, ano 1.

MATIDA, Janaina; HERDY, Raquel. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos**. In.: CUNHA, José Ricardo (Org.). Epistemológicas críticas do direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016.

MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 156, ano 27. São Paulo: Ed. RT, junho 2019.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do livre convencimento motivado: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MONÁRREZ, J. E. *Feminicidio sexual sistémico: impunidad histórica constante en Ciudad Juárez, víctimas y perpetradores*. Estado & Comunes, Revista De políticas Y Problemas Públicos, 1(8). 2019.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **O atomismo e a valoração racional da prova no júri**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-19/limite-penal-atomismo-valoracao-racional-prova-juri>>. Acesso em 05/06/2023.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **Presunção de Inocência, Standards de prova e Racionalidade das Decisões sobre os Fatos no Processo Penal**. In: SANTORO, Antonio E. R.; MALAN, Diogo Rudge; MIRZA, Flávio (org.). Crise no Processo Penal Contemporâneo: escrito em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D’Palácio, 2018.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

NOBILI, Massimo. *II principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ONU Mulheres. **Diretrizes Nacionais Feminicídio: Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Brasília (DF). ONU Mulheres, 2016. 132p. Pp. 28-29. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf>. Acesso em 23/05/2023.

ONU Mulheres. **Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (Femicídio/Feminicídio)**. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf>. Acesso em 20/06/2023.

PAIVA, Livia de Meira Lima. **Da Empíria ao Tribunal do Juri: processos de produção da verdade judicial sobre o feminicídio**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2021.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ilícitos**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2006.

RELATÓRIOS DE PESQUISA NUPEGRE. Rio de Janeiro: EMERJ, n. 5, 2020. **Feminicídio: um estudo sobre os processos julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. pp. 117-120. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/relatorios_de_pesquisa_nupegre/edicoes/numero5/relatorios-de-pesquisa-nupegre_numero5.html>. Acesso em: 23/05/2022.

RUIZ, Alicia. *De cómo el derecho nos hace hombres y mujeres*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v.36, 2001.

RUIZ, Alicia. *Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género*. Colección Equidad de género y democracia, vol. 6; – México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal. 2013.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SAMPAIO, Denis. **Valoração da prova penal: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório**. 1.ed. Florianópolis, SC: Emais, 2022.

SMART, Carol. *La teoría feminista y el discurso jurídico*. In: *El derecho en el genero y el genero en el derecho*. Cedael. Editorial Biblos. Buenos Aires, Argentina. Septiembre, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: 2013.

T. A. VAN DIJK. *Estructuras y funciones del discurso*, trad. M. GANN e M. MUR, Siglo XXI Editores, 7ª ed., Mexico, 1991.

TARUFFO, M. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Trad. M Carbonell e P. Salazar. **Boletim Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXVIII, v. 114, pp. 1285-1312, 2005, p. 1294

TARUFFO, Michele. **A Prova**. (Coleção Filosofia & Direito). São Paulo: Marcial Pons. 2014.

TARUFFO, Michele. **Cultura e Processo**. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIII, Milano: Giuffrè, 2009.

TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Madrid, Trotta, 2002. p. 422

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 185.

TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Who.int, 09 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>>. Acesso em 23/05/2022.

WROBLEWSKY, Jerzy. *Legal syllogism and rationality of judicial decision*. 5 Rechtstherorie 33, 1974.