Limitação argumentativa que obsta tese da legítima defesa da honra

Em data de 12/03/2021, a medida cautelar deferida pelo ministro Dias Toffoli na ADPF nº 779 foi referendada unanimemente pelos demais ministros do Supremo Tribunal Federal, firmando-se o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional e conferindo-se interpretação conforme à Constituição aos artigos 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e ao artigo 65 do Código de Processo Penal, de modo a exclui-la do âmbito do instituto da legítima defesa. E, por consequência, obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese da legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese[5]) nas fases pré-processual ou processuais penais, bem como durante o julgamento perante o Tribunal do ato e do julgamento.

Não há dúvida de que o discurso odioso da legítima defesa da honra — "retórica que reforça uma cultura extremamente patriarcal, de desrespeito e objetificação da mulher" [6] — não encontra, por si só, amparo legal ou ressonância constitucional. Porém, a questão de fundo consiste em saber se a vedação argumentativa é suficiente para evitar julgamentos solipsistas amparados em preconceitos arraigados em uma sociedade (ainda) machista e misógina.

A tese da "legítima defesa da honra" não está amparada na valoração epistemológica da prova pelas partes e pelos jurados; assim como não se discute se o acusado se valeu dos meios necessários para repelir uma injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. A honra é um valor intrínseco que independe da tese arguida. Trata-se de uma análise que se faz de si mesmo, mas que igualmente os outros fazem de nós. Debatida ou não, estará lá!

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Segundo Bobbio, os preconceitos seriam "uma opinião ou um conjunto de opiniões, às vezes até mesmo uma doutrina completa, que é acolhida acrítica e passivamente pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade de quem aceitamos as ordens sem discussão"[7]. Para o mesmo autor, a aceitação se daria sem qualquer verificação diante da "inércia, respeito ou temor" e seria a tal ponto fundada que resistiria a "qualquer refutação feita com base em argumentos racionais"[8].

Tratando da importância do questionar para compreender, Gadamer acrescenta que "a essência do saber não consiste somente em julgar corretamente, mas em excluir o incorreto ao mesmo tempo e pela mesma razão"[9]; e, para tanto, faz-se imprescindível que se dissolvam a incorreção de argumentos em sentido diverso[10].

Ao tratar do mito da neutralidade judicial, Chemim afirma que: "(…) não se pode olvidar que antes de ser juiz, o magistrado foi criança, foi adolescente, e viveu — e continua a viver — como qualquer ser humano. Teve, tem e continuará tendo experiências de vida boas e ruins. Viveu — e traz sempre consigo — seus traumas, suas angústias, suas frustrações e seus recalques. Construiu e traz consigo seus preconceitos (…), seus 'pré-juízos' (juízos antecipados), como toda e qualquer pessoa os tem. E, como acontece com todas as pessoas, o juiz também tem que conviver com tudo isso"[11].

O prévio acerto mental do jurado a respeito da honra, camuflada pelos seus preconceitos e pré-juízos a respeito dos fatos, estará sempre lá em plenário, eis que abarca um valor intrínseco — por vezes, indissociável — que permeia o julgamento de muitos crimes de feminicídio, senão todos. A violência contra a mulher é um tema (infelizmente) recorrente na sociedade brasileira, sendo possível entender que o jurado já tenha estruturada uma posição (talvez inconsciente) a respeito dessa realidade.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Diante disso, a discussão sobre a tese da legítima defesa da honra pode contribuir para evitar um decisionismo (no sentido de Schmitt), facilitando a suspensão de preconceitos negativos e obstando que os sentidos passem a ser atribuídos livremente pelos jurados a partir da complexidade comunicativa da prova testemunhal e da autodefesa do acusado em plenário. Considerando o constrangimento epistêmico advindo de prestar o depoimento em juízo e a necessária recognição do passado, é normal que a vítima, seus familiares, testemunhas e o próprio acusado, passem a descrever minúcias do relacionamento, acionando gatilhos mentais que influenciarão os jurados.

Não é possível, não obstante tudo, vedar que o acusado, no seu direito de autodefesa, perante seus julgadores, explicite a sua relação com a vítima, expondo sentimentos que muitas vezes já foram explorados pela acusação na forma de qualificadoras subjetivas. Afinal, são sempre precisos os limites que divorciam o ciúme da futilidade ou da torpeza? Entre o amor e o ódio (duas faces da mesma moeda, como asseveram os psicanalistas) permeiam infinitos sentimentos que contextualizam uma relação conflituosa e que restam tatuados nos autos e exalam no plenário na forma de sangue e lágrimas. Quem já esteve nele, o plenário, sabe do que se está falando.

Ao proibir que a defesa técnica faça uso de qualquer argumento que induza a tese vedada e, consequentemente, sendo aparentemente desnecessário ao órgão do Ministério Público contraditar o argumento — eis que, indiretamente, estaria trazendo à tona a própria nulidade construída pela jurisprudência —, os jurados poderiam apenas solidificar um eventual prejulgamento misógino a respeito do caso, já formado quando da notícia do crime pelos meios de comunicação, reforçado pela juntada das reportagens aos autos e corroborada pela instrução em plenário.

O silêncio e a pantomima podem muitas vezes dizer mais do que horas de discurso em plenário e facilitar julgamentos pelas aparências mediante a adoção de rótulos apressados. O preconceito não é desconstruído com a mudez, tampouco com a mordaça, pois ele continuará lá, esperando o momento (in)consciente de ser resgatado. A única maneira de amenizar o prejulgamento oculto que está em todos é torná-lo visível no caso concreto e combatê-lo com argumentos que mostrem a sua irrazoabilidade moral e incompatibilidade constitucional.

O embate em plenário a respeito de teses relevantes para a solução do caso penal contribui para a "captura psíquica do juiz"[12] (jurado) e serve de importante instrumento para reduzir a discricionariedade ("livre escolha"[13]) na análise dos fatos, contribuindo para que os jurados abstraiam os seus prejulgamentos, preconceitos e, inconscientemente ou não — para não dizer imotivadamente , imponham a sua moral —individual. Para que um preconceito possa ser revelado ao próprio julgador é necessário provocá-lo no debate em plenário, pois caso contrário continuará lá e só aparecerá no ato sigiloso do voto.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Os valores de uma dada comunidade não são perenes, sofrendo alteração pela dinâmica dos fatos e do decurso do tempo. O jurado de hoje não é mais aquele do Brasil Colônia e, a partir da Constituição de 1988, as pautas apresentadas pelos movimentos feministas são cada vez mais reais e incorporadas no ordenamento nacional[14]. Se ainda não alcançamos a maturidade de julgar a todos com o *bom senso* de Beccaria (algo impossível) e com a *equidade* exigida por Bentham e Hobbes (sabidamente descartada pelos ingleses)[15], é certo que hoje somos uma sociedade mais informada e engajada em reconhecer os atributos constitucionais. O jurado — especialmente quando o seu selecionamento for levado a sério — é maduro o suficiente para refletir e sopesar a qualidade *justiça* dos argumentos lançados em plenário e, pensar o contrário aponta, hoje, para um desconhecimento da realidade do júri.

Para tanto e, de maneira objetiva, basta constatar os altos índices de condenação por feminicídio. Conforme dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) referentes ao "Mês do Júri", dos 315 acusados de feminicídio julgados em novembro de 2019, aproximadamente 90% foram condenados, superando os 87% de 2018[16]. Sem pretensão de generalização, em Curitiba-PR, por exemplo, verificando *todos* os casos de feminicídio julgados pelo Tribunal do Júri desde o ano de 2017, constatou-se apenas *um* único de absolvição e, em nenhuma das atas analisadas restou consignada a tese da "legítima defesa da honra". Isso autoriza a concluir, ao menos dentro do universo analisado que: (i) a tese não foi suscitada; (ii) ou, *se* foi suscitada de maneira camuflada, não foi suficiente a gerar a absolvição. Por óbvio que Curitiba não pode representar todos os julgamentos vinculados ao tema, mas o resultado leva a refletir e questionar: qual é o real número de casos de feminicídios julgados e onde a tese da "legítima defesa da honra" foi suscitada e o acusado absolvido?

O compromisso assumido pelo Estado de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar (CR, artigo 226, § 8º) será melhor efetivado com a implementação de políticas públicas que tentem alcançar a neutralização de preconceitos patriarcais (e de gênero) na sua gênese. Impor, na via da construção jurisprudencial, uma limitação argumentativa no Júri não resolve o problema — na verdade, cria outros — pois simplesmente esconde o lixo debaixo do tapete e não enfrenta o problema na sua real dimensão: a herança histórica de uma crença machista que enxerga a mulher como mera propriedade.

Se por um lado os números demonstram uma crescente e alarmante onda de violência contra a mulher, que coloca o Brasil como um dos líderes de casos registrados, de outro, condenando o Júri em 90% dos casos de violência contra as mulheres, pode-se entender se estar dando uma resposta madura de avaliação dos fatos e do Direito e, assim, refletindo a sociedade que já não está disposta a referendar esse tipo de agressão. Por outro lado, os menos de 10% de absolvição dão mostras que o Júri não está disposto a aceitar *qualquer* tese acusatória, logo, a entrega da prestação jurisdicional parece refletir, mais uma vez, a devida maturidade.

O Júri é um relevante mecanismo de inclusão do cidadão na tomada de decisões pelo Poder Judiciário, embora não se tem dúvida que pode e deve ser aperfeiçoado. Não obstante tudo, roga-se que a luta pela igualdade de direitos — uma bandeira de todos que têm um compromisso com um processo penal democrático — não esteja sendo usada para a busca desenfreada de uma maior criminalização e a desconstrução de garantias constitucionais como o próprio Tribunal do Júri e seus intrínsecos princípios.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O tema é assaz importante e exige muita discussão e aprimoramento sério e comprometido com a cidadania, inclusive para não se permitir que seja tratado na rés do chão e influenciado por uma vaidade deletéria, muito comum nos dias de hoje.

[5] Conforme consignou a Min. Cármen Lúcia na ADPF n. 779, deve ser igualmente considerado nulo o ato ou o julgamento quando forem utilizadas "outras expressões a denotarem o emprego da violência de gênero como justificativa do crime de feminicídio", mesmo que de forma indireta ou subliminar.

[6] Extrai-se do voto do Min. Alexandre de Moras no mesmo julgamento.

[7] BOBBIO, Norberto. A Natureza do Preconceito. In: *Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: UNESP, 2002, pp. 103-118, p. 103

[8] Idem.

[9] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10ª. ed. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 476.

[10] Idem.

[11] GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. *Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro*. Tese – UFPR, Curitiba, 17 de agosto de 2015, p. 467.

[12] CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986, p. 194: "Ogni processo è azione parlata a tre o più locutori: le parti chiedono qualcosa; il giudice accoglie o no i petita. In un'importante summa sul 'Prozess als Rechtslage', James Goldschmidt sviluppa l'analisi da questa figura: domande, affermazioni, istanze sulle prove, sono 'Erwirkungshandlungen'; chiamiamole 'atti intesi a una cattura psichica del giudice."

[13] STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto? Decido Conforme a Minha Consciência*. 2ª. ed. Coleção O que é isto? Vol. 01, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 106.

[14] SANTOS, CECÍLIA MACDOWELL. *Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil*. Coimbra: Oficina do CES, 2008, p. 7. De acordo com a autora, 80% das pautas apresentadas por movimentos feministas foram incorporadas pelos Constituintes de 1988. Nesse sentido, merece destaque a promulgação da Lei Maria da Penha; a tipificação da qualificadora do feminicídio no crime de homicídio; a instalação das Delegacias da Mulher; a adoção dos Planos Nacionais de Política para as Mulheres e do Pacto Nacional

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

de Enfrentamento da Violência contra as Mulheres. Outrossim, o Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Decreto n. 4.377/2002) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto n. 1973/1996).

[15] Indica-se sobre o tema a Introdução da obra de Fauzi Choukr (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri, reformas, continuísmos e perspectivas práticas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 08).

[16] Disponível em: https://www.cnj.jus.br/mes-do-juri-315-acusados-de-feminicidio-foram-julgados/ , com acesso em 17 de abril de 2021.

Date Created
23/04/2021

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.