

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

RESUMO EXECUTIVO

I – INADEQUAÇÃO TÉCNICA DA TESE. LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NÃO É LEGÍTIMA DEFESA EM SI. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA ISONOMIA ENTRE HOMEM E MULHER

Para que se possa reconhecer a ocorrência de legítima defesa, é imprescindível a concorrência dos seguintes requisitos: (i) injustiça e atualidade (ou iminência) da agressão; (ii) risco oferecido a direito próprio ou alheio; (iii) emprego moderado dos meios necessários; e (iv) conhecimento da agressão e vontade de defesa.

Legítima defesa da honra, portanto, não é argumento de natureza técnica jurídica, isto é, não constitui excludente de ilicitude, porquanto não atende aos requisitos previstos em lei, especialmente aquele que impõe a utilização moderada dos meios necessários, proibindo o excesso.

Legítima defesa da honra é uma construção teórica contrária à dignidade humana, a qual é compreendida como um tipo especial de valor que apenas a natureza racional, própria do homem, possui. Os objetos não têm dignidade e, por isso, podem ser livremente utilizados como um meio para a consecução dos desejos de terceiros. Por conseguinte, toda objetificação de um ser humano representa uma tentativa de despi-lo de sua dignidade, equiparando-o à categoria que é própria das coisas.

Nesse sentido, não se pode negar que a tese da legítima defesa da honra está profundamente enraizada na tradição de coisificação da mulher, que é, em virtude de sua identidade de gênero, dentro de uma sociedade de estrutura patriarcal, desvestida da dignidade que a alça ao patamar de pessoa.

Obedece-se, então, a uma lógica na qual a mulher, em todo e qualquer cenário, é um objeto que, em essência, não tem valor, mas que pode pleiteá-lo (ou usufruir de parte dele) se, e somente se, satisfizer às necessidades de um

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

homem. Dentro dessa lógica, primeiro, a vítima é a coisa que pertence (ou que deve pertencer) exclusivamente ao parceiro, ainda que não seja essa a sua vontade; depois, torna-se o objeto, cujo sacrifício é necessário para o restabelecimento de uma virtual honra masculina supostamente vilipendiada.

Permitir que a legítima defesa da honra seja arguida em julgamento, a fim de que se obtenha a absolvição do réu, equivale a chancelar tese na qual a vítima não figura enquanto sujeito de direitos; ou é um objeto, ou é um sujeito de segunda classe, cujo bem maior – a vida – é inferior à honra do homem – bem de valor mediano.

Ademais, a chancela da legítima defesa da honra relega a vítima de feminicídio ao patamar equivalente ao do *homo sacer*, porque: (i) exime de reprimenda o assassino; (ii) coloca a mulher numa situação típica de abandono, em que, ao tempo que está “livre”, isto é, deixada à própria sorte, permanece, igualmente, à mercê de terceiros, tanto daqueles que podem, por motivo torpe, privá-la da vida, quanto daqueles que, representando o Poder Público, avalizam a conduta do assassino; e (iii) faz com que ela experimente um estado de vulnerabilidade perene, porquanto está alijada das proteções próprias do Estado e despida do direito que é mais primordial (a vida). A ideia de sacrifício, implícita ao *homo sacer*, também representa elemento histórico na construção da coisificação da mulher, a qual, há milênios, tem sido parte constante de rituais sacrificais, mais ou menos óbvios, como é o próprio julgamento de algozes – homens – nos quais a vítima é culpabilizada.

Além da violação à dignidade da pessoa humana (CF 3º III), torna-se letra morta o dispositivo que estabelece a igualdade entre homens e mulheres (CF 5º I), dado que essas, num paradigma em que a legítima defesa da honra é tese viável, recebem proteção sensivelmente inferior: conforme dissemos anteriormente, o bem jurídico de maior importância para a vítima (a vida) não prevalece quando oposto a um bem jurídico de relevância mediana para o homem (a honra).

Do mesmo modo, não se pode ignorar que a legítima defesa da honra, quando aduzida em juízo, submete a mulher a um processo bárbaro (não civilizado) de revitimização. A família da vítima – ou, nos casos de feminicídio tentado, a

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

própria vítima sobrevivente – torna-se expectadora de um processo que, muito embora devesse ter por objeto a comprovação da (in)ocorrência de um crime, concentra esforços na exploração do comportamento moral pregresso daquela a quem a o sistema deveria, a princípio, proteger.

Por fim, a manutenção da utilização da legítima defesa da honra caracteriza violação à dignidade humana por se tratar de uma aceitação do desperdício de vidas femininas. E esse desperdício é um problema objetivo a ser solucionado pela jurisdição constitucional.

II – AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL À LIMITAÇÃO MATERIAL DAS TESES ARGUÍVEIS EM PLENÁRIO PERANTE, O TRIBUNAL DO JÚRI. RESTRIÇÃO DE TESES PELO CPP E PELA JURISPRUDÊNCIA DO STF. PL 5096/2020. DEFESA DA DIGNIDADE DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

Inicialmente, cumpre esclarecer que a limitação material daquilo que pode ser arguido em Plenário – até como decorrência da primazia que os debates possuem na segunda fase deste procedimento – não é de forma alguma desconhecida pela jurisprudência do STF.

O direito comparado nos dá amostra de democracias constitucionais que, para resguardar a dignidade da vítima e a degeneração do objeto do julgamento, impõem à defesa limitações discursivas materiais.

Os Estados Unidos acolhem a intitulada “rape shield law”, a legislação que, especificamente para processos que tenham por objeto crime de estupro, restringe a possibilidade de o advogado de defesa introduzir o histórico sexual da vítima, justamente para evitar que seja humilhada e desqualificada por informações que não são relevantes para comprovar a inocência ou a culpa do acusado, mormente porque não dizem respeito à autoria ou materialidade do delito. Atualmente, Canadá, a Austrália e a Nova Zelândia igualmente adotam legislação dessa estirpe, proibindo de maneira geral a alusão ao histórico sexual da vítima.

A limitação material de defesas arguíveis no curso do processo não só é constitucionalmente possível, como mandatária, sempre que os argumentos

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

sob escrutínio, não forem necessários para a demonstração de inexistência do delito, ou ainda devassarem a esfera de direitos da vítima, a exemplo do que ocorre quando se permite a adução, em juízo, do argumento da legítima defesa da honra.

A tese questionada (i) não pretende a demonstração de inexistência de autoria ou materialidade, pois parte do pressuposto de que o acusado cometeu o crime; (ii) não configura excludente de ilicitude propriamente dita (conforme o próprio STF, por unanimidade, reconheceu), pois não é minimamente adequada a quaisquer dos requisitos consagrados legalmente; e (iii) se edifica sob a lógica de coisificação e inferiorização da vítima ofendida.

Obviamente, não desconhecemos a existência da plenitude de defesa e sua revelância para assegurar o sistema acusatório penal. Contudo, tampouco podemos ignorar que é necessário interpretá-la como parte de um plexo de direitos integrados, que, conforme devemos supor, compõem um todo harmônico e que, por isso, devem ser interpretados da maneira que melhor lhes garanta a unidade e integridade.

Nessa perspectiva, não nos parece um equívoco afirmar que a plenitude de defesa não acolhe a adução de tese extrajurídica – e a legítima defesa da honra não é, tecnicamente, excludente de ilicitude acolhida pelo direito – que dispense à vítima tratamento anti-isonômico e indigno.

Quem desejar discordar desse raciocínio para dar à plenitude de defesa alcance absoluto e irrestrito, deverá aceitar que, em plenário, a defesa lance mão, *e.g.*, de teses ostensivamente racistas contra a vítima negra com o escopo de obter a absolvição de um réu branco, ou discusso antissemita contra vítima judia. Esses exemplos extremados evidenciam como há um complexo equilíbrio constitucional para não permitirmos que a ampla defesa seja degenerada como mecanismo de veiculação de manifestações de discurso de ódio a pretexto de haver exercício do contraditório e ampla defesa.

Em resumo, o dispositivo que consagrou a plenitude da defesa permite duas possibilidades interpretativas: (i) a primeira outorga-lhe alcance irrestrito e permite a adução de qualquer argumento, jurídico ou extrajurídico, inclusive os que, não dizendo respeito ao cometimento do crime ou a circunstâncias

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

efetivamente capazes de excluí-lo, resultem flagrantemente na ofensa à dignidade e inferiorização da vítima e da coletividade à qual pertence e desrespeitem o mínimo ético a ser observado em qualquer debate racional; (ii) a segunda impõe limites materiais aos argumentos a serem aduzidos para que ocorra adequação a outros direitos, de estatura igualmente fundamental.

Apenas a segunda variante interpretativa é apta a impedir que, sob a simbologia da plenitude da defesa, ocorra a promoção de discurso de ódio, juntamente com a coisificação do ser humano.

III – O JURADO ENQUANTO JUIZ. VEDAÇÃO À DECISÃO *CONTRA LEGEM* E *CONTRA CONSTITUTIONEM*. A RACIONALIDADE DO DISCURSO JURÍDICO E SUA COLONIZAÇÃO

Nos processos que têm por objeto a apuração de crime doloso contra a vida, o juízo ordinário que, no Brasil, deve decidir as causas processuais penais, é substituído pelo Tribunal do Júri, composto por sete leigos escolhidos para a posição de *jurados*.

Pode-se, de forma simplório, afirmar que os jurados, então, farão as vezes de juízes. Necessário, porém, descobrir até que ponto se estende a semelhança entre um e outro, especialmente para verificar se os limites que se impõem ao juiz no momento decisório também se colocam como amarras ao jurado.

A vinculação imposta pelo direito é aquela que nos ata a princípios *objetivamente* postos e, a partir daí, compartilhados por uma comunidade. O julgador está necessariamente *constrangido* pelos limites legais e constitucionais e deve, a despeito de suas convicções pessoais, respeitá-los, seja para condenar, seja para absolver; essa vinculação ao direito influencia os atores do processo, que, cientes do dever do magistrado de aplicar a lei e a Constituição ao caso concreto, tenderão a excluir de seu repertório teses que se afigurem, do ponto de vista material, flagrantemente ilegais ou *inconstitucionais*.

Parcela da dogmática tradicional costuma afirmar que o jurado pode absolver o réu com fulcro em argumentos de qualquer ordem, inclusive flagrantemente *inconstitucionais* ou não jurídicos. O ovo da serpente repousa no CPP 483, que,

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

ao dispor da ordem de formulação dos quesitos, determinou fossem os jurados inquiridos se o acusado deveria ser absolvido.

A consequência da interpretação amplíssima do CPP 483 conduz a uma situação absolutamente embaraçosa, pois transforma o Tribunal do Júri, organismo que inexoravelmente integra o Poder Judiciário, no espaço do “não direito”. Qualquer outro juízo deverá decidir conforme a Lei; o Júri, porém, estaria afastado dessa obrigação.

Dito de outro modo, a exegese que hodiernamente a dogmática realiza sobre o CPP 483 III transforma o Júri no âmbito da exceção. Por isso, partirmos em defesa do posicionamento oposto, ainda que cientes de sua heterodoxia: para nós, a Democracia Constitucional não agasalha decisões que tenham por alicerce razões não jurídicas. Nesse aspecto, forçoso concluir que o jurado não está autorizado a decidir *extra* ou *contra constitutionem/legem*.

Temos ciência que a lei regulamentadora do rito no Tribunal do Júri não exige justificativa para os votos apresentados, o que encobre a *ratio* subjacente à absolvição ou à condenação. O CPP, nesse ponto flagrantemente falho, furta do cidadão o principal mecanismo de controle da decisão judicial, a saber, a fundamentação.

Contudo, não significa dizer que não tenhamos meios para identificar que circunstâncias influenciaram o decreto absolutório: para tanto, satisfaz revisitar as linhas argumentativas aduzidas pela defesa. A limitação material impositiva aos debates no âmbito do Júri é o meio pelo qual podemos controlar as decisões (condenatórias ou absolutórias) porventura exaradas.

Ou seja, o único modo de garantir que o acusado não seja absolvido por legítima defesa da honra é alijá-la definitivamente das raias do debate jurídico.

Possibilitar que, por força da plenitude de defesa, as partes possam se socorrer de quaisquer sortes de argumentações é também autorizar o ingresso no discurso jurídico de teses irracionais e, em última análise, permitir que a decisão esteja fundada em elementos não-jurídicos.

Nesse contexto, ao debate poderiam ser trazidas *razões reais de convencimento* constitucionalmente inadequadas à fundamentação de qualquer decisão

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

judicial. Sendo assim, ainda que o resultado do provimento esteja materialmente correto, a *ratio decidendi* permanece eivada de inconstitucionalidade.

Em uma democracia constitucional, a observância mínima de uma *ética do debate* é essencial para que o Júri possa manter-se leal ao seu compromisso democrático.

A *ratio* por detrás da possibilidade de limitação material das teses arguidas em Plenário é, portanto, a de limitar a interferência de elementos irracionais e/ou incontroláveis na decisão judicial.

Dito de outra forma, só devem ser permitidos argumentos que possam passar pelo crivo do debate público racional, algo próximo a uma *ética do discurso* de Jürgen Habermas

Por conseguinte, não devem ser aceitos no debate jurídico (*ou seja, troca racional e dialógica de argumentos buscando um entendimento acerca da decisão constitucionalmente mais adequada ao caso*) aqueles argumentos que, flagrantemente inconstitucionais, jamais serviriam à fundamentação jurídica de uma decisão.

IV – NECESSIDADE DE PRESERVAR A COGNIÇÃO DO JURADO. IMPOSSIBILIDADE DE EXPOSIÇÃO DO JURADO A TESES FLAGRANTEMENTE DISCRIMINATÓRIAS

O julgador em uma democracia constitucional detém intrínseca relação de *accountability* com a legalidade no exercício de suas decisões. No modelo de *Rule of Law*, o juiz independente passaria a interpretar o direito, transformando-se um quase soberano. O Legislativo também se transforma em quase soberano porque também estaria vinculado às decisões do Tribunal Constitucional e ao direito. O Executivo, antigo soberano, também vira um quase soberano, uma vez que, ele não pode mais suspender decisões judiciais, exonerar juízes e o mais importante, o Judiciário passa a poder sindicar os atos do próprio Executivo.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

Por consequência, impõe-se o esforço para que o magistrado, o quanto possível, não se veja de qualquer modo pressionado ou influenciado por circunstâncias ou fatores que o corrompam no momento da aplicação do direito, isto é, que o direcionem para outros fins que não a concreção da Lei (compreendida como legalidade democrática). As causas de impedimento constituem exemplo desse esforço: a legislação proíbe que o juiz exerça função jurisdicional nos casos em que figure como parte um parente próximo, justamente para garantir que, a pretexto de favorecê-lo (ainda que inconscientemente), não alije o rigor da lei. A mesma *ratio* subjaz o dogma acusatório, que impede que a mesma pessoa exerça as funções de acusador e juiz num determinado processo.

Ao fim e ao cabo, o que pretendem muitas das causas de impedimento e a regra acusatória é evitar a *contaminação cognitiva* do magistrado. É, igualmente, em nome na preservação da cognição do juiz que existe, hoje, a proibição do contato com a prova ilícita, por exemplo.

As teorias que apresentam os vieses e as dissonâncias cognitivas do julgador, em grande parte, são aplicáveis aos jurados. Desse modo, a cognição do jurado que seja exposto à arguição da legítima defesa da honra estará inexoravelmente contaminada, mormente se esse indivíduo desde antes possuir propensões machistas ou misóginas. Ditas propensões, quando validadas por um ator do processo (um defensor público ou advogado) ganham maior impacto. Para além disso, o jurado, então, verá no defensor, autorizada pelo Estado a utilizar a tese da legítima defesa da honra, o repositório e o reflexo de seus próprio preconceitos.

V – FÓRMULA DE SCHUMANN (*SCHUMANNSCHE FORMEL*).

A tese da “legítima defesa da honra” encontra, ainda, vedação na chamada Fórmula de Schumann (*Schumannsche Formel*), nos termos da qual nenhum Tribunal poder tomar por base, para sua decisão, uma regra que nem sequer o legislador poderia determinar.

Posto de outra forma, por que poderiam os juízes decidir com base em fundamentos que, se positivados pelo Legislador, fatalmente seriam considerados inconstitucionais?

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

Em uma democracia constitucional, a lei não poderia consagrar a circunstância de a vítima ser negra enquanto excludente da ilicitude, da antijuridicidade ou da punibilidade dos crimes cometidos por um branco, porque fatalmente estaria confrontando o mandamento constitucional que veda a discriminação. Com mais razão, o Judiciário está proibido de absolver quando movido por argumentos flagrantemente racistas.

Nesse contexto, se o Legislativo decidisse editar dispositivo que consagrasse a legítima defesa da honra, tratar-se-ia de artigo a ser fatalmente fulminado pelo STF diante das patentes inconstitucionalidades que o circundam.

Nem Legislativo e nem Judiciário podem tomar decisão que preste deferência à tese da legítima defesa da honra. Se o juiz está materialmente proibido de, com base nesse argumento, decidir pela absolvição, não existe razão de ser para permitir que seja aduzido por qualquer das partes durante o julgamento.

A legislação e a jurisprudência vêm caminhando no sentido de eliminar legislações e/ou interpretações arcaicas, de fundamento notadamente machista e patriarcal. Nesse sentido, foram revogados, por meio da L 11.106/2005, os crimes de sedução (cujo tipo referenciava a “mulher virgem”), rapto violento ou mediante fraude (apenas possível de cometimento contra a “mulher honesta”), e o de rapto consensual, cuja pena era diminuída em um terço se o delito tivesse como fim o casamento.

Tem-se aqui, portanto, uma razão extra pela qual a tese da legítima defesa da honra, que sequer seria constitucional se positivada pelo legislador, não pode figurar como argumento de quaisquer das partes em um processo.

Nesse sentido, consideramos acertada e digna de aplausos a decisão do STF ao referendar a liminar proferida no bojo desta ADPF 779. Tecnicamente, o Supremo Tribunal Federal apenas reconheceu a necessidade de uma arguição de nulidade parcial sem redução de texto para, acertadamente, excluir a tese da “legítima defesa da honra” do escopo da excludente de ilicitude consagrada no CP 23 II.

Obviamente, a legítima defesa da honra não é o único argumento que pode gerar distorções e inconstitucionalidade na deliberação do júri. Por essa razão,

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

a presente ADPF constitui marco civilizatório para delinear que a plenitude da defesa não possa degenerar para utilização de razões racistas, antissemitas, misóginas ou discursos de ódio de toda ordem.

Conforme bem lançado no voto do Min. Gilmar Mendes, a tese da legítima defesa da honra tem servido “para justificar (...) atos aberrantes de homens que se sentem traídos e se julgam legitimados a defender a sua honra ao agredir, matar e abusar de outras pessoas.” Na realidade, a legítima defesa da honra sequer encontra guarida em nosso direito positivo, não só por conta de sua patente violação a direitos fundamentais materiais (tais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, CF 5º *caput*), como também por insubsistência decorrente de sua própria falta de méritos

Em suma, a ADPF deve ser julgada procedente tendo em vista que os jurados não estão livres *para decidirem de maneira arbitrária*, de modo que uma vigilância constante dos limites daquilo que pode ser arguido nos debates em Plenário não só é permitido, como também exigido pela Constituição

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

Toda reificação é um esquecimento.
Theodor W. Adorno e Max Horkheimer¹

O drama da mulher é esse conflito entre a reivindicação fundamental de todo sujeito que se põe sempre como essencial e as exigências de uma situação que a constitui como inessencial.
Simone de Beauvoir²

PARECER JURÍDICO

Sumário: **1.** Síntese da controvérsia e Consulta. – **2.** Inadequação técnica da tese. Legítima defesa da honra não é legítima defesa em si. Violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia entre homem e mulher. – **3.** Autorização constitucional à limitação material das teses argúveis em Plenário, perante o Tribunal do Jurí. Restrição de teses pelo CPP e pela jurisprudência do CPP e pela jurisprudência do STF. PL 5096/2020. Defesa da dignidade da vítima. Impossibilidade de utilização da legítima defesa da honra. – **4.** O jurado enquanto juiz. Vedação à decisão *contra legem* e *contra constitutionem*. A racionalidade do discurso jurídico e sua colonização. – **5.** Necessidade de preservar a cognição do jurado. Impossibilidade de exposição do jurado a teses flagrantemente discriminatórias. – **6.** Fórmula de Schumann (*Schumannsche Formel*). – **7.** Conclusão: respostas aos quesitos.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana – isonomia entre homem e mulher – legítima defesa da honra – *homo sacer* – revitimização – legalidade – júri – plenitude de defesa.

¹ Theodor W. Adorno e Max Horkheimer. *Dialektik der Aufklärung: Philosophische Fragmente*. In: Max Horkheimer. *Gesammelte Schriften*. 1. Ed. Frankfurt am Main: Fischer Verlag, 1987, Band 5, p. 262. No original: "*Alle Verdinglichung ist ein Vergessen*".

² Simone de Beauvoir. *O segundo Sexo*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 31.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

1. SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA E CONSULTA

Honra-nos o Partido Democrático Trabalhista com a presente consulta, na qual nos indaga, por meio de seu ilustre advogado, Dr. Paulo Iotti, sobre o mérito da ADPF 779, proposta pelo próprio Partido para obter pronunciamento jurisdicional que, mediante interpretação conforme do CP 23 II e 25 *caput* e parágrafo único (e, se necessário for, do CPP 483 III § 2º), decrete a impossibilidade de adução da legítima defesa da honra como tese para obter absolvição de réus acusados por feminicídio.

No bojo da ação supra, alega-se, sumariamente, que a interpretação que possibilita a utilização da tese da legítima defesa da honra daria azo a julgamentos flagrantemente contrários ao escorço probatório subjacente ao processo, possibilitando e legitimando a absolvição de indivíduos que comprovadamente praticaram crime de feminicídio. Dessarte, violar-se-ia a CF 1º, *caput* e III, 3º V e 5º, *caput* e LIV.

A consulta nos é formulada por meio dos seguintes quesitos, que serão respondidos ao final deste Parecer:

1. **É correto afirmar-se que, do ponto de vista técnico, a tese da legítima defesa da honra não se enquadra nos requisitos dispostos no CP 23 II e 25 *caput* e parágrafo único? Isto é: que, tecnicamente, a defesa da honra por meio do assassinato não constitui legítima defesa?**
2. **É correto afirmar-se que o direito de defesa não pode se tornar instrumento de manifestação de discurso de ódio e de ataques à dignidade humana da vítima?**
3. **É correto afirmar-se que o júri não pode absolver o réu com base na legítima defesa da honra?**
4. **É correto afirmar-se que a legítima defesa da honra não pode ser aduzida em plenário?**

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

2. INADEQUAÇÃO TÉCNICA DA TESE. LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NÃO É LEGÍTIMA DEFESA EM SI. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA ISONOMIA ENTRE HOMEM E MULHER.

O exame da possibilidade de alusão à legítima defesa da honra, na ocasião do julgamento de crime de feminicídio, exige um esclarecimento inicial: a despeito do que o título da tese possa sugerir, a causa excludente de ilicitude que se tem na prática não se adequa, tecnicamente, à excludente de ilicitude prevista na legislação. Os motivos para tanto são vários e, para melhor entendê-los, cumpre rememorar a *ratio* e os requisitos subjacentes à legítima defesa legalmente consagrada.

Conforme o registro de Luiz Regis Prado, a legítima defesa é “a situação em que o agente repele agressão atual e ilícita a direito seu ou de outrem”, pondo a valer “a máxima de que o Direito não tem que ceder ante o ilícito”.³ A legítima defesa possui duplo fundamento, a saber, a necessidade de defesa de bens jurídicos e a preservação do ordenamento jurídico, que se alcança mediante o alijamento da agressão ilícita.⁴

Para que se possa reconhecer a ocorrência de legítima defesa, é imprescindível a concorrência dos seguintes requisitos (i) injustiça e atualidade (ou iminência) da agressão; (ii) risco oferecido a direito próprio ou alheio; (iii) emprego moderado dos meios necessários; e (iv) conhecimento da agressão e vontade de defesa.

Agressão atual ou iminente, para fins da causa de justificação que agora analisamos, é toda conduta presente ou imediata, dirigida à produção de um resultado lesivo a um bem jurídico determinado.⁵ Qualificamo-la injusta

³ Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume 1*, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 363.

⁴ Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume 1*, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 363.

⁵ Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal: Parte Geral*, 6ª ed., Curitiba: ICPC, 2014, p. 226.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

sempre que ilícita⁶, antijurídica, injustificada, isto é, sem amparo no ordenamento, “*marcada por desvalor de ação e de resultado*”.⁷ Por outro lado, meios necessários são aqueles indispensáveis à repulsa, utilizados nos limites do que é efetivamente preciso para repelir a injusta agressão.

Com efeito, cumpre frisar a exigência de que exista “*certa proporcionalidade entre a agressão e a reação defensiva, em relação aos bens e direitos ameaçados*”, sob pena de a repulsa ser ilícita por força do excesso. Cuida-se de exame que deve considerar “*tanto a gravidade do ataque como a natureza e a relevância do bem jurídico objeto de proteção*”.⁸

Sobre o tema, Juarez Cirino dos Santos leciona que “a necessidade dos meios de defesa é definida pelo poder de excluir a agressão com o menor dano possível no agressor: defesa protetora, em vez de agressiva; ameaça de violência, em vez de violência; ferir, em vez de matar”.⁹⁻¹⁰

Guilherme Nucci, a seu turno, observa que, muito embora o CP não exija expressamente, doutrina e jurisprudência convergem para a necessária proporcionalidade quando do exercício da legítima defesa. “Por tal razão, se o agente defender um bem de menor valor fazendo perecer bem de valor muito superior, deve responder por excesso”.¹¹

Face ao exposto, extrai-se que desproporcionalidades extremas entre o bem jurídico que se pretende defender e a ação utilizada para tanto não têm

⁶ “Pode-se afirmar que é irrelevante o fato de a agressão constituir, ou não, um ilícito penal, uma vez que o art. 25 do nosso Código Penal não faz restrições a respeito; logo, é suficiente que a agressão constitua um fato ilícito, caso contrário não será uma agressão injusta”. Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito Penal: Volume 1: Parte Geral*, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, “Causas de justificação”, item 6.3.1.

⁷ Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal: Parte Geral*, 6ª ed., Curitiba: ICPC, 2014, p. 227.

⁸ Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume 1*, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 366.

⁹ Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal: Parte Geral*, 6ª ed., Curitiba: ICPC, 2014, p. 232.

¹⁰ No mesmo sentido: Guilherme de Souza Nucci. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: Vol 1*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.162.

¹¹ Guilherme de Souza Nucci. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: Vol 1*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.066.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

guardada sob o manto da legítima defesa por força do flagrante excesso que se configura. Nesse sentido, Cirino dos Santos adverte que a legítima defesa não livra de punição a conduta do proprietário que atira em meninos que furtam laranjas de seu quintal. Pela mesma *ratio juris* é que Bersmann afirma que o Estado, que está imbuído do dever de proteger a vida, “limita o direito de matar em legítima defesa às hipóteses de agressões contra a vida, o corpo (incluídas a tortura e as privações de liberdade duradouras) e a sexualidade”.¹²

Legítima defesa da honra, portanto, não é argumento de natureza técnica e jurídica, isto é, não constitui excludente de ilicitude, porquanto não atende aos requisitos previstos em lei, especialmente aquele que impõe a utilização moderada dos meios necessários, proibindo o excesso.

Justamente por se tratar de argumento extrajurídico, cumpre, agora, fazer alusão à sua incompatibilidade material frente à Constituição, mormente pela violação à dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Conforme se sabe, o Constituinte erigiu a dignidade da pessoa humana à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (CF 1º III). Por consequência, colocou o sentido, a finalidade e a justificação do exercício do poder estatal a serviço da pessoa humana, estabelecendo um vínculo no qual o Estado apenas existe para garanti-la.¹³

A dignidade, na acepção kantiana, é a qualidade inerente ao homem que o torna um fim em si mesmo e proíbe que seja instrumentalizado para o atingimento dos fins de outrem. A esse respeito, os escritos de Kant esclarecem que:

“O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que

¹² Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal: Parte Geral*, 6ª ed., Curitiba: ICPC, 2014, p. 232.

¹³ Ingo Wolfgang Sarlet. Comentário ao art. 1º, III, da CF. In: J.J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck (coord). *Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª ed., São Paulo/Coimbra: Saraiva/Almedina, p. 239.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim”.¹⁴

Assim, a dignidade designa um tipo especial de valor que apenas a natureza racional, própria do homem, possui. Os objetos não têm dignidade e, por isso, podem ser livremente utilizados como um meio para a consecução dos desejos de terceiros. Por conseguinte, toda objetificação de um ser humano representa uma tentativa de despi-lo de sua dignidade, equiparando-o à categoria que é própria das coisas.

Não se pode negar que a tese da legítima defesa da honra está profundamente enraizada na tradição de coisificação da mulher, que é, em virtude de sua identidade de gênero, desvestida da dignidade que a alça ao patamar de pessoa.

Obedece-se, então, a uma lógica na qual a mulher, em todo e qualquer cenário, é um objeto que, em si, não tem valor, mas que pode adquiri-lo se, e somente se, satisfizer às necessidades de um homem: primeiro, a vítima é a coisa que pertence (ou que deve pertencer) exclusivamente ao parceiro, ainda que não seja essa a sua vontade; depois, torna-se o objeto cujo sacrifício é necessário para o restabelecimento da honra masculina vilipendiada.

A ideia de sacrifício, implícita ao *homo sacer*, também representa elemento histórico na construção da coisificação da mulher, a qual, há milênios, tem sido parte constante de rituais sacrificais, mais ou menos óbvios, como é o próprio julgamento de algozes – homens – nos quais a vítima é culpabilizada.

Permitir que a legítima defesa da honra seja arguida em julgamento, a fim de que se obtenha a absolvição do réu, equivale a chancelar tese na qual a vítima não figura enquanto sujeito de direitos; ou é um objeto, ou é um sujeito de segunda classe, cujo bem maior – a vida – é inferior à honra do homem – bem de valor mediano.

¹⁴ Immanuel Kant. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67-68.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

A esse respeito, cumpre observar que, para além da perspectiva kantiana, também os escritos de Giorgio Agamben sugerem violação à dignidade da pessoa humana, dado que a tese que preconiza o acolhimento da legítima defesa da honra enquanto excludente de ilicitude reduz a mulher a uma condição semelhante (senão equivalente) à do *homo sacer*.

O *homo sacer*, figura resgatada por Agamben do antigo direito romano, equivalia à “vida matável”, isto é, aquele indivíduo esquecido pelo direito, que poderia, a qualquer tempo, ser morto sem que represália alguma (humana ou divina) recaísse sobre o “assassino”. Tratava-se de uma criatura que concentrava em si traços, *a priori*, antagônicos, posto que, ao tempo que lhe era atribuída a condição (sacra) de pessoa, autorizava-se que fosse morta impunemente.¹⁵ O que define a condição do *homo sacer* é pois

“o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. Esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele – não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio. Subtraindo-se às formas sancionadas dos direitos humano e divino, ela abre uma esfera do agir humano que não é a do *sacrum facere* e nem a da ação profana, e que se trata aqui de tentar compreender”.¹⁶

Nessa perspectiva, consideradas, por exemplo, as regras de direito romano, o *homo sacer* não era cidadão e nem escravo (coisa), pois a morte, tanto do primeiro quanto do segundo, gerava consequências gravosas para o

¹⁵ “A contradição é ainda acentuada pela circunstância de que aquele que qualquer um podia matar impunemente não devia, porém, ser levado à morte nas formas sancionadas pelo rito (...)”. Giorgio Agamben. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 79.

¹⁶ Giorgio Agamben. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 90.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

homicida. O *homo sacer*, então, estava num estado de permanente vulnerabilidade, constantemente sujeito a “um poder de morte”.¹⁷

O *homo sacer* está em situação de abandono, palavra de significado original ambíguo, pois tanto designa estar “à mercê” quanto estar “a seu talante, livremente”.¹⁸ A esse respeito, Agamben esclarece que:

“A relação de abandono é, de fato, tão ambígua, que nada mais difícil do que desligar-se dela. O bando é essencialmente o poder de remeter algo a si mesmo, ou seja, o poder de manter-se em relação com um irrelato pressuposto. O que foi posto em bando é remetido à própria separação e, juntamente, entregue à mercê de quem o abandona, ao mesmo tempo excluído e incluído, dispensado e, simultaneamente, capturado”.¹⁹ (Destacamos)

Por conseguinte, os *homines sacri* estão inexoravelmente encalhados numa zona cinzenta, onde permanecem entre aquilo que os gregos intitulavam *zoé* – a vida animal ou orgânica – e *bíos* – a vida do cidadão, politicamente qualificada.²⁰

Dessa sorte, o *homo sacer* viverá uma vida abandonada (vida nua), qualificada pelo trânsito constante entre *zoé* e *bíos*, entrincheirado num *status* híbrido, que não é próprio do animal e nem próprio do cidadão, experienciando aquilo que se designa exclusão inclusiva.

A chancela da legítima defesa da honra relega a vítima de feminicídio a patamar equivalente ao do *homo sacer*, porque: (i) exige de reprimenda o

¹⁷ Giorgio Agamben. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 91.

¹⁸ Giorgio Agamben. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 117.

¹⁹ Giorgio Agamben. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 116.

²⁰ Giorgio Agamben. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 16.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

assassino; (ii) coloca a mulher numa situação típica de abandono, em que, ao tempo que está “livre”, isto é, deixada à própria sorte, permanece, igualmente, à mercê de terceiros, tanto daqueles que podem, por motivo torpe, privá-la da vida, quanto daqueles que, representando o Poder Público, avalizam a conduta do assassino; e (iii) faz com que ela experimente um estado de vulnerabilidade perene, porquanto está alijada das proteções próprias do Estado e despida do direito que é mais primordial (a vida), o que queda à toda evidência quando se observa os números alarmantes de feminicídio no Brasil – um a cada nove horas entre março e agosto de 2020.²¹

Por qualquer ângulo que se olhe, a tese da legítima defesa da honra termina por atentar contra a dignidade da vítima, seja porque a submete a um processo de coisificação (Kant), seja porque a relega a um *status* pior que o de coisa, tornando-a “vida matável” (Agamben), sempre numa lógica temperada pela assimetria culturalmente imposta entre homem e mulher dentro do contexto patriarcal. Simone de Beauvoir, em seu clássico *Segundo Sexo*, explica como a construção patriarcal cria desigualdades tão profundas entre os gêneros que a transformação da mulher em ser objetificado anula, inclusive, a compreensão de si como um ser abstrato, de desejos, sonhos e, inclusive, de direito, na medida em que “a desigualdade concreta tira a autoridade para negar a igualdade abstrata”²².

Além da violação à dignidade da pessoa humana (CF 3º III), torna-se letra morta o dispositivo que estabelece a igualdade entre homens e mulheres (CF 5º I), posto que essas, num paradigma em que a legítima defesa da honra é tese viável, recebem proteção sensivelmente inferior: conforme dissemos anteriormente, o bem jurídico de maior importância para a vítima (a vida) não prevalece quando oposto a um bem jurídico de relevância mediana para o homem (a honra).

A violação à dignidade na dimensão apresentada por Dworkin também é evidente.

²¹ <https://www.brasildefato.com.br/2020/10/10/uma-mulher-e-morta-a-cada-nove-horas-durante-a-pandemia-no-brasil>

²² Simone de Beauvoir. *O segundo Sexo*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 27.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

Na visão de Dworkin, a dignidade humana apresenta-se em duas dimensões.

A primeira dimensão é a do valor intrínseco. Ou seja, cada vida humana tem uma espécie de valor objetivo especial. Nessa dimensão objetiva, toda vida humana deve importar desde o seu nascimento, desenvolvimento e fim. Trata-se de problema objetivo e não de subjetiva importância. Vale dizer, o sucesso ou o fracasso de uma vida humana não é apenas importante para a pessoa que está vivendo a própria vida. O fracasso de qualquer vida humana é importante por si mesmo, como um critério objetivo. Da mesma forma que somos condicionados a combater a injustiça sempre que ela ocorre, devemos nos condicionar a reprovar o desperdício da vida humana como algo ruim *per se*, pouco importando para tanto se a vida envolvida é a nossa ou de qualquer outra pessoa. Ou seja, a vida humana tem um valor intrínseco *per se*.²³

Essa primeira dimensão da dignidade humana é muito próxima ao tratamento normativo alemão acerca da dignidade, cuja teleologia é a de impedir que o ser humano seja utilizado como objeto nos procedimentos estatais.²⁴ Assim, na democracia constitucional, o resguardo da dignidade humana constitui dever fundamental do Estado (dever jurídico fundamental). A dignidade humana é o fundamento último e primeiro da soberania popular.²⁵

Dito de outro modo, a dignidade humana constitui a norma fundamental do Estado e da própria sociedade civil, inadmitindo qualquer tipo de restrição ou ponderação.²⁶

²³ Ronald Dworkin. *Is democracy possible here?*, Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 9-10.

²⁴ Peter Häberle. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 100.

²⁵ Peter Häberle. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 133.

²⁶ Peter Häberle. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 128-129.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

Tanto em Dworkin, quanto em Häberle, o respeito e a atribuição de uma dimensão normativa à dignidade humana constituem condição *sine qua non* para estruturação da democracia. Por conseguinte, não seria nenhum exagero afirmarmos que hoje, dignidade humana e democracia constituem elementos inseparáveis. Essa conclusão deveria servir de alerta para compreendermos a razão constitucional para a jurisdição constitucional repudiar o uso da legítima defesa da honra.

Conforme Dworkin ensina, nenhum governo é legítimo sem que endosse dois princípios: 1.) governo deve demonstrar igual interesse pelas pessoas que estão sob o seu domínio; 2) o governo deve respeitar a responsabilidade e o direito dessas pessoas de eleger o que é valioso para elas.²⁷

Nessa perspectiva, a jurisdição constitucional se apresenta como o espaço de preservação da dignidade humana em suas diversas acepções. Para o que efetivamente nos interessa: a proibição do uso da legítima defesa da honra. Do contrário, a dignidade humana não seria resguardada na medida em que seria retirado o valor intrínseco da vida das mulheres assassinadas.

Portanto, mantermos a utilização da legítima defesa da honra caracteriza violação à dignidade humana por se tratar de uma aceitação do *desperdício* de vidas femininas. E esse *desperdício* é um problema objetivo a ser solucionado pela jurisdição constitucional.

Cria-se, inclusive, uma incongruência sistêmica, pois o mesmo ordenamento que, no plano legislativo penal, considerou a violação à vida conduta mais gravosa que a ofensa à honra – a título de exemplo, note-se que a pena base para homicídio simples é a reclusão de 6 a 20 anos (CP 121), enquanto para a calúnia é a detenção de seis meses a dois anos, e multa (CP 138) – permite que, *in concreto*, os pesos sejam invertidos. A honra (masculina) sobrepuja a vida (feminina), tornando-se causa de justificação judiciária do delito de feminicídio, que, ao fim, retira da conduta a ilicitude que *a priori* possuía. Dessarte, quando se avaliza a legítima defesa da honra enquanto causa

²⁷ Francisco Motta. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: JusPodium, 2017. p. 26.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

justificante de feminicídio, a ação típica se torna lícita ou permitida,²⁸ o que, em suma, equivale a dizer que é lícito e permitido ao homem matar a mulher a pretexto de desagrar a sua honra.

Por fim, não se pode ignorar que a legítima defesa da honra, quando aduzida em juízo, submete a mulher a um processo barbárico (não civilizado) de revitimização. A família da vítima – ou, nos casos de feminicídio tentado, a própria vítima sobrevivente – torna-se expectadora de um processo que, muito embora devesse ter por objeto a comprovação da (in)ocorrência de um crime, concentra esforços na exploração do comportamento moral pregresso daquela a quem a o sistema deveria, a princípio, proteger.

Não bastasse ser sujeito passivo de um delito hediondo, a mulher se torna igualmente vítima de uma expiação moral conduzida sob a chancela do Estado. O Poder Público, afinal, autoriza que seja aduzido o argumento de que o comportamento “moralmente inadequado” da mulher a tornou merecedora da violência a que foi submetida. A absolvição do réu, então, traduz-se na condenação e no suplício moral da vítima.

A história brasileira não olvida o julgamento de Raul Fernando do Amaral Street (Doca Street), que, na década de setenta, assassinou Ângela Diniz, com quem, à época, nutria um relacionamento amoroso conturbado. Os advogados de defesa, com o escopo de demonstrar a honra ferida do homicida e, assim, livrá-lo da pena, arrastaram a vítima – a quem atribuíram o epíteto de “Vênus lasciva”, que “encanta, seduz e domina” – para o banco dos réus, trazendo a lume questões afetas à sua intimidade (e.g. sua bissexualidade, sexualidade aflorada e possível uso de entorpecentes), que, a bem da verdade, não deveriam interessar ao processo.

Ao fim, a estratégia rendeu frutos, e, muito embora o réu não tenha sido plenamente absolvido, a condenação sofrida no primeiro julgamento limitou-se a dois anos, além da transformação da figura em algo próximo de uma vítima e de herói nacional.

²⁸ Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume 1*, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 356.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

Desafortunadamente, o caso “Doca Street” não representa um episódio isolado, um “ponto fora da curva” na jurisprudência brasileira. A tese da legítima defesa da honra sobreviveu ao filtro posto pela Constituição Federal de 1988, como um sobejo persistente de uma cultura machista que põe os sentimentos, desejos e interesses do homem acima dos direitos fundamentais da mulher (e.g. a vida, a integridade física e a liberdade sexual)²⁹.

Do ponto de vista conteudístico, nos parece que a legítima defesa da honra afronta, flagrantemente, preceitos constitucionais sensíveis. A questão é saber se, a despeito disso, pode a defesa argui-la e o Júri acatá-la para fins de absolver o réu, conforme passamos a tratar.

3. AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL À LIMITAÇÃO MATERIAL DAS TESES ARGUÍVEIS EM PLENÁRIO PERANTE, O TRIBUNAL DO JÚRI. RESTRIÇÃO DE TESES PELO CPP E PELA JURISPRUDÊNCIA DO STF. PL 5096/2020. DEFESA DA DIGNIDADE DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA.

De início, é importante notar que a limitação material daquilo que pode ser arguido em Plenário – até como decorrência da primazia que os debates possuem na segunda fase deste procedimento – não é de forma alguma desconhecida pela jurisprudência do STF – constantemente preocupada com a contaminação cognitiva dos jurados, que melhor abordaremos posteriormente– ou da legislação processual penal brasileira.

A esse respeito, veja-se o exemplo do HC 85260-MS, no bojo do qual se reconheceu a nulidade da pronúncia na qual o juiz tenha ultrapassado “as raias

²⁹ Para melhor compreensão da resistência ao processo machista de construção da objetificação da vítima e, por consequência, da culpabilização (ou revitimização), sugere-se a leitura: Marcella Rosa. *Guia Prático do Feminismo: como dialogar com um machista*, Belo Horizonte: Letramento, 2019; Michelle Perrot. *As mulheres ou os silêncios da História*, Bauru: EDUSC, 2005; Bell hooks. *O feminismo é para todo mundo: Políticas arrebatadoras*, Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

do âmbito do juízo de admissibilidade da acusação”³⁰, utilizando-se de linguagem eloquente e, portanto, passível de influenciar os jurados pela ausência de “sobriedade e comedimento”. No caso mencionado, a decisão de pronúncia utilizou-se de expressões como “um dos chefes do tráfico” e “perigoso homicida” para se referir ao réu.

Por sua vez, o CPP 478 é categórico ao proibir, sob pena de nulidade, que quaisquer das partes façam referências (i) à decisão de pronúncia, (ii) às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; ou (iii) ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Ou seja, é a própria lei a limitar materialmente o campo daquilo que pode ser arguido perante o Júri, com o escopo de preservar a discussão a um nível minimamente ético e dentro dos parâmetros civilizatórios da Constituição. Veja-se, nesse sentido, relevante decisão proferida no REsp 1828666-SC, no bojo do qual o STJ, interpretando o CPP 478, proibiu a menção à decisão que houvera decretado a prisão preventiva do réu como argumento de autoridade passível de influenciar os jurados.³¹

³⁰ EMENTA: Pronúncia: nulidade por excesso de "eloquência acusatória". 1. É inadmissível, conforme a jurisprudência consolidada do STF, a pronúncia cuja fundamentação extrapola a demonstração da concorrência dos seus pressupostos legais (CPrPen, art. 408) e assume, com afirmações apodíticas e minudência no cotejo analítico da prova, a versão acusatória ou rejeita peremptoriamente a da defesa (v.g., HC 68.606, 18/06/91, Celso, RTJ 136/1215; HC 69.133, 24/03/92, Celso, RTJ 140/917; HC 73.126, 27/02/96, Sanches, DJ 17/05/96; RHC 77.044, 26/05/98, Pertence, DJ 07/08/98). 2. O que reclama prova, no juízo da pronúncia, é a existência do crime; não, a autoria, para a qual basta a concorrência de indícios, que, portanto, o juiz deve cingir-se a indicar. 3. No caso, as expressões utilizadas pelo órgão prolator do acórdão confirmatório da sentença de pronúncia, no que concerne à autoria dos delitos, não se revelam compatíveis com a dupla exigência de sobriedade e de comedimento a que os magistrados e Tribunais, sob pena de ilegítima influência sobre o ânimo dos jurados, devem submeter-se quando praticam o ato culminante do *judicium accusationis* (RT 522/361). STF, 1ª T., HC 85260-MS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.2.2005, DJU 4.3.2005. Expressão retirada da p. 7/9 do acórdão.

³¹ RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. UTILIZAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS PRETÉRITAS. ARGUMENTO DE AUTORIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior de Justiça, ao interpretar a determinação do art. 478, inciso I, do Código de Processo Penal, compreende que a legislação processual veda a utilização de decisões judiciais, como argumento de autoridade, na tentativa de constranger os jurados a aderirem a entendimentos expressados

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

É bem verdade que os exemplos brasileiros acima citados referem-se a proibições discursivas impostas sempre para o benefício do acusado. Isto é, proíbe-se a veiculação de determinados conteúdos porque capazes de violar prerrogativas inerentes ao réu e não porque teoricamente devassariam a esfera da direitos da vítima (como é o caso da legítima defesa da honra).

Não obstante referido, o direito comparado nos dá amostra de democracias constitucionais que, para resguardar a dignidade da vítima e a degeneração do objeto do julgamento, impõem à defesa limitações discursivas materiais.

Os Estados Unidos acolhem a intitulada “*rape shield law*”, a legislação que, especificamente para processos que tenham por objeto crime de estupro, restringe a possibilidade de o advogado de defesa introduzir o histórico sexual da vítima, justamente para evitar que seja humilhada e desqualificada por informações que *não são relevantes* para comprovar a inocência ou a culpa do acusado, mormente porque não dizem respeito à autoria ou materialidade do delito. A seu turno, o Canadá, a Austrália e a Nova Zelândia igualmente adotam legislação dessa estirpe, proibindo de maneira geral a alusão ao histórico sexual da vítima.

O Brasil dá sinais de que pretende se alinhar a essa tendência, posto que, recentemente, a Câmara dos Deputados aprovou PL que tem por escopo coibir tratamento vexatório de vítimas e testemunhas durante audiências e julgamentos. O PL 5096/2020 (“Lei Mariana Ferrer”) altera o CPP para impor a todos os *partícipes do processo* (promotor, advogado, juiz e demais

sobre os fatos pela justiça togada. 2. A Acusação indagou, diante do Conselho de Sentença: "você acham que um juiz concursado, entendedor de leis, iria deixar o acusado preso, há mais de um ano, se esse homicídio fosse privilegiado?". Além disso, ao ser questionada pela Defesa acerca da indagação, replicou: "estou usando como argumento de autoridade sim, porque eu posso fazer isso". 3. A conduta da acusação violou a proibição de utilização do argumento de autoridade no plenário do Tribunal do Júri, seja porque falsamente induziu os jurados a acreditar que eventual conclusão do juiz togado sobre os fatos deveria ser por eles acatada, seja porque maliciosamente instigou os jurados a pensar que a decisão de prisão preventiva teria analisado aprofundadamente as circunstâncias fáticas do crime, quando se sabe que este provimento jurisdicional possui cognição sobre fatos bastante limitada. 4. Recurso especial desprovido. STJ, 6ª T., REsp 1828666-SC, j. 12.5.2020, DJe 28.5.2020.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

participantes) o dever de zelar pela integridade física e psicológica da vítima³², proibindo, inclusive no âmbito do Júri³³, manifestação sobre fatos que não integrem os autos ou a utilização de linguagem, informações ou material que violem a dignidade do ofendido ou das testemunhas.

A limitação material de defesas arguíveis no curso do processo não só é constitucionalmente possível, como mandatória, sempre que os argumentos sob escrutínio, *não fossem necessários para a demonstração de inexistência do delito, devassarem a esfera de direitos da vítima*, a exemplo do que ocorre quando se permite a adução, em juízo, do argumento da legítima defesa da honra.

A tese questionada (i) não pretende a demonstração de inexistência de autoria ou materialidade, pois parte do pressuposto de que o acusado *cometeu* o crime; (ii) não configura excludente de ilicitude propriamente dita (conforme o próprio STF, por unanimidade, reconheceu), pois não é minimamente adequada a quaisquer dos requisitos consagrados legalmente; e (iii) se edifica sob a lógica de coisificação e inferiorização da vítima ofendida.

Não desconhecemos a existência da plenitude de defesa. Contudo, tampouco podemos ignorar que é necessário interpretá-la como parte de um plexo de direitos integrados, que, conforme devemos supor, compõem um todo

³² **CPP 400 – A.** Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: **I** – a manifestação sobre fatos que não constem dos autos; **II** – a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

³³ **CPP 474 – A.** Durante a instrução em plenário, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: **I** – a manifestação sobre fatos que não constem dos autos; **II** – a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

harmônico e que, por isso, devem ser interpretados da maneira que melhor lhes garanta a unidade e a harmonia.

Para melhor compreender o quanto dito, é necessário resgatar aquilo que Ronald Dworkin designou de *integridade*, valor que o Direito, quando apresenta sua melhor versão, deve referendar.

A integridade é, pois, um valor que demanda que as normas públicas de uma comunidade sejam, o quanto possível, criadas e vistas como expressões de um sistema *único e coerente* de princípios de justiça e equidade na correta proporção.³⁴

Parte-se, então, do pressuposto de que a todo sistema subjaz uma base principiológica integrada e harmônica, à qual os agentes públicos desejam (e devem) concretizar por meio de normas institucionais (leis, decretos, decisões judiciais, etc). No que se refere especificamente ao âmbito jurisdicional, a integridade impõe a necessidade de “*identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade*”.³⁵ (Destacamos)

Metaforicamente, o juiz é um de tantos autores do romance em cadeia, que, para criar o seu capítulo próprio, deverá interpretar os capítulos antecedentes³⁶, especialmente as leis e a Constituição. A cada autor se impõe o dever de manter a *inteireza* da obra para criar um único romance, que seja da melhor qualidade possível.

³⁴ Ronald Dworkin. *O império do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 276. Ver: Francisco José Borges Motta. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*, 2ª ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 264.

³⁵ Ronald Dworkin. *O império do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 276. Ver: Francisco José Borges Motta. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*, 2ª ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 272.

³⁶ Ronald Dworkin. *O império do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 276. Ver: Francisco José Borges Motta. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*, 2ª ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 101.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

Por isso, diante de uma pluralidade de interpretações possíveis, não se admite que o juiz opte por aquela que não respeite, da melhor maneira, a inteireza do direito.

A dogmática não é estranha à noção de integridade. Autores variados resvalam a temática ao abordarem a *interpretação sistemática* ou, especificamente no âmbito constitucional, ao tratarem dos postulados³⁷ ou princípios que servem à interpretação da Constituição.

A esse respeito, J.J. Gomes Canotilho faz referência aos princípios da unidade, do efeito integrador e da concordância prática. O primeiro, determina que a Carta Constitucional seja considerada na sua globalidade, afinando-se os espaços de tensão existentes entre normas a serem concretizadas³⁸; o segundo, exige que no momento da “resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política”³⁹; por fim, o último determina a coordenação e a combinação de bens jurídicos conflitantes para evitar que um seja inteiramente sacrificado para o benefício de outro⁴⁰.

Por força da integridade do direito e dos princípios dogmáticos interpretativos supramencionados, no caso sob consulta, determina-se que, ao lado da plenitude de defesa, sejam considerados outros direitos fundamentais, dentre esses, a dignidade da pessoa humana e a isonomia, de modo que é forçoso lhes dar a interpretação que permita a convivência mais harmônica possível. Dessarte, não nos parece um equívoco afirmar que a plenitude de defesa não acolhe a adução de tese extrajurídica – e a legítima defesa da honra

³⁷ Sobre a suposta oposição entre postulados e princípios, ver: Celso Ribeiro Bastos. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, passim.

³⁸ J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1223.

³⁹ J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1224.

⁴⁰ J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1225.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

não é, tecnicamente, excludente de ilicitude acolhida pelo direito – que dispense à vítima tratamento anti-isonômico e indigno.

Quem desejar discordar desse raciocínio para dar à plenitude de defesa alcance absoluto e irrestrito, deverá aceitar que, em plenário, a defesa lance mão, *e.g.*, de teses ostensivamente racistas contra a vítima negra com o escopo de obter a absolvição de um réu branco.

Sinteticamente, o dispositivo que consagrou a plenitude da defesa permite duas possibilidades interpretativas: (i) a primeira, outorga-lhe alcance irrestrito e permite a adução de qualquer argumento, jurídico ou extrajurídico, inclusive os que, não dizendo respeito ao cometimento do crime ou a circunstâncias efetivamente capazes de excluí-lo, resultem flagrantemente na ofensa à dignidade e inferiorização da vítima e da coletividade à qual pertence e desrespeitem o mínimo ético a ser observado em qualquer debate racional; (ii) a segunda, impõe limites materiais aos argumentos a serem aduzidos para que ocorra adequação a outros direitos, de estatura igualmente fundamental.

A variante interpretativa “(i)”, ao possibilitar a arguição da legítima defesa da honra – e de qualquer outra sorte de argumento embasado sobre a coisificação e a inferiorização da vítima –, em última instância, pode culminar na caracterização de que o Brasil é um país misógino e racista e que não temos uma Constituição vocacionada a combater esse tipo de mazela mediante a imposição do dever de persecução do bem geral, sem preconceitos de qualquer ordem. Deverão, ainda, afirmar que a vida de alguns é violável por força da raça ou do gênero a que pertencem. Ou seja, será necessário concluir pela inexistência dos preceitos consagrados na CF 1º III, 3º IV e 5º, *caput* e I, o que, respeitados os entendimentos diversos, parece-nos um verdadeiro absurdo.

4. O JURADO ENQUANTO JUIZ. VEDAÇÃO À DECISÃO CONTRA LEGEM E CONTRA CONSTITUTIONEM. A RACIONALIDADE DO DISCURSO JURÍDICO E SUA COLONIZAÇÃO.

O quanto reportado nos itens anteriores já serviria para confirmar o acerto da decisão deste Supremo Tribunal Federal, que proibiu, por

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

unanimidade, alusão à legítima defesa da honra para fins de absolvição do acusado. Contudo, é necessário propor uma última reflexão: afinal, o Júri pode aderir a razões flagrantemente misóginas e, por isso mesmo antijurídicas, para, então, absolver o acusado?

Conforme se sabe, quando o processo tem por objeto a apuração de crime doloso contra a vida, o juízo ordinário, que no Brasil deve decidir as causas processuais penais, é substituído pelo Tribunal do Júri, composto por sete leigos escolhidos para a posição de *jurados*.

Pode-se, grosso modo, afirmar que os jurados, então, farão as vezes de juízes. É necessário, porém, descobrir até que ponto se estende a semelhança entre um e outro, especialmente para verificar se os limites que se impõem ao juiz quando do momento decisório também se colocam como amarras ao jurado.

O problema de como devem ser decididas as questões jurídicas pelos juízes têm há séculos mobilizado a teoria do direito. Cuida-se de impasse que persiste no atual paradigma do Estado Constitucional.

Já tivemos a oportunidade de discorrer sobre a circunstância de que, especialmente a partir do segundo pós-guerra, tem-se afirmado uma limitação no discurso jurídico que, ante a indeterminação dos textos normativos e a fluidez da realidade social, seria permitido aos juízes lançar mão de argumentos político-pragmáticos para a resolução de casos concretos.⁴¹

À luz dessa visão, a complexidade da realidade e a alta indeterminação dos textos normativos seriam impeditivos à apresentação, pelo Judiciário, de uma resposta correta aos casos submetidos a sua análise. É a partir de então que o problema da discricionariedade migra dos Poderes representativos para o Poder Judiciário, como elemento de ampliação das possibilidades decisórias dos juízes.

⁴¹ Georges Abboud. *Processo Constitucional Brasileiro*. 4ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, n. 1.13.5.5, p. 346 e ss.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

À essa equação, acresce-se um outro elemento complicador no que se refere aos limites da atuação do julgador: na CF 95, consta uma série de garantias acertadamente conferidas pelo constituinte aos juízes para que pudessem exercer seu múnus com independência.

Contudo, apesar de sabermos que juízes são inexoravelmente *independentes*, não podemos dizer que gozam de *liberdade absoluta*, posto que sua atuação é, afinal, inteiramente subordinada à Constituição e às leis.

Conforme já tivemos oportunidade de afirmar, numa democracia constitucional, a sujeição dos juízes e Tribunais às leis e à Constituição não induz a perda da independência judicial. Juízes são independentes, não para julgar conforme o seu senso de retidão, mas para poderem aplicar o direito sem pressões de outra ordem, tais como a política e a econômica.⁴²

Portanto, juízes são independentes para se transformarem em súditos do direito democraticamente produzido. Daí podermos afirmar, a partir dos ensinamentos de Bernd Rüthers, que a decisão judicial é sempre um diálogo, representando esse movimento da decisão política democrática aplicada aos fatos do caso concreto.⁴³

Na realidade, as garantias de independência judicial são mecanismos de manutenção da própria autonomia do direito, a qual exige que o direito subsista por si só, dotando-se de sentido e fundamentos próprios, enquanto parte integrante do universo prático global.⁴⁴

Por conseguinte, é um mito afirmar que a independência judicial autorizaria que juízes decidissem *contra legem* ou *contra constitutionem*; afinal,

⁴² Georges Abboud. *Direito Constitucional Pós-Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, n. 1.3.8, p. 174.

⁴³ Bernd Rüthers. *Derecho Degenerado*. Teoria jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich, Madri: Marcial Pons, 2016. p. 228.

⁴⁴ Georges Abboud. *Direito Constitucional Pós-Moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, n. 1.3.9, p. 192. Ver, ainda: Antonio Castanheira Neves. *O Direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do Direito*, 3. ed., Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 21, e Lenio Luiz Streck. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020. Verbetes 3: autonomia do direito, p. 32.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

se as próprias garantias buscam preservar a autonomia do direito (e não da vontade de quem julga), seria uma verdadeira aporia utilizá-las contra o direito que deveriam resguardar.

Isso significa – e aqui pedimos escusas para lançar mão de um *reductio ad absurdum* – que nenhum julgador tem, e.g., liberdade para deixar de apenar um condenado por calúnia (CP 138) simplesmente por concordar com a ofensa proferida ou por entender que a prática em si não deveria consubstanciar crime.

A vinculação imposta pelo direito é aquela que nos ata a princípios objetivamente postos e, a partir daí, compartilhados por uma comunidade. O julgador está necessariamente *constrangido* pelos limites legais e constitucionais e deve, a despeito de suas convicções pessoais, respeitá-los, seja para condenar, seja para absolver; essa vinculação ao direito influencia os atores do processo, que, cientes do dever do magistrado de aplicar a lei e a Constituição ao caso concreto, tenderão a excluir de seu repertório teses que se afigurem, do ponto de vista material, flagrantemente ilegais ou *inconstitucionais*.

De há muito⁴⁵ defendemos que uma das dimensões da inexistência de discricionariedade judicial é a de que questões *jurídicas* submetidas ao Judiciário devem receber soluções *jurídicas*, ou seja, soluções construídas a partir da conjugação constitucionalmente mais adequada dos elementos normativos do sistema (CF, leis, Súmulas, jurisprudência etc), de forma a manter a coerência e a integridade da jurisprudência (até como imposição legal, vide CPC 926), ou permitir uma melhor justificação da quebra da cadeia de sentido que vinha sendo construída até então.⁴⁶

Se estamos sob o manto de um *Estado de Direito*, as decisões que serão dadas pelo juízo devem ter assento em fundamento de natureza *jurídica*. Parece-nos que a compreensão desse raciocínio não oferece maiores

⁴⁵ V.g. Georges Abboud. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*, 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n. 3.4, p. 312 e ss.

⁴⁶ Ver Georges Abboud. *Processo Constitucional Brasileiro*, 4ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, n. 1.13.5.7, p. 361 e ss.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

dificuldades quando sob análise está o exercício das funções de um juiz comum. O problema se coloca nos casos a serem decididos pelo Júri.

Parcela da dogmática tradicional costuma afirmar que o jurado pode absolver o réu com fulcro em argumentos de qualquer ordem, inclusive flagrantemente inconstitucionais ou não jurídicos. O ovo da serpente repousa no CPP 483, que, ao dispor da ordem de formulação dos quesitos, determinou fossem os jurados inquiridos se o acusado deveria ser absolvido.

O dispositivo *sub examine* é fruto das reformas promovidas pela L 11689/2008, que, em resumo, simplificou sobremaneira as perguntas que o jurado, no exercício de seu múnus, deverá responder. Após indagações relativas à materialidade e a autoria delitiva (i.e. se houve o fato típico e se o acusado é responsável pelo cometimento), sobrevirão o questionamento definitivo acerca da absolvição do réu, cuja resposta deveria ponderar, por exemplo, eventuais excludentes (técnicas) aduzidas pela defesa. A norma não afirma a possibilidade de absolvição por clemência (ou por motivos outros que não encontram guarida na lei). Contudo, a amplitude do quesito a ser formulado (“O jurado absolve o acusado?”) permitiu margem relativamente segura para que opiniões dessa natureza surgissem.

A consequência da interpretação amplíssima do dispositivo retro conduz a uma situação absolutamente embaraçosa, pois transforma o Tribunal do Júri, organismo que inexoravelmente integra o Poder Judiciário, no espaço do “não direito”. Qualquer outro juízo deverá decidir conforme a Lei; o Júri, porém, estaria afastado dessa obrigação.

Dito de outro modo, a exegese que hodiernamente a dogmática realiza sobre o CPP 483 III transforma o Júri no âmbito da exceção. Por isso, partimos em defesa do posicionamento oposto, ainda que cientes de sua heterodoxia: para nós, a Democracia Constitucional não agasalha decisões que tenham por alicerce razões não jurídicas. Posto isso, é forçoso concluir que o *jurado não está autorizado a decidir extra ou contra constitutionem/legem*.

Não ignoramos que a lei regulamentadora do rito no Tribunal do Júri não exige justificativa para os votos apresentados, o que encobre a *ratio* subjacente à absolvição ou à condenação. O CPP, nesse ponto flagrantemente

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

falho, furta do cidadão o principal mecanismo de controle da decisão judicial, a saber, a fundamentação.

Contudo, não significa dizer que não tenhamos meios para identificar que circunstâncias influenciaram o decreto absolutório: para tanto, satisfaz revisitá-la nas linhas argumentativas aduzidas pela defesa. A limitação material, impositiva aos debates no âmbito do Júri, é o meio pelo qual podemos controlar as decisões (condenatórias ou absolutórias) porventura exaradas.

Ou seja, o único modo de garantir que o acusado não seja absolvido por legítima defesa da honra é aliá-la definitivamente das raias do debate jurídico.

Observe-se que não mais tratamos de fundamentos constitucionais *materiais* acerca da tese da legítima defesa da honra, já devidamente lançadas nos primeiros tópicos deste parecer. Cuidamos, aqui, de uma dimensão *discursiva* do devido processo, que impõe o reconhecimento de que teses, fundamentos ou argumentos *materialmente* inconstitucionais, não deveriam sequer ser invocados em respeito aos limites racionais da discussão.

Possibilitar que, por força da plenitude de defesa, as partes possam se socorrer de quaisquer sortes de argumentações é também autorizar o ingresso no discurso jurídico de teses irracionais e, em última análise, permitir que a decisão esteja fundada em elementos não-jurídicos.

Nesse contexto, ao debate poderiam ser trazidas *razões reais de convencimento* constitucionalmente inadequadas à fundamentação de qualquer decisão judicial. Sendo assim, ainda que o resultado do provimento esteja materialmente correto, a *ratio decidendi* permanece eivada de inconstitucionalidade.

A título de exemplo, imaginemos que determinado julgador decida pela exclusão da ilicitude do fato em virtude do reconhecimento de legítima defesa (CP 23 II). Essa é a *fundamentação* da decisão, a dimensão racional imposta pelo direito e cuja observância pode ser obtida através do constrangimento epistemológico (Streck). Contudo, o cenário se altera drasticamente caso descobramos que o julgador é altamente intolerante em relação à determinada religião, justamente a professada pela vítima do fato tido por atípico por

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

exclusão da ilicitude e a respeito do qual se falou abertamente em Plenário, como se se estivesse ciente da intolerância do juízo e se quisesse manipulá-lo.

Novamente destacamos conhecer que o jurado não é obrigado a justificar o voto. Talvez, inclusive, tenham havido boas razões fundadas em provas para crer que o agente atuou em legítima defesa e que essa seja *in casu* a decisão constitucionalmente adequada. Contudo, as reais *razões de seu convencimento* podem ter sido pura e simplesmente a intolerância religiosa, o que Estado de Direito jamais admitiria. Por isso, *razões dessa ordem* devem ser, na maior medida possível, retiradas do debate jurídico.

Nesse ponto, faremos uso da doutrina de Aury Lopes Júnior que, em vigorosa crítica ao Tribunal do Júri (sem deixar de reconhecer a importância democrática que este já teve nos tempos de outrora), menciona que não só os jurados carecem de “conhecimento legal e dogmático mínimo”, como também, em geral, não participam da coleta das provas, ocorrida na primeira fase do procedimento perante o juiz presidente.⁴⁷

A consequência disso no ponto que interessa ao presente parecer é que os debates havidos em Plenário adquirem uma importância muito maior, sendo, talvez, o único contato que os jurados terão com o processo. Assim, a observância mínima de uma *ética do debate* é essencial para que o Júri possa manter-se leal ao seu compromisso democrático.

A *ratio* por detrás da possibilidade de limitação material das teses arguidas em Plenário é, portanto, a de limitar a interferência de elementos irracionais e/ou incontroláveis na decisão judicial.

Dito de outra forma, só devem ser permitidos argumentos que possam passar pelo crivo do debate público racional, algo próximo a uma *ética do discurso* de Jürgen Habermas, para quem “somente são válidas as normas de ação com as quais todos os possíveis afetados pudessem concordar enquanto participantes de discursos racionais.”⁴⁸

⁴⁷ Aury Lopes Júnior. *Direito processual penal*, 17.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2020, p. 926.

⁴⁸ Jürgen Habermas. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. William Rehg., Cambridge: The MIT Press, 1996, n. 3.2.1, p. 107. No

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

Entendemos que o Tribunal do Júri não está autorizado a proferir decisões que sejam inconstitucionais, por estarem fundadas em razões, como o caso da legítima defesa da honra, que certamente não seriam aceitos por todos os interessados que participassem de um debate racional.

Por conseguinte, não devem ser aceitos no debate jurídico (*ou seja, troca racional e dialógica de argumentos buscando um entendimento acerca da decisão constitucionalmente mais adequada ao caso*) aqueles argumentos que, flagrantemente inconstitucionais, jamais serviriam à fundamentação jurídica de uma decisão.

O debatedor mal-intencionado viola uma *ética do discurso* ao utilizar argumentos que, ainda que impassíveis de fundamentar a decisão porquanto não aceitáveis por todos os possíveis concernidos, podem influir subjetivamente na formação da convicção do julgador. É o que acontece quando qualquer das partes se utiliza de elementos ilegais e desleais, como aqueles fundados em ideais discriminatórios.

A esse respeito, é o próprio Jürgen Habermas quem nos esclarece que a “aceitação” obtida sob as condições do discurso racional significa uma concordância motivada por razões epistêmicas, e não como algo racionalmente motivado a partir da perspectiva egocêntrica de cada participante.⁴⁹

original: “*Just those action norms are valid to which all possibly affected persons could agree as participants in rational discourses.*” Tradução livre.

⁴⁹ Jürgen Habermas. *The inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, Cambridge: The MIT Press, 1998, p. 42. Nesta obra, Habermas complementa o princípio do discurso apresentado acima (retirado da obra *Between Facts and Norms*) com outro: “*A norm is valid when the foreseeable consequences and side effects of its general observance for the interests and value-orientations of each individual could be jointly accepted by all concerned without coercion.*” (p. 42).

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

5. NECESSIDADE DE PRESERVAR A COGNIÇÃO DO JURADO. IMPOSSIBILIDADE DE EXPOSIÇÃO DO JURADO A TESES FLAGRANTEMENTE DISCRIMINATÓRIAS.

Do quanto exposto no item antecedente, extrai-se que juízes e Tribunais estão inarredavelmente vinculados à Lei. A vinculação dos julgadores à legalidade democrática é um dos pilares do *rule of law*.

Conforme ensina Michael Stolleis, Iluminismo, Contratualismo e Revolução Francesa pavimentaram o caminho da evolução do absolutismo para o *Rule of Law*, em que se passa a vislumbrar uma independência entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Somente com o *Rule of Law* é que se torna viável a construção de um critério de legitimação que não reivindicava a vontade do soberano.⁵⁰

A fundação desse Estado abstrato assentado num contratualismo, agora estabelecido entre soberania do monarca e soberania do povo, transforma o Estado enquanto ente burocrático (burocracia aqui na acepção de Weber) em novo detentor da justiça. Esse é o primeiro passo para juízes poderem agir livremente em relação ao monarca. Essa liberdade ocorreu porque os juízes não poderiam mais ser trocados ou deseficiados pelo Monarca através de editos ou outros mecanismos.⁵¹

Em contrapartida, a legitimação do agir desses juízes deveria ser dada na legalidade, ou seja, juízes se tornaram independentes para agirem dentro dos limites do direito, uma vez que eles deixaram de julgar em nome do monarca e passaram a julgar em nome do Estado. Essa transição é coroada no âmbito

⁵⁰ Michael Stolleis. *Judicial Interpretation in Transition from the Ancien Régime to Constitutionalism*, In: Morigiwa Yasutomo, Michael Stolleis e Jean-Louis Halpérin (orgs.). *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: From the Rule of King to the Rule of Law*. Londres: Springer, 2011, Kindle Edition, l. 144-320.

⁵¹ Michael Stolleis. *Judicial Interpretation in Transition from the Ancien Régime to Constitutionalism*, In: Morigiwa Yasutomo, Michael Stolleis e Jean-Louis Halpérin (orgs.). *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: From the Rule of King to the Rule of Law*. Londres: Springer, 2011, Kindle Edition, l. 239 et seq.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

constitucional na promulgação da Constituição de Weimar, fazendo expresse registro da Independência do Judiciário em face dos demais poderes.⁵²

No modelo de *Rule of Law*, o juiz independente passaria a interpretar o direito, transformando-se um quase soberano. O Legislativo também se transforma em quase soberano porque também estaria vinculado às decisões do Tribunal Constitucional e ao direito. O Executivo, antigo soberano, também vira um quase soberano, uma vez que ele não pode mais suspender decisões judiciais, exonerar juízes e o mais importante, o Judiciário passa a poder syndicar os atos do próprio Executivo.

Por consequência, impõe-se o esforço para que o magistrado, o quanto possível, não se veja de qualquer modo pressionado ou influenciado por circunstâncias ou fatores que o corrompam quando da aplicação do direito, isto é, que o direcionem para outros fins que não a concreção da Lei. As causas de impedimento constituem exemplo desse esforço: o Código proíbe que o juiz exerça função jurisdicional nos casos em que figure como parte um parente próximo, justamente para garantir que, a pretexto de favorecê-lo (ainda que inconscientemente), não alije o rigor da lei. A mesma *ratio* subjaz o dogma acusatório, que impede que a mesma pessoa exerça as funções de acusador e juiz num determinado processo.

Ao fim e ao cabo, o que pretendem muitas das causas de impedimento e a regra acusatória supra é evitar a *contaminação cognitiva* do magistrado. Hoje, em nome na preservação da cognição do juiz que existe, igualmente tem-se a proibição do contato com a prova ilícita.

Com efeito, o CPP, após a reforma promovida pela L 13964/2019 (“Pacote Anticrime”), passou a proibir que o magistrado que teve contato com prova ilícita pudesse julgar a causa (CPP 157 § 5º). O mero desentranhamento (CPP 157 *caput*), muito embora necessário, não satisfaz a garantia do devido processo,

⁵² Michael Stolleis. *Judicial Interpretation in Transition from the Ancien Régime to Constitutionalism*, In: Morigiwa Yasutomo, Michael Stolleis e Jean-Louis Halpérin (orgs.). *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: From the Rule of King to the Rule of Law*. Londres: Springer, 2011, Kindle Edition, l. 314 *et seq.*

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

justamente porque a destruição da prova não gera, a reboque, a apagamento de seu conteúdo da mente de quem a conheceu.

Conforme se vê, o legislador brasileiro, após décadas de apelos doutrinários e experiências em Tribunais Internacionais e no direito comparado, enfim reconheceu que o contato com a prova ilícita gera consequências cognitivas indesejadas suficientes para determinar seja o julgador afastado do caso.

Antes de ser um agente público, o juiz é, inevitavelmente, um indivíduo, sujeito às mesmas perturbações psicológicas que qualquer outro sujeito. Por isso é importante estudá-las, para compreender de que forma é possível limitar os efeitos nocivos que venham a ocasionar no processo.

Uma das teorias que melhor dá suporte à análise dos aspectos cognitivos envolvidos na atividade jurisdicional é a intitulada “Teoria da Dissonância Cognitiva”, difundida a partir dos escritos de Leon Festinger e adaptada, para o direito, por Ruiz Ritter, em obra referência sobre o tema.

Referidos estudos partem da premissa de que o indivíduo é propenso à busca por um estado de coerência entre suas opiniões, crenças e atitudes – isto é, seus conhecimentos. Dessa forma, existiria um processo involuntário e, por conseguinte, inevitável, para alinhar os conhecimentos em questão.⁵³

O desconcerto entre os conhecimentos gera um estado de desconforto intitulado dissonância ou incongruência cognitiva, que sempre buscamos eliminar ou, quando menos, reduzir. A teoria da dissonância cognitiva investiga, justamente, de que modo a eliminação ou redução se opera. Ritter sumariza, com precisão, o núcleo do estudo:

“Direto ao ponto, o âmago da teoria em estudo é formado por duas hipóteses: (a) existindo dissonância cognitiva haverá também uma pressão involuntária e automática para reduzi-la; e, (b) quando há essa

⁵³ Ruiz Ritter. *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*, 2.^a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 100.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

dissonância, além da busca pela sua redução, há também um processo de evitação ativa de contato com situações que possam aumentá-la.”⁵⁴

Os meios para eliminar ou reduzir a dissonância são três: (i) a mudança de elementos cognitivos dissonantes – *e.g.* alterar o comportamento/opinião para adequá-lo aos novos conhecimentos recebidos; (ii) a desvalorização de elementos cognitivos dissonantes – *e.g.* desacreditar as informações que recomendam a alteração do comportamento ou opinião anterior; e (iii) e a adição de novos elementos cognitivos consonantes com a cognição pré-existente – por exemplo, o indivíduo, diante dos novos conhecimentos que confrontam uma opinião anterior, voluntariamente busca informações para confirmá-la.⁵⁵

Para além disso, em havendo desconforto intenso por força da dissonância cognitiva, o indivíduo tenderá a evitar qualquer contato com outros elementos possivelmente incongruentes ao conhecimento (opinião, comportamento, etc.) pré-existente.⁵⁶

No caso sob consulta, a tese da “legítima defesa da honra” tem aptidão para impactar sensivelmente a cognição do julgador (*in casu*, os jurados), seja por se tornar sua “primeira impressão” acerca do caso, seja por constituir elemento que suporte eventuais outras primeiras impressões e, com isso, dificulte a associação racional de provas e evidências em sentido contrário.

A bem da verdade, a probabilidade é que assim seja, pois, uma vez tomada uma decisão ou formada uma opinião, existe, por parte do indivíduo, propensão a defendê-la. Constrói-se um comprometimento cognitivo cujo tratamento é crucial para se assegurar o funcionamento do sistema acusatório. É o que passamos a expor com maior detalhe.

⁵⁴ Ruiz Ritter. *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*, 2.^a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 105.

⁵⁵ Ruiz Ritter. *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*, 2.^a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 105-107.

⁵⁶ Ruiz Ritter. *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*, 2.^a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 111.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

Quando o juiz realiza uma opção entre dois argumentos, todos os aspectos favoráveis da tese vencida e os desfavoráveis da vencedora se tornam incongruentes (dissonantes) frente à escolha realizada. É o que se intitula “dissonância posterior à decisão”. Surge, então, um ímpeto para diminuí-la ou eliminá-la e uma pressão para evitar contato com qualquer elemento cognitivo tendente a aumentá-la. Pode-se, então, dizer que existe um *compromisso psicológico* para com a primeira decisão exarada.⁵⁷

Naturalmente, permanece a possibilidade virtual de alterar o elemento cognitivo dissonante dos demais, isto é, mudar ou modificar a decisão para ajustá-la às novas teses e informações conflitantes. Contudo, esse é um meio de redução de dissonância muito mais improvável que os demais. Em primeiro lugar, porque nem sempre é possível revogar a decisão. Em segundo, porque a simples alteração da decisão tomada nem sempre soluciona o desconforto inicialmente gerado.⁵⁸ Em virtude disso,

“(O) que acaba por surtir mais efeito é a modificação ou revogação psicológica da decisão, na qual se admitindo internamente que a escolha foi errada ou de que na realidade não é exclusivamente sua responsabilidade pela mesma (comum responsabilização alheia), o resultado alcançado pode ser perfeitamente satisfatório. Veja-se, que tal processo (leia-se único que atua no sentido contrário da decisão tomada) encontra dificuldades em si mesmo, servindo, desde logo, de explicação para a tendência confirmatória das decisões, que se vê desenvolvida nos demais.”⁵⁹

⁵⁷ Ruiz Ritter. *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*, 2.^a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 114-115.

⁵⁸ Ruiz Ritter. *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*, 2.^a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p.115.

⁵⁹ Ruiz Ritter. *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*, 2.^a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 115-116.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

Existe uma primazia da cognição favorável à decisão anteriormente adotada, de modo que o juiz amplia a importância dos elementos que a confirmam e, inclusive, utiliza novas cognições se assim preferir.⁶⁰

Não fosse isso suficiente, basta observar que sequer é preciso uma decisão robusta sobre a causa: a mera primeira impressão já contamina a cognição do juízo, tendente a se vincular àquilo que tenha sido sua primeira opinião sobre um dado caso.

A primeira impressão que se tem sobre alguém ou algo gera consequências cognitivo-comportamentais. Por consequência, as primeiras informações recebidas por um agente adquirem mais relevância que as demais.⁶¹ As primeiras informações direcionam aquelas que posteriormente serão apreendidas e rapidamente ganham uma certa estabilidade. Os termos que forem acessados posteriormente acabam por ajustar-se à direção fixada pelas primeiras informações.⁶²

Dito de outro modo, as informações recebidas posteriormente sobre um processo são analisadas no contexto daquelas primeiramente acessadas. Existem razões de duas ordens para que isso aconteça: (i) o indivíduo cede à necessidade de manter uma coerência com as informações que já adquiriu; (ii) a atenção do agente diminui da primeira para as últimas informações.⁶³

Ou seja,

“após a obtenção de uma cognição inicial (primeira impressão) sobre alguém (positiva ou negativa), a tendência do indivíduo é de preservá-la, evitando-se o rompimento do seu estado de consonância

⁶⁰ Ruiz Ritter. *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*, 2.^a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 116.

⁶¹ Ruiz Ritter. *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*, 2.^a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 125-126.

⁶² Ruiz Ritter. *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*, 2.^a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 126.

⁶³ Ruiz Ritter. *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*, 2.^a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 129.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

cognitiva, que somente estará em perigo se esta for contrariada. Não sendo possível, porém, dita manutenção, sobrevindo cognições que questionam aquela primeira (novas informações aptas a modificarem a primeira impressão), entrarão em cena processos involuntários destinados ao restabelecimento do status quo. São eles a mudança de elementos cognitivos envolvidos em relações dissonantes; a desvalorização de elementos cognitivos envolvidos em relações dissonantes; a adição de novos elementos cognitivos que sejam consonantes com a cognição existentes; e, a evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes, além das três técnicas específicas da percepção errônea, da invalidação e do esquecimento seletivo.”⁶⁴

A propensão de se ratificar uma primeira decisão ou impressão é apresentada pelo magistrado Eduardo José da Fonseca Costa, sob uma ótica diversa, enquanto viés de confirmação. O viés de confirmação (*confirmation bias*) é justamente a tendência de buscar, interpretar, focar ou recordar informações de forma a confirmar uma dada pré-concepção⁶⁵; uma ilusão cognitiva, ou forma disfuncional de processar informações, que privilegia a confirmação da primeira opinião formada⁶⁶, afetando, e.g., os juízes na ocasião da avaliação probatória, mormente quanto aos elementos probantes produzidos *ex officio*.

Os fatores previamente apresentados, decerto, aplicam-se, igualmente, aos jurados que compõem o Tribunal do Júri, instituição constitucionalmente mantida entre nós (CF 5º XXXVIII) muito mais por força da tradição do que por

⁶⁴ Ruiz Ritter. *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*, 2.ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 130-131.

⁶⁵ Eduardo José da Fonseca Costa. *Levando a imparcialidade a sério: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*, Salvador: JusPodivm, 2018, p. 61.

⁶⁶ Eduardo José da Fonseca Costa. *Levando a imparcialidade a sério: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*, Salvador: JusPodivm, 2018, p. 61.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

quaisquer benefícios democráticos que porventura advenham desse procedimento específico.

A cognição do jurado que seja exposto à arguição da legítima defesa da honra estará inexoravelmente contaminada, mormente se esse indivíduo desde antes possuir propensões machistas ou misóginas, as quais, dentro de uma sociedade que implica em misoginia estrutural, são exorbitantemente frequentes. Ditas propensões, quando validadas por um ator do processo (um defensor público ou advogado) ganham maior impacto. Para além disso, o jurado, então, verá no defensor, autorizada pelo Estado a utilizar a tese da legítima defesa da honra, o repositório e o reflexo de seus próprio preconceitos.

6. FÓRMULA DE SCHUMANN (*SCHUMANNSCHE FORMEL*).

A tese da “legítima defesa da honra” encontra, ainda, vedação na chamada Formula de Schumann (*Schumannsche Formel*), nos termos da qual nenhum Tribunal poder tomar por base, para sua decisão, uma regra que nem sequer o legislador poderia determinar.⁶⁷

A compreensão do tema exige que retrocedamos um passo. Conforme lição de Michael Stolleis, a Revolução Francesa foi o evento primário a dar início ao movimento constitucional do século XIX que estruturou o caminho necessário para que o Poder Judiciário se transformasse em um terceiro Poder independente. Essa independência foi reforçada por outra mudança significativa no direito: a concessão aos juízes da possibilidade de realizar o controle dos atos da Administração Pública e invalidá-los sempre que forem contrários ao direito.⁶⁸

⁶⁷ Robert Alexy. *Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. RT 809/57. São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁶⁸ Michael Stolleis. *Judicial Interpretation in Transition from the Ancien Régime to Constitutionalism*, In: Morigiwa Yasutomo, Michael Stolleis e Jean-Louis Halpérin (orgs.). *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: From the Rule of King to the Rule of Law*. Londres: Springer, 2011, Kindle Edition, 1, p. 276-280.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

Concomitantemente, no âmbito do constitucionalismo norte-americano, desenvolve-se o sistema da *judicial review*. O Poder Judiciário que, *a priori*, centrava esforços no exame da compatibilidade formal entre a lei objetada e o texto constitucional, *a posteriori*, por força as reflexões e revoluções impulsionadas pelo Pós-Guerra, passa a atuar na fiscalização do conteúdo dos atos normativos impugnados. Surge, então, a grande novidade para o direito, qual seja, a criação da jurisdição constitucional como espaço específico para realização do controle material e formal da lei.

O que antes era competência de o Soberano examinar via *référé legislative* passou a ser exercido pelo próprio Tribunal Constitucional (art. 100, *Grundgesetz*). Nesse paradigma, embora o Soberano ainda pudesse contribuir para a aprovação de uma lei no Parlamento, o Tribunal Constitucional, por meio da jurisdição constitucional, tornou-se o árbitro final sobre a interpretação da lei, ou seja, do direito.⁶⁹

Após as duas Grandes Guerras, portanto, consolida-se um novo paradigma para a jurisdição constitucional, no qual a lei – fruto de maiorias ocasionais – não pode ser o centro normativo do direito; fez-se necessário uma majorança mais perene, encontrada nas Constituições, que passaram a ser o paradigma de controle não só *formal*, como também *material* do conteúdo das leis.

Dessa forma, foram impostos limites à atuação legislativa: os preceitos da Constituição. O que, porém, importa-nos reforçar é o seguinte: se o Poder Legislativo, dotado da legitimidade conferida pelo voto popular, é materialmente limitado na tomada de decisão, por qual razão o julgador – *qualquer julgador* – não deveria sê-lo?

Posto de outra forma, por que poderiam os juízes decidir com base em fundamentos que, se positivados pelo Legislador, fatalmente seriam considerados inconstitucionais, como vimos linhas acima?

⁶⁹ Michael Stolleis. *Judicial Interpretation in Transition from the Ancien Régime to Constitutionalism*, In: Morigiwa Yasutomo, Michael Stolleis e Jean-Louis Halpérin (orgs.). *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: From the Rule of King to the Rule of Law*. Londres: Springer, 2011, Kindle Edition, 1, p. 314 e ss.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

Utilizemo-nos de um exemplo para melhor elucidar nosso raciocínio. Conforme se sabe, a lei não pode instituir penas de morte aplicáveis em tempos de paz porque a CF assim determina (CF 5º XLVII “a”). Seria, então, legítimo pensar que um juiz, leigo ou não, pudesse absolver determinado agente da prática de homicídio cometida contra outro indivíduo condenado por crime, sob o fundamento de que se fez tão somente a coisa certa ao impor uma *pena de morte* a um criminoso reconhecido?

Ora, se nem a lei pode estabelecer a pena de morte, com qual razão uma decisão judicial poderia?

De igual maneira, a lei não poderia consagrar a circunstância de a vítima ser negra enquanto excludente da ilicitude, da antijuridicidade ou da punibilidade dos crimes cometidos por um branco, porque fatalmente estaria confrontando o mandamento constitucional que veda a discriminação. Com mais razão, o Judiciário está proibido de absolver quando movido por argumentos flagrantemente racistas.

Nesse contexto, se o Legislativo decidisse editar dispositivo que consagrasse a legítima defesa da honra, tratar-se-ia de artigo a ser fatalmente fulminado pelo STF diante das patentes inconstitucionalidades que o circundam.

Nem Legislativo e nem Judiciário podem tomar decisão que preste deferência à tese da legítima defesa da honra. Se o juiz está materialmente proibido de, com base nesse argumento, decidir pela absolvição, não existe razão de ser para permitir que seja aduzido por qualquer das partes durante o julgamento.

A legislação e a jurisprudência vêm caminhando no sentido de eliminar legislações e/ou interpretações arcaicas, de fundamento notadamente machista e patriarcal. Nesse sentido, foram revogados, por meio da L 11.106/2005, os crimes de sedução (cujo tipo referenciava a “mulher virgem”)⁷⁰, rapto violento ou mediante fraude (apenas possível de cometimento contra a

⁷⁰ **CP 217** – Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança (...)

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

“mulher honesta”)⁷¹, e o de rapto consensual⁷², cuja pena era diminuída em um terço se o delito tivesse como fim o casamento.⁷³

Caso tais tipos penais tivessem subsistido, certamente seriam declarados inconstitucionais em algum momento. Do mesmo modo, interpretações anacrônicas e em desacordo com a CF podem, igualmente, ser objeto de ADPF.

Tem-se aqui, portanto, uma razão extra pela qual a tese da legítima defesa da honra, que sequer seria constitucional se positivada pelo legislador, não pode figurar como argumento de quaisquer das partes em um processo.

Por todo o exposto ao longo deste parecer, conclui-se pelo acerto do STF ao referendar a liminar proferida no bojo desta ADPF 779. Tecnicamente, o Supremo Tribunal Federal apenas reconheceu a necessidade de uma arguição de nulidade parcial sem redução de texto para, acertadamente, excluir a tese da “legítima defesa da honra” do escopo da excludente de ilicitude consagrada no CP 23 II.

Obviamente, a legítima defesa da honra não é o único argumento que pode gerar distorções e inconstitucionalidade na deliberação do júri. Por essa razão, a presente ADPF constitui marco civilizatório para delinear que a plenitude da defesa não possa degenerar para utilização de razões racistas, anti-semitas, misóginas ou discursos de ódio de toda ordem.

Contudo, é dever da jurisdição constitucional efetuar filtragem hermenêutica em relação aos argumentos capazes de degenerar o direito de defesa em instrumento da coisificação do outro. Assim, por meio da presente ADPF, deve o STF iniciar a limitação de modo a coibir argumentos racista, misóginos etc nos debates do júri mediante a declaração da

⁷¹ **CP 219** – Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso (...)

⁷² **CP 220** – Se a raptada é maior de catorze e menor de vinte e um, e o rapto se dá com o seu consentimento (...)

⁷³ **CP 221** – É diminuída de um terço a pena, se o rapto é para o fim de casamento, e de metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitui à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

inconstitucionalidade da legítima defesa da honra. Outrossim, a admissão desse tipo de argumento contamina decisões absolutórias do júri que não podem ser originadas e constituídas em argumentos inconstitucionais.

Conforme bem lançado no voto do Min. Gilmar Mendes, a tese da legítima defesa da honra tem servido “para justificar (...) atos aberrantes de homens que se sentem traídos e se julgam legitimados a defender a sua honra ao agredir, matar e abusar de outras pessoas.”⁷⁴ Na realidade, a legítima defesa da honra sequer encontra guarida em nosso direito positivo, não só por conta de sua patente violação a direitos fundamentais materiais (tais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, CF 5º *caput*), como também por insubsistência decorrente de sua própria falta de méritos.

É o que já esclarecemos, quando dissemos que é o próprio CP 25 quem qualifica a legítima defesa como aquela no qual se utiliza “moderadamente” e “dos meios necessários”. Não nos parece existir, desde um ponto de vista constitucional, quaisquer justificativas para se entender que a legítima defesa da honra seja “moderada”, tampouco um “meio necessário”, não só pela patente incoerência entre a natureza da suposta agressão e o meio de repeli-la, como também por sua intrínseca ausência de moderação.

Aliás, como medir o nível de agressão à honra do sujeito que justifique tal grau de utilização da violência? Que honra seria essa supostamente lesada que não pode ser adequadamente tutelada por meios já previstos pelo sistema, tais como a indenização por danos morais (CF 5º X) ou até mesmo pela movimentação da máquina pública para a apuração de eventual crime supostamente cometido pela vítima?

A interpretação dada pelo STF anda *pari passu* com as modificações legislativas. Nesse sentido, é bom lembrar que desde a reforma feita pela L 11106/2005, o adultério deixou de ser crime (CP 240), transferindo integralmente à esfera cível a tutela de eventual lesão à honra, cujo instrumental adequado à reparação é o arbitramento de indenização por danos

⁷⁴ P. 3/10 do voto.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

morais, não a privação da liberdade aplicada pelo Estado, quanto menos a violência física ou o assassinato perpetrada pelo ofendido.

Não é demais repetir: os jurados *não estão livres para decidirem de maneira arbitrária*, de modo que uma vigilância constante dos limites daquilo que pode ser arguido nos debates em Plenário não só é permitido, como também exigido pela Constituição.

A plenitude de defesa constitucionalmente consagrada não pode ser interpretada de modo a abarcar modos de argumentação que dispam a vítima de sua dignidade ou que a inferiorizem pelo fato de ser mulher, a partir de formulações machistas ou misóginas.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

7. CONCLUSÃO: RESPOSTAS AOS QUESITOS

Em vista de todo o exposto, passamos a responder aos quesitos formulados pelo Consulente:

1. **É correto afirmar-se que, do ponto de vista técnico, a tese da legítima defesa da honra não se enquadra nos requisitos dispostos no CP 23 II e 25, *caput* e parágrafo único? Isto é: que, tecnicamente, a defesa da honra por meio do assassinato não constitui legítima defesa?**

Resposta: **Sim**. A legítima defesa da honra, a despeito do que o nome possa sugerir, não tem adequação aos requisitos exigidos por lei para a configuração da excludente de ilicitude prevista no CP 23 II e 25, *caput* e parágrafo único.

Com efeito, os meios empregados para a defesa da honra (o assassinato) não são proporcionais e nem necessários aos fins a que se destinam. O feminicídio não é, em absoluto, o meio menos gravoso para restabelecer a honra lesada. Não bastasse isso, existe uma desproporção flagrante entre o bem a ser defendido (a honra) e o bem a ser sacrificado (a vida).

2. **É correto afirmar-se que a plenitude de defesa não pode se tornar instrumento de manifestação de discurso de ódio e de ataques à dignidade humana da vítima?**

Resposta: **Sim**. Por força do valor da integridade, referendado em maior ou menor grau pela dogmática constitucional, é necessário que as normas constitucionais sejam, o quanto possível, vistas como a expressão de um *todo uno e coerente*.

No âmbito jurisdicional, deve o juiz identificar os direitos e os deveres, partindo sempre do pressuposto de que foram criados por um único autor e de que expressam uma concepção coerente de justiça e equidade.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

Ou seja, deve sempre intepretá-los da maneira que melhor favoreça a integridade e a unidade do sistema. Ao lado da plenitude de defesa, é preciso considerar a existência de outros direitos fundamentais, dentre esses, a dignidade da pessoa humane a isonomia, de modo que é forçoso lhes dar a interpretação que permita a convivência mais harmônica possível.

Portanto, não se pode afirmar que a plenitude de defesa autoriza a manifestação de discurso de ódio e a violação à dignidade humana da vítima, pois, se assim for, estar-se-á adotando interpretação que agrava antinomias e, em nome de um direito, sacrifica completamente outro, quando é possível a todos preservar.

3. **É correto afirmar-se que o Júri não pode absolver o réu com base na legítima defesa da honra?**

Resposta: **Sim**. Nos crimes dolosos contra a vida, o Júri faz as vezes de juiz e, portanto, está vinculado à lei (compreendida aqui como legalidade democrática). Num Estado Democrático de Direito, não se admite que decisões judiciais, quaisquer que sejam, tenham arrimo em outro fundamento que não o direito.

A interpretação do CPP 483 III, que considera que o jurado pode absolver com base em argumento não jurídicos, torna o Júri um espaço do não-direito, um âmbito de exceção dentre o Poder Judiciário, o que não se pode permitir.

4. **É correto afirmar-se que a legítima defesa da honra não pode ser aduzida em plenário?**

Resposta: **Sim**. A adução da legítima defesa da honra por parte da defesa durante os debates em plenário contaminará a cognição dos jurados, que, ao votarem, poderão estar motivados pela tese inconstitucional aduzida.

Georges Abboud

Mestre, doutor e livre-docente pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP
Professor de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP/DF

Muito embora não se possa controlar a decisão do Júri a partir da fundamentação, como se faz com qualquer outra decisão judicial, é possível controlar as teses a que terão acesso. A tese da legítima defesa da honra, porquanto flagrantemente inconstitucional, não pode ser utilizada pela defesa, sob pena de macular o julgamento em curso.

São Paulo, 17 de maio de 2021.



GEORGES ABOUD