V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA I

CLAUDIA MARIA BARBOSA

JUVÊNCIO BORGES SILVA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

A174

Acesso à justiça: política judiciária, gestão e administração da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa; José Querino Tavares Neto; Juvêncio Borges Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-505-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Acesso à justiça. 3. Política judiciária. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA I

Apresentação

ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

O presente volume é decorrente dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Acesso à Justiça, Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça I, durante o V Encontro Virtual do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito), realizado nessa modalidade, no período de 14 a 18 de junho de 2022.

O Congresso teve como base a temática "INOVAÇÃO, DIREITO E SUSTENTABILIDADE", fortemente influenciada pela pandemia da Covid19 que afeta o mundo desde o início de 2020.

Os trabalhos apresentados guardam relação com o tema básico do Grupo de Trabalho, o que demonstra a adequada seleção dos artigos, circunstância que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões.

Decorrentes de pesquisas realizadas em diferentes instituições nacionais, foram apresentados neste Grupo de Trabalho 18 (dezoito) artigos vinculados à temática do acesso à justiça, política judiciária, gestão e administração da justiça

Os artigos apresentados gravitaram em torno de quatro eixos temáticos:

(I) POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NA IMPLEMENTAÇÃO DAS TECNOLOGIAS DIGITAIS E VIRTUALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Os artigos apresentados neste eixo destacaram, de forma significativa, a importância da tecnologia digital, da virtualização da prestação jurisdicional e seus desafios. Em torno deste tema foram apresentados os seguintes artigos: (1) "Acesso à justiça 'de milhões' (?): perspectivas e questões problemáticas envolvendo online dispute resolution para consumidores"; (2) "Administração da justiça na contemporaneidade: reflexões sobre o 'juízo 100% digital' e os 'núcleos de justiça 4.0' na perspectiva da cláusula geral de negociação processual"; (3) "Considerações sobre a virtualização da prestação jurisdicional como política pública judiciária e instrumento de acesso à justiça no brasil"; (4)

“Os impactos do serviço judicial digital no exercício da liderança do juiz-gestor: uma análise qualitativa”; (5) “Programa justiça 4.0 do CNJ: a virada disruptiva do Poder Judiciário”; (6) “A gestão de crise pelo Poder Judiciário brasileiro: medidas e normativos adotados para garantia da continuidade das atividades durante a pandemia pela covid-19”.

(II) POLÍTICA JUDICIÁRIA, COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL E DIÁLOGO INTERCULTURAL PARA A CONCREÇÃO DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA. Os artigos apresentados neste eixo destacaram a importância do estabelecimento de cooperação interinstitucional com o objetivo de viabilizar o acesso à justiça, bem como a necessidade de se estabelecerem diálogos interculturais objetivando a percepção de novas perspectivas epistemológicas na compreensão dos conflitos, de forma a promover efetiva garantia de direitos e emancipação de grupos vulnerabilizados. Em torno deste tema foram apresentados os seguintes artigos: (7) “A consolidação do projeto de Defensoria Pública na Constituição de 1988: análise das ementas dos julgados do Supremo Tribunal Federal em ações de controle de constitucionalidade”; (8) “A cooperação interinstitucional para viabilização do acesso à justiça em áreas remotas: a colaboração entre o Poder Judiciário e a administração pública para acesso à justiça em áreas remotas”; (9) “A imparcialidade do juiz sob a perspectiva decolonial – diálogo intercultural em prol dos direitos dos jovens indígenas”; (10) “A inconstitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal que proibiu o uso da tese da legítima defesa da honra nos crimes de feminicídio”; (11) “Atenção às vítimas de crimes no Brasil: das Nações Unidas aos atos infralegais”; (12) “Atividade de inteligência e persecução penal: o uso da inteligência ministerial”; (13) “Efetividade do processo na sociedade da informação: o papel da informação para a garantia do acesso à justiça”; (14) “Implementação de políticas públicas: Poder Executivo ou Judiciário?” (15) “O INSS, a litigância repetitiva e o acesso material à justiça: uma visão a partir da teoria de John Rawls”; (16) “A função jurisdicional nas políticas públicas”.

(III) PROCESSOS DE DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS. Um artigo se destaca com esse viés propondo a possibilidade de resolução administrativa de conflito nas relações de consumo como condição para posterior impetração de eventual ação judicial. (17) “A prévia tentativa de solução administrativa do conflito de consumo como condição de acesso ao Poder Judiciário”.

(IV) A LINGUAGEM E O ACESSO À JUSTIÇA. O artigo apresentado neste eixo temático versou sobre a importância da linguagem para o efetivo acesso à justiça e, nesta perspectiva, da necessidade de uma linguagem que seja acessível aos cidadãos, de sorte que possam acompanhar os processos judiciais e compreender de forma efetiva as decisões judiciais, bem como os processos de resolução de conflitos não judiciais. Em torno desta temática foi

apresentado o seguinte artigo: (18) “Simplificação da linguagem forense como instrumento de acesso à justiça”.

Os ricos debates realizados no GT demonstraram a importância dos temas apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras desse grupo. Reunidos em ambiente virtual, pesquisadores das várias regiões do Brasil aprofundaram os estudos sobre o acesso à justiça, política judiciária, gestão e administração da Justiça em nosso país, apresentando o resultado de seu fecundo e profícuo trabalho. Portanto, estamos certos de que publicação destes artigos em muito contribui para a difusão das discussões que se realizaram no Grupo de Trabalho. Assim, é com satisfação que apresentamos a toda comunidade jurídica a presente obra, que certamente será um importante contributo para a pesquisa jurídica nacional.

Coordenadores:

Profa. Dra. Claudia Maria Barbosa – PUC-PR

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva – UNAERP

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG

A INCOSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE PROIBIU O USO DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NOS CRIMES DE FEMICÍDIO

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE DECISION OF THE SUPREME FEDERAL COURT THAT PROHIBITED THE USE OF THE THESIS OF THE LEGITIMATE DEFENSE OF HONOR IN FEMICIDE CRIMES

Welithon Alves De Mesquita

Resumo

Este artigo analisa a constitucionalidade e consequências práticas e jurídicas da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 779, julgando inconstitucional a tese da legítima defesa da honra, no âmbito do Tribunal do Júri. Utiliza-se do método jurídico hermenêutico dedutivo e de análise, da pesquisa bibliográfica, documental e interpretação sistemática. Reconhecem-se duas impossibilidades jurídicas de utilização desta tese: (i) como excludente de imputabilidade, antijuridicidade e culpabilidade (ii) como causa especial de diminuição de pena.

Palavras-chave: Tribunal do júri, Plenitude de defesa, Soberania dos vereditos, Cláusulas pétreas, Direitos e garantias fundamentais, Proibição de retrocesso

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the constitutionality and practical and legal consequences of the decision of the Federal Supreme Court in ADPF nº 779, deeming unconstitutional the thesis of the legitimate defense of honor, within the scope of the Jury Court. It uses the deductive hermeneutic legal method and analysis, bibliographic and documentary research and systematic interpretation. Two legal impossibilities of using this thesis are recognized: (i) as an exclusion of imputability, anti-legality and culpability (ii) as a special cause of reduction of sentence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jury court, Fullness of defense, Sovereignty of verdicts, Stone clauses, Fundamental rights and warranties, Retraction prohibition

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou inconstitucional a tese de legítima defesa da honra nos crimes de feminicídio. A Corte, na Sessão Virtual ocorrida de 05.03.2021 a 12.03.2021, por unanimidade, nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), tombada sob o nº 779, referendou a concessão parcial da medida cautelar prolatada pelo relator, Ministro Dias Toffoli, para:

> (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF);
> (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência,
> (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

Criou-se, portanto, um precedente que proíbe, peremptoriamente, à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo, a utilização, direta ou indireta, da tese da legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o Tribunal do Júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

Esta decisão introduz um "novo" padrão de conduta (paradigma) que deve ser observado por todos os sujeitos do processo, com diversas repercussões no mundo jurídico, notadamente no processamento e julgamento dos crimes contra a vida das mulheres, em razão desta peculiar situação (por ser mulher), o chamado feminicídio.

A pesquisa que deu origem a este artigo teve como objetivo investigar a constitucionalidade da decisão, avaliando as consequências teóricas e práticas de sua utilização durante os julgamentos perante o Tribunal do Júri. São discutidas duas questões especificas: (i) a constitucionalidade da decisão; (ii) as consequências jurídicas e práticas da decisão, analisando-se especialmente os fatores relacionados às possíveis violações dos princípios da plenitude da defesa e soberania dos veredictos.

Este estudo tem relevância tanto social, quanto jurídica, por existirem inúmeros crimes de feminicídio sendo praticados diariamente no país, e este fenômeno social exige, dos operadores jurídicos, um aprofundamento sobre as consequências práticas e jurídicas, decorrentes da utilização, ou não, da tese da legítima defesa da honra no Tribunal do Júri.

Para a realização da pesquisa, foi utilizada a análise documental e pesquisa bibliográfica, além disso, trabalhou-se com o raciocínio dedutivo. Esta análise foi configurada, ainda, como uma pesquisa qualitativa, levando em consideração que não houve levantamento e análise de dados. Neste tocante, pretende-se contribuir no debate quanto à (in) constitucionalidade da tese da legítima defesa da honra no crime de feminicídio, bem como na resolução dos problemas práticos e jurídicos, decorrentes da utilização da tese durante a realização do júri.

O DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO BRASILEIRO DE SER JULGADO, POR SEUS PARES, NOS CRIMES CONTRA A VIDA E A CONSEQUENTE INCOSNTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DO STF QUE PROIBIU A UTILIZAÇÃO DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

"Nenhum homem livre pode ser detido, ou mantido em prisão, ou privado de sua liberdade [...] a não ser por julgamento de seus pares de acordo com a lei da terra". Assim está escrito na Magna Carta de 1215, também conhecida como "Artigos dos Barões". Sem adentrar na polêmica do momento histórico do surgimento formal do Tribunal do Júri, pelo menos da forma como o concebemos na atualidade, tem-se que esta instituição aparece na história da humanidade com o seguinte conceito: **o julgamento de um cidadão deve ser realizado por seus pares, com repulsa a ideia de julgamento por um juiz profissional.**

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5, inciso XXXVI e alíneas, não apenas reconhece a instituição do júri como garantia fundamental, como também assegura quatro princípios fundamentais, a saber:

> XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
> a) a plenitude de defesa;
> b) o sigilo das votações;
> c) a soberania dos veredictos;
> d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL, 1988).

Assim, por força de norma constitucional, restou petrificado que os crimes dolosos contra a vida, praticados no Brasil, devem ser julgados pelo Tribunal do Júri, cujo Conselho de Sentença é soberano em seus julgamentos**.** Extrai-se ainda da referida norma que se deve oportunizar ao réu uma defesa plena e livre de qualquer limitação pelo Estado. A partir dessas considerações preliminares, indaga-se: a decisão da Suprema Corte – que "criou" a impossibilidade jurídica de utilização da tese da legítima defesa no Tribunal do Júri, nos crimes

de feminicídio – não está em desacordo com os princípios constitucionais da plenitude de defesa e da soberania dos vereditos?

Antes de responder às perguntas, cumpre compreender o sentido da locução plenitude de defesa, principalmente realizando a oportuna distinção com o princípio da ampla defesa. Para tanto, vale-se do estado da arte (do que já investigado), principalmente pela doutrina pátria. Nucci (2013) discorre sobre a importância da necessária distinção entre a ampla defesa e a plenitude de defesa, consignando o seguinte:

> Inexiste autêntico devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF) se não forem assegurados, aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa. No processo penal, particularmente, envolvendo um dos mais valiosos bens jurídicos sob proteção constitucional, que é liberdade individual, há de se exigir o fiel cumprimento de tais garantias. No contexto do Tribunal do Júri, entretanto, a Constituição Federal demanda maior cautela: assegura-se ao acusado a plenitude de defesa (art.5.º, XXXVIII, a). Temos sustentado há, praticamente, uma década (consultar Júri – Princípios constitucionais, p. 139-141), existir diferença substancial entre ampla defesa, garantia aos acusados de um modo geral, e plenitude de defesa, elemento essencial no cenário do júri. Em primeiro ponto, vale destacar que não se deve interpretar as normas, mormente um conjunto harmônico como a Constituição Federal, partindo-se do pressuposto de que contêm palavras ou frases inúteis e repetidas. Outro elemento a ressaltar é a previsão, realizada no mesmo artigo 5.º da CF, de duas garantias fundamentais (ampla defesa e plenitude de defesa). Para alguns, tais expressões possuem o mesmo significado. Portanto, neste último prisma, aos acusados em geral garante-se a defesa ampla e aos réus dos processos em trâmite no Tribunal do Júri, identicamente, garante-se a defesa ampla, embora, nesse caso, teria optado o legislador pela utilização de outro termo (plenitude). Vozes poderão surgir para sustentar o seguinte ponto de vista: o legislador constituinte simplesmente repetiu os princípios gerais da instituição do Júri, previstos na Constituição de 1946. Em razão disso, por puro descuido ou somente para ratificar uma ideia, acabou constando a duplicidade. Não nos soa correta a equiparação, até pelo fato de que o estabelecimento da diferença entre ambas as garantias somente é benéfico ao acusado, com particular ênfase, em processos criminais no Tribunal Popular. Amplo é algo vasto, largo, copioso, enquanto pleno equivale a completo, perfeito, absoluto. Somente por esse lado já se pode visualizar a intencional diferenciação dos termos. E, ainda que não tenha sido proposital, ao menos foi providencial. O que se busca aos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri, quer-se a defesa perfeita, dentro, obviamente, das limitações naturais dos seres humanos. O réu, no processo-crime comum, tem, como suporte, a defesa técnica, sem dúvida. Porém, se ela não atuar convenientemente, nem sempre precisará o juiz declarar o réu indefeso, nomeando-lhe outro advogado. Exemplificando: em alegações finais, o defensor levanta teses incompatíveis com a prova existente nos autos. Por uma questão de economia processual, buscando a celeridade do processo, vislumbrando o magistrado poder absolver o réu, sem se valer das teses ofertadas pela defesa, assim deve agir. Não haveria sentido algum em se nomear outro defensor para corrigir um erro que o juiz pode fazer de ofício, bastando sentenciar. No Tribunal do Júri, a sustentação aos jurados de teses divorciadas das provas existentes dos autos redundará na fatal condenação ao réu. Como poderiam os juízes leigos suprir a deficiência da defesa, absolvendo o acusado? Jamais haveria tal condição, a menos que o órgão acusatório interferisse e pedisse, ele próprio, a absolvição, o que não é seu dever, mormente se não for a sua convicção. No processo criminal comum – e quem milita na área bem sabe – o defensor não precisa atuar de maneira perfeita, sabendo falar, articular, construir os mais sólidos argumentos, enfim, pode cumprir seu papel de maneira apenas satisfatória. A ampla defesa subsiste a tal impacto. No processo em trâmite no plenário do Júri, a atuação apenas regular coloca em risco,

> seriamente, a liberdade do réu. É fundamental que o juiz presidente controle, com perspicácia, a eficiência da defesa do acusado. Se o defensor não se expressa bem, não se faz entender – nem mesmo pelo magistrado, por vezes –, deixa de fazer intervenções apropriadas, corrigindo eventual excesso da acusação, não participa da reinquirição das testemunhas, quando seria preciso, em suma, atua pro forma, não houve, certamente, defesa plena, vale dizer, irretocável, absoluta, cabal. (NUCCI, 2013, p. 30-31).

A decisão prolatada pela Suprema Corte criou clara e grave limitação à defesa que, de agora em diante, não pode, de forma alguma, referir-se à tese da legítima defesa da honra nos julgamentos de feminicídio. Paradoxalmente, no momento em que os processualistas civis, por meio de lei (Código de Processo Civil de 2015), retiraram a fórceps, a impossibilidade jurídica do pedido como condição da ação – a suprema corte, **sem precisar de lei e em desacordo com a Constituição Federal**, ressuscitou o instituto, decidindo pela impossibilidade jurídica da utilização da tese da legítima defesa da honra.

A decisão da Suprema Corte anulou a cláusula pétrea que garante aos acusados de prática de crimes dolosos contra a vida de serem julgados por seus pares, pelo Conselho de Sentença, porque ele próprio, de forma prévia, acordou não ser possível a apreciação da tese da tese da legítima defesa da honra pelos juízes leigos. A decisão vai de encontro ao microssistema do júri, pois segundo a redação do art. 477 do CPP, "O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento", atribuindo, ao Conselho de Sentença, o poder de afirmar ou negar a existência do fato criminoso atribuído a uma pessoa.

Em resumo, são os juízes leigos – e não os togados – como aconteceu na ADPF 779 – que julgam os crimes dolosos contra a vida, pois assim está desenhado na Constituição Federal, sem possibilidade de interpretação diversa. Deste modo, resta claro que a intenção do legislador constituinte ordinário foi atribuir competência ao povo, ao Conselho de Sentença, sob juramento, que decida sobre a existência ou não de crime doloso contra a vida. Decisão esta que sequer precisa de fundamentação, uma vez que é realizada apenas de acordo com a sua consciência (livre convicção). Aliás, este é o juramento, de examinar a causa com imparcialidade e de decidir segundo sua consciência e justiça.

Com efeito, nos termos do art. 422 do CPP, o juiz togado, após formado o Conselho de Sentença, fará a seguinte exortação: "Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça".

O microssistema do júri e seus princípios básicos estão expressamente comtemplados no artigo 5º da Constituição Federal, justamente no título dos direitos e garantias fundamentais, e no Capítulo I, que veicula os direitos e deveres individuais e coletivos. Assim, estão inseridos no rol dos direitos e garantias fundamentais. Já o instituto secular do júri e seus princípios processuais constitucionais, notadamente a plenitude de defesa e a soberania dos veredictos, constituem-se valores fundamentais sobre os quais se sustentam a Constituição, razão pela qual não podem ser modificados pelos constituintes derivados e, tampouco, pelos juízes, pela via inadequada da interpretação. Em palavras mais simples, não podem ser objeto de mutações constitucionais porque são cláusulas pétreas.

Com efeito, basta uma interpretação literal do contido no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, para se chegar à conclusão de que os princípios da plenitude da defesa e da soberania dos veredictos são cláusulas pétreas, com justiça para lembrar a sua natureza de base de todo o ordenamento jurídico, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; **e os direitos e garantias individuais**. Eis a redação do referido dispositivo legal:

> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> I - a forma federativa de Estado;
> II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
> III - a separação dos Poderes;
> IV - **os direitos e garantias individuais.** (BRASIL, 1988, grifo do autor).

Contudo, não custa deixar claro que não se pode destruir **o núcleo essencial do Tribunal do Júri,** notadamente a ideia de julgamento pelos pares (diretamente pelos representantes diretos: os cidadãos), e não pelos tribunais ou pelos legisladores. Quem detém a competência constitucional e a soberania para julgar se houve ou não legítima defesa da honra é o povo (os sete jurados que compõe o Conselho de Sentença), pois foi esta a intenção do legislador constituinte originário.

Mas o que fez o STF, na contramão da intenção do constituinte originário? Desconsiderou o arcabouço normativo idealizado pelo constituinte originário para o Tribunal do Júri, e sobre as vestes de um indisfarçável argumento de “mutação constitucional”, pela via interpretativa, empreendeu interpretação desconforme à Constituição para afirmar a tese da inconstitucionalidade da legítima defesa da honra.

A ementa do julgamento da ADPF 779 retrata fielmente a mutação constitucional operacionalizada pela Suprema Corte, sob o argumento de que inexiste “legítima defesa da

honra nos crimes de feminicídio". Pela importância para a presente pesquisa, transcreve-se a referida ementa:

> EMENTA Referendo de medida cautelar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. 'Legítima defesa da honra'. Não incidência de causa excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF). Medida cautelar parcialmente deferida referendada. 1. 'Legítima defesa da honra' não é, tecnicamente, legítima defesa. A traição se encontra inserida no contexto das relações amorosas. Seu desvalor reside no âmbito ético e moral, não havendo direito subjetivo de contra ela agir com violência. Quem pratica feminicídio ou usa de violência com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminosa. O adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal. 2. A 'legítima defesa da honra' é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988. 3. Tese violadora da dignidade da pessoa humana, dos direitos à vida e à igualdade entre homens e mulheres (art. 1º, inciso III, e art. 5º, caput e inciso I, da CF/88), pilares da ordem constitucional brasileira. A ofensa a esses direitos concretiza-se, sobretudo, no estímulo à perpetuação da violência contra a mulher e do feminicídio. O acolhimento da tese tem a potencialidade de estimular práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção. 4. A 'legítima defesa da honra' não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri, a qual não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Assim, devem prevalecer a dignidade da pessoa humana, a vedação a todas as formas de discriminação, o direito à igualdade e o direito à vida, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio. 5. Na hipótese de a defesa lançar mão, direta ou indiretamente, da tese da 'legítima defesa da honra' (ou de qualquer argumento que a ela induza), seja na fase pré-processual, na fase processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, caracterizada estará a nulidade da prova, do ato processual ou, caso não obstada pelo presidente do júri, dos debates por ocasião da sessão do júri, facultando-se ao titular da acusação recorrer de apelação na forma do art. 593, III, a, do Código de Processo Penal. 6. Medida cautelar parcialmente concedida para (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa; e (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento. 7. Medida cautelar referendada.

Tudo o que restou considerado no julgamento da ADPF 779 deveria, por força de norma constitucional, art. 5º, inciso XXXVIII e sua alíneas, ser realizado no âmbito do Tribunal do Júri, pelo Conselho de Sentença, pelo povo.

Chegou-se a afirmar, durante o julgamento – e comumente se alega no meio jurídico – que a instituição do júri é anacrônica, que está em desacordo com os usos e costumes de nossa época, mas nem este argumento deve ser levado em consideração – não se deve deixar levar por este canto da sereia – porque, como visto, estamos diante de uma cláusula pétrea, que somente poderia ser modificado pela via de uma ruptura radical, de uma **revolução**, pois nem mesmo uma nova Constituição poderia fazê-lo, em virtude da proibição do princípio da vedação do retrocesso, conforme expressamente regulado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, do qual o Brasil é signatário:

> Art. 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:
> b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; [...].

Pode-se afirmar, com segurança, que são poucos os advogados criminalistas que utilizam a tese da legitima defesa da honra nas sessões do Tribunal do Júri, devido à desproporcionalidade da conduta de matar alguém – especialmente uma mulher, em defesa da honra. Isto ocorre, principalmente, porque estão sentados no Conselho de Sentença filhos e filhas de outras mulheres, mães, netos e netas, sobrinhos e sobrinhas, enfim, alguém que se coloca em estado de empatia, quase sempre, com a vítima.

Alegar legítima defesa da honra abertamente nos crimes de feminicídio – e qualquer outro – perante o Tribunal do Júri, é quase sempre um ato de inexperiência do advogado, ou mesmo um ato de absoluto despreparo técnico do causídico, porque, em raras situações, a tese é exitosa, uma vez que é tarefa árdua ganhar a empatia do povo para com o ato desproporcional praticado pelo réu.

O Conselho de Sentença guarda, em sua essência, este exercício de empatia, a capacidade psicológica dos julgadores de sentirem o que sentiam as pessoas envolvidas no conflito – notadamente os réus e as vítimas – caso estivessem na mesma situação vivenciada por elas. E é justamente em razão disso, que os jurados julgam de acordo com suas íntimas convicções, sem necessidade de fundamentação.

Assim, em nome da soberania dos veredictos e da plenitude da defesa, pode-se afirmar que não compete aos juízes profissionais dizer de forma antecipada, usurpando a competência dos juízes leigos, quais são as teses proscritas nas sessões do Júri. Na verdade, o precedente é uma porta aberta para outras restrições e supressões à plenitude de defesa, ele descortina um portal enorme para outro mundo jurídico, que pode desembocar em um abismo de autoritarismo e insegurança jurídica.

Com relação à questão da impossibilidade de alterar o núcleo essencial dos direitos fundamentais – como é o caso do júri – oportuno o entendimento do ministro Barroso (2011, p.150-151), quando advoga que:

> Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, última análise, a soberania popular é certo que as normas constitucionais, como normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessário a convocação do poder constituinte reformador. É se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário. As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela Sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por superação, seja por sua conversão em Direito vigente.

Este tópico da pesquisa é fundamental não só para demostrar a flagrante inconstitucionalidade da decisão objeto de estudo, mas também para servir de base para avaliar os impactos práticos e jurídicos no cotidiano do júri.

AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS E JURÍDICAS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE JULGOU INCONSTITUCIONAL A TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NOS CRIMES DE FEMINICÍDIO

Passa-se, então, à análise dos impactos da decisão na vida real, notadamente nas sessões do Tribunal do Júri, onde será, sem dúvida, o palco das grandes discussões. O que fazer quando o mostro grego aparecer? Dissolver o Conselho de Sentença; alertar os jurados para não levar em consideração a tese? E se o réu estiver preso e a pauta não comportar novo julgamento em prazo razoável? Deve-se soltar o réu por eventual excesso de prazo, ou mantê-lo preso, considerando que a defesa fora a causadora do atraso? Estas e outras perguntas precisam ser respondidas, avaliadas, porque a decisão da Suprema Corte simplesmente silenciou e, com certeza, serão objeto de discussões sem fim no cotidiano forense.

Não obstante a importância histórica da decisão do STF na ADP nº 779, no sentido da declaração de inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra nos crimes de

feminicídio, existe um *gap* do procedimento, a ser adotado pelos operadores jurídicos quando se depararem com a utilização da tese, pelos advogados, sobretudo, quando relacionada à quesitação.

Antes de adentrar o assunto, deixa-se registrado que o feminicídio introduziu, no mundo jurídico, uma nova qualificadora ao homicídio, cuja caracterização exigem, necessariamente, que o crime seja praticado contra a mulher por razão da condição do sexo feminino, cometido com envolvimento de violência doméstica ou discriminação contra a condição de mulher. Eis a redação do art. 121, inciso VI e § 2º-A, do Código Penal:

> Art. 121 [...]
> VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
> § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
> I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
> II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015). (BRASIL, 2015).

Realizada esta digressão necessária, diga-se, para começo de conversa, que, com advento da lei nº 11.689, de 2008, que mudou o CPP, não existe mais a possibilidade de quesitação da legítima defesa da honra de forma autônoma, como se realizava outrora, sendo todas as teses de defesas contempladas no chamado "quesito genérico", na forma como previsto no art. 483, III, do CPP: **o jurado absolve o acusado?** Com isso, resta evidente que, nesta perspectiva, não é possível, ao magistrado, questionar sobre eventuais excludentes de antijuridicidade, culpabilidade ou qualquer outra tese defensiva.

Ora, se todas as teses defensivas se decidem com a resposta a esse quesito genérico, objetivamente, jamais um magistrado presidente do júri poderá criar quesito contendo as palavras envenenadas, por exemplo "**os jurados absolvem o réu, em razão da legítima defesa da honra**? Assim, mesmo que a defesa técnica ou réu sustente a tese da legítima defesa da honra na sessão do júri, ela jamais será quesitada. Na verdade, em razão desse quesito genérico, havendo duas ou mais teses de defesa, de modo algum se saberá qual a acolhida pelos jurados.

Contudo, a decisão do STF, ao não permitir a utilização direta ou indireta do argumento da legítima defesa durante o julgamento perante o Tribunal do Júri, criou um problema grande na prática, porque agora se exige, dos promotores e juízes togados, uma atenção redobrada quanto à sindicância da exposição da referida tese de defesa, principalmente quando ela vier travestida de teses dissimuladas, por exemplo, sob as vestes da inexigibilidade de conduta diversa.

E é justamente aqui que reside o problema, como realizar o controle, sindicância da tese da legítima defesa da honra ou de qualquer argumento que a ela induza, sem comprometimento (anulação, redesignação, dissolução do conselho) da sessão do júri e, especialmente, sem prejuízos ao regular exercício de defesa?

Corre-se o risco, de o promotor e/ou o juiz, por intermédio de interpretação equivocada, entenderem que esta ou aquela defesa, notadamente àquelas ditas "indiretas" ou que "induzam" a tese de legítima defesa da honra. Tal situação, inevitavelmente, trará grandes prejuízos à defesa e ao sistema de justiça. O STF não especificou qual a conduta a ser adotada pelo magistrado quando se deparar com a tese da legítima defesa da honra sendo sustentada no júri, o que pode causar uma série de entendimentos, que vai desde uma simples advertência à defesa, até a dissolução do Conselho de Sentença, o que implicará em necessidade de resolução de outras questões, por exemplo a apreciação da necessidade de reanálise de eventual prisão do réu, a influência da advertência no estado emocional dos jurados, com repercussão na hora da decisão, etc.

A decisão de dissolução do Conselho de Sentença importará em reorganização da pauta de julgamento, a análise de eventual pedido de relaxamento de prisão, em razão da natural demora na realização de nova sessão, que, quase sempre, é remarcada para data muito distante, em razão do acúmulo de serviços judiciários, além do manejo de recursos. Tudo isso pode implicar em soltura do réu, manutenção de prisão ilegal, por excesso de prazo, e o que é mais grave, a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Tradicionalmente, na hipótese de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos – da qual a legítima defesa da honra pode se enquadrar – a solução sempre foi o manejo de recurso ao tribunal, cujo provimento ocasionava a anulação do ato, com submissão do réu a novo julgamento perante o Conselho de Sentença, seu juízo constitucionalmente estabelecido. Nesta situação, não havia qualquer restrição à plenitude da defesa, cumprindo, aos jurados, a nobre função de julgarem, segundos suas consciências e os ditames da justiça, conforme promessa realizada perante o juiz togado. Toda esta tradição secular envolvendo a instituição do júri fora extinta pelo STF nos casos evolvendo crimes de feminicídio.

Contudo, como já devidamente explicitado no tópico anterior, o STF também já assentou na ADPF nº 779 que não existe direito absoluto e que não restou vulnerado a soberania dos vereditos, sob o argumento de que existem outros princípios constitucionais igualmente fundamentais. A opção do magistrado de simplesmente não permitir, à defesa, a utilização da tese de legítima defesa da honra e de advertir, aos jurados, que não julguem de acordo com ela, com explicação da decisão proferida na ADPF nº 779, pode influir negativamente na decisão

dos jurados, que podem condenar o réu baseado no argumento (inconsciente ou não) de autoridade.

Imagine-se a situação em que o promotor de justiça, numa sessão do Tribunal do Júri, apartei o advogado, sob a alegação de utilização da tese de legítima defesa da honra, e requeira, ao juiz, que o advirta sobre sua inconstitucionalidade, segundo o que restou decido pelo STF na ADPF nº 779, e o magistrado acolha o pedido de plano, cassando a palavra do causídico e esclarecendo, aos jurados, que não adotem a tese da defesa, pois isso pode anular o julgamento. Observa-se que uma autoridade (promotor de justiça) solicita a outra autoridade (juiz presidente do júri) que impeça o descumprimento de uma decisão proferida pela mais alta Corte de Justiça do pais (no caso, o STF). Obviamente que esta situação é absolutamente desfavorável à defesa, porque o apelo às autoridades, especialmente à superior, só pode causar uma forte inclinação à condenação.

Como ensina Walton (2012, p. 252), "[...] o fato é que ficamos tão intimidados diante de uma autoridade em áreas técnicas ou especializadas que a expressão "segundo especialistas" pode inibir o diálogo racional e qualquer questionamento ulterior". Na situação retratada hipoteticamente, é obvio que toda a celeuma levantada diante de julgadores leigos convergirá no sentido da resposta negativa ao quesito genérico da absolvição. O quesito ficará assim desenhada na cabeça dos jurados: OS JURADOS ABSOLVEM O ACUSADOS EM DESACORDO COM OS "ESPECIALISTAS" (PROMOTOR DE JUSTIÇA, JUIZ PRESIDENTE DESTA SESSÃO E OS MINISTROS DO STF)?

Ademais, mesmo que o advogado alegue outras teses absolutórias, nunca se saberá qual a escolhida pelos jurados para, eventualmente, condenar o acusado, o que pode implicar em pedido de anulação do julgamento, por entender, o advogado, que seria o caso de dissolução do Conselho de Sentença. Nesta situação, parece mais acertada a decisão do magistrado que dissolva o Conselho de Sentença imediatamente e proceda com a marcação de nova pauta para realização do julgamento, sem a participação dos jurados escolhidos naquela ocasião.

Poder-se-ia cogitar aqui que o advogado poderia, ao final dos debates, quando perguntado sobre eventual prejuízo, alegar sua ocorrência e formular pedido de dissolução do Conselho de Sentença. Mas isso, com certeza, mesmo acolhido o pedido, importaria em criação de mais um tempo morto do processo, com alta probabilidade de aviamento de recurso pelo Ministério Público. A dissolução do Conselho de Sentença e a remarcação de nova sessão poderá ocasionar demora excessiva na realização do ato, com prejuízos à liberdade do réu (acaso preso ou cumprindo medidas cautelares alternativas à prisão), bem como alcançar a prescrição.

Pode, eventualmente, ocorrer de o advogado, em sua manifestação primeira ou na tréplica, com o deliberado interesse em dissolver o Conselho de Sentença, alegue abertamente a tese da legítima defesa da honra. Isto pode se dar porque a demora natural do novo julgamento pode alçar a prescrição, ou mesmo beneficiar o réu que responda o processo preso, podendo, na sequência, solicitar sua liberdade, sob a alegação de excesso de prazo (razoável duração do processo).

De outro modo, após o quesito genérico, deve-se, por força de lei (art. 483, IV), ser formulado o quesito relativo à causa de diminuição de pena alegada pela defesa, notadamente do chamado homicídio privilegiado, que questiona acerca do motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Aqui também é preciso uma atenção especial no ato de sindicância da tese da legítima defesa da honra, uma vez que pode ser que seja arguida de forma indireta, ou sob as vestes "de qualquer argumento que a ela induza". Devido à importância para o presente trabalho, para melhor analisá-lo, transcreve-se o artigo de lei respectivo:

> Art. 121 [...].
> § 1º - Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. (BRASIL, 1940).

A tese do homicídio privilegiado, nos crimes de feminicídio, volta-se a afirmar, raramente é acolhida pelo Conselho de Sentença e, na verdade, na maioria das vezes, qualifica o delito, seja pela futilidade, seja pela torpeza dos motivos alegados. Bitencourt (2013, p. 2013) anota que:

> Os motivos que, eventualmente, levam à pratica do crime de homicídio podem ser, segundo Hungria, morais, imorais, sociais e antissociais. Quando os motivos têm natureza social ou moral, "privilegiam" a ação de matar alguém; quando, no entanto, a motivação tem natureza imoral ou antissocial, está-se diante de homicídio qualificado.

Trata-se um autêntico procedimento em contraditório travado entre o Ministério Público e a Defesa, o primeiro sustentando a motivação pelo aspecto do relevante valor social ou moral, e aquele argumentando se tratar de motivo fútil ou torpe.

Com a decisão da ADPF nº 779, agora, apenas a Ministério Público poderá falar sobre a tese da **legítima defesa da honra inversa (como motivação antissocial ou imoral),** demostrando que se trata de torpeza ou futilidade, sem que seja permitida, à defesa, qualquer

menção à motivação, porque pesa contra ela a espada de Dâmocles, com a possibilidade real da pecha de ter evocado a tese envenenada.

Imagine-se um julgamento de feminicídio de agora em diante, apenas o Ministério Público tem a oportunidade plena de acusar, inclusive mencionando a impossibilidade de alegação de legítima defesa da honra, pela defesa, por expressa proibição pelos especialistas (argumento de autoridade). Neste particular, para minorar o prejuízo à defesa, acredita-se que o melhor caminho é que o presidente do júri proíba, ao MP, a referência à tese sufragada na ADPF nº 779 em desfavor do réu, a exemplo do que ocorre com a proibição de referências à decisão de pronúncia e às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Dispõe o art. 478, inciso I, do Código de Processo Penal que:

> Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:
> I – à decisão de pronúncia, 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; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008). (BRASIL, 2008).

Assim, como garantia da "paridade de armas", deve-se proibir também a utilização, pela acusação, do argumento de autoridade, baseado na referência à decisão da ADPF nº 779 porque, do contrário, potencializa-se o prejuízo à plenitude de defesa, uma vez que, ao advogado, está vedado, até mesmo, sua refutação.

Novamente, oportunas as anotações de Walton (2012), quando faz a distinção entre os argumentos *ad hominem* e o argumento *ad verecundiam*, para afirmar a importância do argumento de apelo à autoridade no processo de aquiescência numa argumentação:

> O ataque *ad hominem* é o uso negativo de argumento pessoais para minar ou destruir a credibilidade de alguém numa discussão crítica. Há um tipo oposto de tática, o argumento *ad verecumdiam*, que usa a opinião de uma autoridade respeitada ou de um especialista no assunto como um argumento pessoal positivo para sustentar os próprios argumentos. A crítica *ad hominem* tacha a pessoa de fonte inconfiável, enquanto a *ad verecundiam* recorre a alguém que seja especialmente confiável e reconhecido como fonte de esclarecimento. (WALTON, 2012, p. 441).

Tratar-se-ia, portanto, de proibir a utilização do argumento de autoridade para evitar calar a voz de quem já está calado, por força de uma decisão judicial da Suprema Corte, que, na visão do leigo, é tido e havido como especialista dos especialistas. Registra-se que o magistrado togado, na "sentença" de pronúncia, deve evitar o excesso de linguagem na motivação, justamente para que não exerça interferência direta no livre convencimento dos juízes de fato. Para além disso, também o art. 478, I, do CPP, veda, ao Ministério Público, referir-se a essa decisão como argumento de autoridade. Então, por dedução lógica, este órgão

não pode se referir à decisão da Suprema Corte para influenciar os jurados na tomada de decisão, sob pena de vulneração do princípio da soberania dos veredictos.

Na segunda parte do art. 121, § 1º, do Código Penal, temos a outra modalidade de homicídio privilegiado, que exige que o crime seja cometido sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida da injusta provocação da vítima. Não se trata de causa excludente de ilicitude, antijuridicidade ou de culpabilidade, mas, tão somente, de causa de diminuição, a critério do magistrado.

Bitencourt (2013, p. 78), ao discorrer sobre a minorante, assevera que:

> No entanto, em nosso direito positivo a emoção e a paixão não apresentam maiores problemas, embora possam reduzir, inegavelmente, a *vis electiva* entre o certo e o errado. Esses estados emocionais não eliminam a censurabilidade da conduta (art. 28, I, do CP), embora possam diminui-la, quando violentos, com a correspondente redução da pena, como preveem os arts. 121, § 1º, e 129, § 4º, 2ª parte, desde que satisfeitos simultaneamente, determinados requisitos legais. Esses requisitos são: a provocação injusta da vítima, o domínio de emoção violenta e a imediatidade entre a provocação e a reação.

Acontece que, após a decisão prolatada na ADPF nº 779, não pode mais a defesa suscitar que o réu cometeu o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, porque simplesmente a suprema corte – e não o Conselho de Sentença – entendeu, previamente, não ser possível juridicamente esta alegação.

O STF desconsiderou que, mesmo preenchidos os requisitos exigidos para o reconhecimento da minorante, estar-se-á apenas diante de causa especial de diminuição de pena. Neste sentido, Bitencourt (2013, p. 79) considera:

> [...] que, tanto sob o domínio quanto sob a influência de violenta emoção, nenhum dos dois estados justifica a ação ou exclui a sua censurabilidade, pois o sujeito ativo sempre terá a opção de não praticar o crime. Em outros termos, em nenhuma das hipóteses o sujeito perderá a consciência (não exclui a imputabilidade), e não se configura a inexigibilidade de outra conduta (não afasta a culpabilidade), logo permanece íntegra a responsabilidade penal do criminoso emocional.

Em resumo, não é mais possível a defesa alegar a legítima defesa da honra em hipótese alguma. Mas o que é pior, é possível que, por obra de interpretação, promotores, assistentes de acusação e juízes entendam que essa ou aquela tese configurem ou induzam à tese envenenada.

Neste contexto, não há que se falar em soberania dos veredictos, porque quem já decidiu foram os especialistas da Corte Superior, também resta pouco a ser dito pelos advogados de defesa, porque sobre eles penderá agora a espada de Dâmocles da tese envenenada – legítima defesa da honra – que, agora, será objeto de sindicância pelos outros especialistas (juízes e promotores, assistentes de acusação). Assim, nos crimes de feminicídio, tal qual Dâmocles, o

advogado, terá sobre sua cabeça uma espada pendurada por um fio de rabo de cavalo, desestimulando-o do exercício de uma defesa plena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidencia-se que a decisão proferida na ADPF nº 779 é inconstitucional porque usurpou, do julgador leigo, a competência de julgar o crime de feminicídio de forma soberana, bem como violou flagrante a plenitude da defesa que, de forma alguma, poderá se reportar à tese da legítima defesa da honra, seja como excludente de ilicitude, de culpabilidade ou, ainda, como causa de diminuição de pena (homicídio privilegiado).

A pesquisa contata que, uma vez utilizada a tese da legítima defesa da honra perante o Tribunal do Júri, existem dois tipos de decisões a serem proferidas pelo magistrado: (i) a advertência à defesa, com esclarecimento aos jurados da impossibilidade jurídica de sua utilização para absolver o réu; (ii) a dissolução do Conselho de Sentença, com a remarca de novo julgamento, sem a participação dos jurados escolhidos no julgamento contaminado pela tese envenenada.

Conclui-se pela impertinência da advertência porque, em razão do quesito genérico, havendo mais de uma tese absolutória, jamais se saberá qual(is) delas fora(m) utilizada(s) pelos jurados, o que pode ser objeto de prejuízos tanto para a defesa, como para a acusação, com forte possibilidade de manejo de recursos, insegurança jurídica e toda sorte de incidentes.

Por fim, avalia-se que a dissolução do Conselho de Sentença, a despeito dos problemas relacionados à eventual soltura do réu por excesso de prazo, prescrição da pretensão punitiva estatal, ainda se mostra a solução menos dramática no quadro de inconstitucionalidade criada pela malsinada decisão, desde que, no novo julgamento, não se permita a participação de jurado sorteado no julgamento anulado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3 ed. São Paulo, Saraiva. 2011.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte especial: dos crimes contra a pessoa. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa**. Brasília, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa**. Brasília, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11689.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. **Diário Oficial da República Federativa**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro teor do acórdão – ADF 779**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 15/03/2021. Disponível em: http: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373. Acesso em: 15 fev. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WALTON, Douglas. **Lógica Informal:** Manual de Argumentação Crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2012.