

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CRIMINOLOGIA I**

ZULMAR ANTONIO FACHIN

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gabriel Antinolfi Divan; Zulmar Antonio Fachin. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-802-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA I

Apresentação

Na sexta-feira, dia 13 de outubro de 2023, na sede da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires, Argentina, foi realizado o encontro de um dos Grupos de Trabalho do XII Encontro Internacional do CONPEDI, a saber o Grupo Direito, Processo Penal e Criminologia I.

Pesquisadoras e pesquisadores de várias regiões do país estiveram ao longo daquele dia promovendo profícuos debates e intercambiando informações a respeito de suas pesquisas, seus trabalhos e de ideias a respeito das conduções dos mesmos. A riqueza do encontro, ainda que por um período reduzido de tempo, permite que pontes e ligações possam ser feitas e mesmo o conhecimento sobre as pesquisas seja coligado para que haja o entrelaçamento cumulativo que tanto é necessário quanto é o objetivo de eventos dessa magnitude.

Os trabalhos foram apresentados em blocos temáticos entremeados por uma sessão de debates, dicas, contribuições e questionamentos que é necessária para permitir que as autoras (es) possam explanar um pouco mais a respeito de seus textos e métodos dos que uma apresentação inicial mais protocolar comporta. E foi ponte para que todos pudessem ampliar, até, algumas perspectivas que sejam atinentes aos temas discutidos.

De forma gratificante, cumpriu-se a proposta de comportar as discussões sabendo-se que as temáticas e assuntos respectivos foram discutidos em outros GTs simultâneos, o que mostra a força e a pertinência da área e a importância das contribuições.

Fica aqui o registro inicial resumido dos trabalhos/temas apresentados no Grupo, e o convite para que sejam lidos os trabalhos em sua íntegra, constantes dessa publicação, como forma de contribuição para a maior amplitude dos debates a respeito desse campo tão rico e crucial. E, igualmente, o orgulho de mais uma edição internacional do Conpedi ter transcorrido com muita qualidade, inspirada, com toda certeza, pelas arcadas e pelos próceres do incomparável prédio da UBA e pelo incrível ar portenho, cidade incrível e lar/berço de tantos e tantas penalistas, processualistas penais e criminólogos da mais alta estirpe:

1) Caroline Szyrczyk da Silva, da Universidade Federal de Pelotas-RS, apresentou trabalho intitulado A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CARCERÁRIA COMO VIOLADORA DO

DIREITO À SAÚDE DE MULHERES PRESAS NO RIO GRANDE DO SUL, onde promove uma discussão sobre os dados carcerários e indicadores relativos à questão de gênero no ambiente prisional – em um contexto que envolve direito à saúde e gestão prisional (temas candentes no contexto brasileiro, especialmente).

2) Marcelo Yukio Misaka apresentou trabalho escrito em coautoria com Bruna Azevedo de Castro, ambos da Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR, intitulado UM CRITÉRIO PARA COMPENSAÇÃO DAS PENAS ABUSIVAS, onde ambos traçam um paralelo do discurso criminológico a partir da ideia de localização do mesmo em um eixo anticolonial, trabalhando a gênese de um discurso crítico desde o sul global e buscando caminhos para essa consolidação teórico-política.

3) Carla Graia Correia e Luiza Andreza Camargo de Almeida, da Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR, apresentaram trabalho escrito em coautoria com Guilherme Rocha Kawauti, intitulado A DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL: UMA BREVE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E ARGENTINA E AS PERSPECTIVAS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO No 635.659, onde a discussão parte de um profícuo comparativo relativo às políticas de criminalização /descriminalização dos entorpecentes para uso próprio, frente aos cenários brasileiro e argentino (com a recente pauta do tema a partir da jurisdição do Supremo Tribunal Federal Brasileiro).

4) Mário Francisco Pereira Vargas de Souza, da Universidade La Salle, Canoas-RS, contribuiu com a apresentação do trabalho intitulado ANÁLISE DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DAS FACÇÕES CRIMINOSAS QUE ATUAM NA CIDADE DE PORTO ALEGRE NOS CRIMES DE HOMICÍDIOS NO PRIMEIRO SEMESTRE DE 2023 SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA, onde busca fontes e conclusões sobre a atuação das facções criminosas na capital do Estado do Rio Grande do Sul a partir do arcabouço criminológico crítico, e das possibilidades de leituras proporcionadas com riqueza teórica por esta chave conceitual.

5) Tayana Roberta Muniz Caldonazzo da Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR, apresentou texto escrito em coautoria com Carla Bertoni e Luiz Fernando Kazmierczak intitulado CÍRCULOS DE CULTURA EM COMUNIDADE DE APRENDIZADO NA EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: UMA PROPOSTA À LUZ DE PAULO FREIRE E BELL HOOKS, onde debate a questão do uso da pedagogia e do

arcabouço do autor e da autora citados para a promoção de educação relativa aos adolescentes em conflito com a lei, qualificando em termos de alteridade e compreensão as práticas de escuta relativas às medidas socioeducativas.

6) Camila Rarek Ariozo apresentou trabalho escrito em coautoria com Luiz Fernando Kazmierczak e Luiz Geraldo do Carmo Gomes (desde a Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR), intitulado **MULHER TRANS, CRIMINOSA E ENCARCERADA: A REALIDADE NÃO CONTADA PELO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO**, onde a discussão realizada diz para com o sistema carcerário frente ao desafio de acomodação e trato com as mulheres trans, bem como em relação a mais pessoas que vão integrar o espectro LGBTQIAPN+: as contradições, entraves e inadequações do sistema como multiplicador de mais violências em relação a (também) essa condição pessoal.

7) Bruno Rotta Almeida, da Universidade Federal de Pelotas-RS, apresentou trabalho intitulado **QUESTÃO PENITENCIÁRIA E COMPLEXIDADE: O CAOS COMO CATEGORIA EPISTEMOLÓGICA PARA O ESTUDO DA PUNIÇÃO**, onde vão trabalhados conceitos relativos a teorias que impelem um teor de profunda reflexão filosófica no trato com a questão prisional, incorporando a noção de caos para uma visão crítica do aparelho repressor-punitivo. A discrepância entre as previsões e predicados legais /fundamentais e a materialidade aflitiva da pena e suas circunstâncias pode ser estudada e pensada nesse cenário.

8) Giovana Aleixo Gonçalves de Oliveira, em artigo escrito em coautoria com Gustavo Noronha de Ávila (ambos representando a Universidade CESUMAR-PR), intitulado **ANÁLISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**, propôs discussão que parte da ideia da violação da própria ideia de dignidade humana em meio ao cerne punitivo-carcerário para buscar alternativas que vão se conectar a aparelhos e procedimentos que procurem uma rota em frontal discrepância com o atual modelo.

9) Marcelo Yukio Misaka apresentou o trabalho **A CRIMINOLOGIA DECOLONIAL: PENSANDO EM UMA CRIMINOLOGIA DO SUL**, escrito em coautoria com Bruna Azevedo de Castro (Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR), onde a discussão gira em torno de uma necessária construção de um aporte teórico e político de criminologia que rompa com as bases eurocêntricas e típicas de um ‘norte global’ para se fortalecer a partir de critérios epistemológicos e valores latinos, marginais e genuínos.

10) Camila Rarek Ariozo e Vanessa de Souza Oliveira – pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR, trouxeram a discussão do artigo intitulado MATERNIDADE NO CÁRCERE: O LUGAR ONDE A PENA TRANSCENDE À PESSOA DO CONDENADO onde investigam as relações de poder e vulnerabilidade envolvendo a questão da encarcerada gestante e/ou mãe e a forma como as mazelas do poder punitivo e do aprisionamento se efetivam nesse cenário em relação a essas mulheres e especialmente uma réplica de violações que atinge as crianças envolvidas colateralmente.

11) Gabriel Antinolfi Divan apresentou texto escrito em coautoria com Joana Machado Borlina, ambos representando a Universidade de Passo Fundo-RS, intitulado OS DIREITOS ABSTRATOS COMO SALVAGUARDA PARA PERPETUAÇÃO DE RELAÇÕES DE DOMINAÇÃO: A PLENITUDE DE DEFESA E A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA. Nele vai discutida a questão da plenitude de defesa no Tribunal do Júri e a tensão do conceito frente às questões de direitos efetivos que precisam ser sopesados em relação à sua concretude, na esteira da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 779, julgada pelo STF, que limitou a plenitude frente à questão do discurso da ‘legítima defesa da honra’ dada a clara ingerência do patriarcalismo comparando uma tática de defesa com a instrumentalização da vida das mulheres.

12) Fernando Laércio Alves da Silva, da Universidade Federal de Viçosa-ES, apresentou artigo intitulado A NECESSÁRIA DISCUSSÃO DO MODELO DE JUSTIÇA CONSENSUAL NO PROCESSO PENAL: DELINEAMENTOS EQUIVOCADOS QUE COMPROMETEM SUA ADEQUADA APLICAÇÃO NO ÂMBITO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL, onde debate uma análise (e vieses possíveis futuros) dos modelos de justiça negociada e informalizada procurando escapar às singelas críticas habituais que ou julgam o modelo descomprometido com um caráter punitivo de busca de ‘verdade real’ ou, por outro lado, cobram uma maior formalidade como forma de garantias mais estabelecidas, teoricamente.

13) Francisco Geraldo Matos Santos (Universidade Federal do Pará-PA) e Elane Botelho Monteiro (Universidade do Vale do Taquari – RS) apresentaram artigo escrito em coautoria com Carla Maria Peixoto Pereira intitulado O COMPORTAMENTO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM UM PASSADO NÃO TÃO DISTANTE: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NEOINSTITUCIONALISMO HISTÓRICO, onde focalizam o estudo não em alicerces jurídicos a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a presunção de

inocência (fundamentalmente na decisão do HC 126.292, e das ADC's 43, 44 e 54 por aquela corte). Mas, sim, em fatores que perquirem a institucionalização das decisões, trabalhando com conteúdo de ciência política para discutir a alteração jurisprudencial.

14) Francisco Geraldo Matos Santos (Universidade Federal do Pará-PA) apresentou trabalho escrito em coautoria com Rita Nazaré de Almeida Gonçalves (Escola Superior da Amazônia-PA) e Carlito Vieira Lobo Universidade Federal do Pará-PA) intitulado O PROBLEMA DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: SERIA O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO UM INSTRUMENTO A SERVIÇO DE QUEM?, onde vai trabalhada a discussão da matriz do processo penal brasileiro, comentando a questão de que uma teoria não particularizada para o direito criminal ocasiona um processo voltado para uma pura e simples concretização (literalmente) do direito penal. Uma base distinta precisa ser efetivada para que não se assumam um direito e um processo penais exclusivamente comprometidos com o punitivismo como resultado almejado/esperado.

15) Ana Flavia De Melo Leite (pela Universidade La Salle/Canoas-RS) apresentou trabalho escrito em coautoria com Gabriel Silva Borges e Guilherme Dill, intitulado UM MÊS DE MANIFESTAÇÕES: UM ESTUDO SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA E AS PRISÕES EM FLAGRANTE EM UMA DELEGACIA DE PRONTO ATENDIMENTO DO RIO GRANDE DO SUL. No texto, propõe-se um feixe de informações e reflexões sobre o acesso à justiça, na perspectiva de investigar a rotina de pronto atendimento na Delegacia da Central de Atendimento em Canoas, município do Rio Grande do Sul (região metropolitana) a partir de dados sobre as prisões em flagrante. Variáveis relativas ao período de restrições decorrentes da COVID 19 e seus predicados foram estudados para perquirir sobre o atendimento, o fluxo dos trâmites e o interrogatório na fase investigativa, por exemplo.

16) Ana Flavia De Melo Leite (pela Universidade La Salle/Canoas-RS) também apresentou outro trabalho escrito em coautoria com Gabriel Silva Borges e Guilherme Dill, intitulado O MANDADO DE PRISÃO E A INVIOABILIDADE DOMICILIAR: ANÁLISE EMPÍRICA NO ESPAÇO URBANO E A TEORIA DE CHICAGO. Nesse texto, se pretendeu investigar – com base em uma leitura criminológica das teorias sociais da ‘Escola de Chicago’ – a questão dos cumprimentos de mandados de busca domiciliar e/ou as hipóteses autorizadas (ou não) de ingresso sem a ordem judicial, para um estudo sobre a influência da própria condição urbana na atividade e nos permissivos de atividade policial desse cariz. Temas como a pertinência, o controle da legalidade da atuação e a forma da mesma se cotejam com a própria espacialidade urbana e suas sociabilidades.

Desejamos uma ótima leitura e um até breve, pensando já nos próximos encontros e edições!

Prof. Dr. Zulmar Antonio Fachin

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan

Passo Fundo, Brasil / Buenos Aires, Argentina.

Outubro de 2023.

OS DIREITOS ABSTRATOS COMO SALVAGUARDA PARA PERPETUAÇÃO DE RELAÇÕES DE DOMINAÇÃO: A PLENITUDE DE DEFESA E A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

ABSTRACT RIGHTS AS A SAFEGUARD FOR THE PERPETUATION OF DOMINATION RELATIONS: THE FULLNESS DEFENSE AND LEGITIMATE DEFENSE OF HONOR

Gabriel Antinolfi Divan ¹
Joana Machado Borlina ²

Resumo

O estudo aborda a potencialidade lesiva do direito abstrato da plenitude de defesa, intrínseca ao júri, mediante o emprego da retórica da tese da legítima defesa da honra. Para tanto, observa às relações de dominação inerentes à sociedade das quais decorre a perpetuação de discriminações simbólicas. Assim, com o uso de recensão bibliográfica e análise literária e jurisprudencial, inquirindo a necessidade da ponderação entre princípios com uma atenção voltada às relações de poder que subjugam a mulher. A primeira seção averigua os princípios da plenitude e da ampla defesa. A segunda parte elucida questões referentes ao pluralismo inerente à Constituição e à colisão entre valores constitucionais antagônicos. A terceira e última parte, por sua vez, verifica os desdobramentos que proporcionam o arraigamento de relações de dominação, que usurpam a aplicação do direito ilustrado da plenitude de defesa. Por fim, conclui pela necessidade de sopesar direitos abstratos em conformidade com todo sistema constitucional e de se ater às microrrelações de poder, a fim de combater discriminações enraizadas na sociedade.

Palavras-chave: Conflito de princípios, Legítima defesa da honra, Plenitude de defesa, Relações de poder, Tribunal do júri

Abstract/Resumen/Résumé

The study addresses the harmful potentiality of the abstract right of fullness defense, intrinsic to the jury, through the use of the rhetoric of the thesis of legitimate defense of honor. To do so, it observes the domination relations inherent in society from which the perpetuation of symbolic discrimination stems. Thus, with the use of a bibliographic review and literary and jurisprudential analysis, inquiring the need for weighting between principles with a focus on power relations that subjugate women. The first section investigates the principles of fullness and ample defense. The second part elucidates issues related to the pluralism inherent in the

¹ Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Coordenador do Projeto de Pesquisa "Estado de Direito, Sistemas de Justiça e Crítica Jurídica" (PPGD/UPF-RS)

² Mestranda em Direito (UPF-RS). Integrante do Projeto de Pesquisa "Estado de Direito, Sistemas de Justiça e Crítica Jurídica" (PPGD/UPF-RS).

Constitution and the collision between antagonistic constitutional values. The third and last part, in turn, verifies the developments that provide the rooting of relations of domination, which usurp the application of the enlightened right of full defense. Finally, it concludes that there is a need to weigh abstract rights in accordance with the entire constitutional system and to stick to micro power relations, in order to combat discrimination rooted in society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conflicts of principles, Fullness defense, Jury court, Legitimate defense of honor, Power relations

Introdução

O ideal da legalidade, na sua origem, manifesta preocupação com a tutela de direito e garantias individuais que livrem o homem do arbítrio Estatal. Contudo, essa preocupação, que traduz positivamente legislativas, em virtude de preceitos de cunho preconceituoso que estão enraizados dentro da sociedade, por vezes acabam consubstanciando-se, de forma deturpada, escudo para efetivação de discursos de dominação. Uma exemplificação disso é a interpretação corrompida dos direitos abstratos a fim de amparar relações de dominação.

Nesse vértice, eclode a aplicação deturpada do princípio da plenitude de defesa, inerente ao exercício de defesa no plenário do tribunal do júri, a qual, em sua atuação, passou a abarcar a temática da legítima defesa da honra.

Com escopo de contornar a aplicação desta retórica explicitamente discriminatória, o Superior Tribunal Federal realiza inequívoca ponderação entre princípios constitucionais que conflituavam quando do emprego da referida tese, reconhecendo a potencialidade lesiva da ilustração da plenitude de defesa.

Desse modo, o objetivo deste estudo é analisar a abstração da plenitude de defesa no tribunal do júri, se atentando a aplicabilidade deste princípio arraigada pelas relações de poder dentro da sociedade, as quais, até mesmo involuntariamente, apregoam inferioridades das quais acabam legitimando a retórica da legítima defesa da honra.

A justificativa provém da necessidade de analisar os perigos da interpretação e aplicação de um direito ilustrado que num primeiro contato parece ilimitado.

Para tanto, vale-se da pesquisa bibliográfica, mediante o uso da doutrina clássica e atual, bem como embasado na jurisprudência do Superior Tribunal Federal. Ainda, com a aspiração de auxiliar na elucidação da pesquisa ora proposta, expõem-se que o estudo foi delimitado e desenvolvido em três capítulos.

A primeira seção irá se ater a abordar as similitudes e as discrepâncias entre a ampla defesa e a plenitude de defesa.

A segunda, por sua vez, irá analisar a pluralidade de direitos que formam o texto constitucional e, conseqüentemente, formam a unidade da Constituição. Além disso, irá abordar colisões que porventura decorrem deste vasto catálogo de direitos heterogêneos.

Por fim, na terceira seção, será averiguada a potencialidade lesiva do direito abstrato da plenitude de defesa, que, em razão da ausência de limitação legal, daria arcabouço para propagação e justificação para relações de repressão que estão inseridas dentro do tecido social, as quais estariam em descompasso com a unidade da Constituição.

1. A Plenitude de Defesa e a Ampla Defesa

Em análise detalhada aos modelos penais, Luigi Ferrajoli (2002, p.73) traça uma tabela analítica e sistemática daqueles princípios que deveriam estar consubstanciados em um sistema estritamente garantista, comentando que ordenamentos autoritários se individualizam pela falta ou lesão de todos, ou de alguns, destes valores principiológicos.

Esses princípios “estão ligados entre si”, sintetizando aquilo que reconhece por axiomas garantistas, que, malgrado não descrevam aquilo que realmente ocorre, prescrevem aquilo que deveria ocorrer no sistema jurídico. A função específica destas garantias, no direito penal, não é garantir ou legitimar modelo processual, mas “condicionar ou vincular, e portanto, deslegitima o exercício absoluto da potestividade punitivista” (FERRAJOLI, 2002, p. 74).

Disto, retira-se que o objetivo precípua desse sistema, nada mais é, do que impor certas restrições ao poder de punir do Estado, evitando, conseqüentemente, a aplicação arbitrária do poder de punição do Estado. Isso fica mais evidente quando se nota que esses princípios foram elaborados nos séculos XVII e XVIII por pensadores jusnaturalistas que à época combatiam o absolutismo do Estado e os conceberam como princípios políticos de limitação do poderio penal absoluto (FERRAJOLI, 2002, p.74), cujo exercício do *jus puniendi*, até então, atuava mediante a estrita vontade daqueles que controlavam a máquina.

Dentro desse conjunto de axiomas que visam limitar o poder de punição do Estado, se caracteriza um princípio mote, que dá arcabouço a todos os demais axiomas principiológicos: a legalidade estrita, que faz com que todas as demais garantias, aliadas a ela, sejam condições necessárias para legalidade penal e um processo garantista. A legalidade estrita é aquele dogma garantidor de que todas as demais fontes do ordenamento jurídico estejam em conformidade com uma processualística não arbitrária, é “uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes” (FERRAJOLI, 2002, p. 75-76).

O princípio do devido processo legal decorre justamente da necessidade de alicerçar a existência de uma processualística justa e livre de quaisquer arbitrariedades. Nessa linha, o *due process of law*, sistemática e historicamente, decorre do princípio da legalidade, tratando-se de garantia aos abusos cometidos pelo soberano; por isso, também, “é um princípio regente, que envolve todos os demais princípios penais e processuais penais”, que deverão ser observados para que um indivíduo seja condenado com justiça (NUCCI, 2018, p.235).

Originando-se do devido processo legal, apresentam-se dois dos axiomas garantistas de Ferrajoli: o direito ao contraditório e à ampla defesa, que nada mais são do que corolários

deste primeiro axioma (MORAES, 2022, p.146), concorrendo a conclusão da premissa antes exarada de que todos os princípios, dentro do modelo garantista, encontram-se interligados.

O sistema constitucional brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988 adotou o sistema garantista em seu regramento, de modo que entre o seu vasto rol de direitos e garantias fundamentais encontra-se positivado o devido processo legal (art. 5, inciso LIV) e seus corolários: o contraditório e a ampla defesa (art. 5, inciso LV). Aqui, vale destacar, que se assegura esta prerrogativa aos litigantes de todos os processos judiciais e administrativos, não tendo importância o ramo do direito, e nem a matéria que se está sendo discutida.

Em contrapartida, no art. 5, inciso XXXVIII, também da Carta de 1988, encontra-se inserto o direito à plenitude de defesa, a qual será assegurada nos procedimentos que tramitarem junto à instituição do Júri, isto é, aos crimes cometidos contra à vida.

Apresentados esses institutos jurídicos que, similarmente, decorrem da necessidade de assegurar o devido processo legal, resta imperioso enfatizar que, não obstante, numa primeira análise, pareçam análogos, ao se aperfeiçoarem salvaguardam situações fáticas distintas. Assim, acaba que inexiste repetição positivada junto à Constituição, visto que dada sua importância, não abre espaço para utilização de tautologias e repetições (NUCCI, 2016, p.26)

Outro elemento a ressaltar é a diferença ortográfica e de sentido de ambos os institutos. Para tanto, Nucci (2016, p.26) asseve que “*Ampla* é algo vasto, largo, copioso, enquanto *Pleno* equivale a completo, perfeito, absoluto”. Mediante a dicotomia de sentido entre estes termos, surge a diferença mais importante a ser debatida quanto a estas maneiras de defesa: a ampla defesa, compreende-se no “asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário” (MORAES, 2021, p.146).

A ampla defesa, nesse sentido, malgrado seja uma prerrogativa do acusado, limita-se dentro do próprio regime jurídico, noutros termos, permite que a defesa técnica a exerça atentando-se para os ditames legais que estejam igualmente presentes dentro do ordenamento jurídico.

A plenitude de defesa, por seu turno, não encontra óbice junto ao aparato jurídico, pois se trata do exercício da ampla defesa com significativo acréscimo: a defesa poderá empregar de todas as narrativas que venham consubstanciar-se pertinentes para o julgamento dos fatos, de modo que, até mesmo, poderá valer-se de recurso argumentativo *contra legem*, pautando-se em discursos impregnados pela ordem emocional, social, moral, cultural, religiosa, dentre outros que forem alicerçados pertinentes à defesa daquele determinado réu (LIMA, 2020, p. 1140).

Ponto importante a ser ressaltado diz respeito ao porquê no Tribunal do Júri permite-se mais do que a ampla defesa: a plenitude de defesa.

Num primeiro momento, retoma-se a conceituação anteriormente apresentada quanto à ampla defesa tendo suas nuances centradas na necessidade de assegurar o devido processo legal a fim de evitar que o acusado seja julgado, e quiçá condenado, sem ter tido a prerrogativa de se defender dos fatos que são imputados contra sua pessoa. Esse ponto, cabalmente, assegura que o réu possa manter intacta sua inocência, inibindo a possibilidade do retorno daquele passado não tão longínquo, quando era visto exclusivamente como objeto no processo.

Para tanto, na ampla defesa, pelo fato de o julgamento ser proferido por um juiz togado, e em tese imparcial, nada mais é a utilização de argumentação jurídica que será utilizada frente ao magistrado, que “é bem-preparado e conhecedor das leis e da jurisprudência, podendo suprir eventual falha na defesa, aplicando a melhor solução ao caso, mesmo que não tenha sido o pedido formulado pelo advogado” (NUCCI, 2015, p.391). Para assim, conseguir contrapor-se às imputações realizadas pela acusação, cuja prerrogativa base é tentar romper a presunção de inocência de que goza o acusado.

Em contraponto, a plenitude de defesa tem como julgadores pessoas do povo, os juízes leigos, as quais não possuem, e não são obrigadas a deter, o conhecimento das teorias, leis e demais fontes do direito. Esses jurados, ao contrário do juiz togado, não podem suprir eventuais falhas defensivas quando da sua atuação (NUCCI, 2015, p.231). Além disso, calha ressaltar que não tem a obrigação constitucional de fundamentarem as suas decisões, justamente porque lhes é assegurado o sigilo das votações (art. 5, inciso XXXVIII, aliena “b”, CF/88). Nesse aspecto, os jurados simplesmente votam, condenando ou absolvendo o acusado com base na sua íntima convicção, formando esta mediante suas vivências, o meio que estão inseridos, as ideologias e anseios que se encontram presentes no seu consciente, motivo pelo qual se deve assegurar à defesa o exercício da defesa plena (NUCCI, 2016, p.32-36).

Além disso, devido ao seu caráter excepcional, aplicável tão somente aos julgamentos de competência do Tribunal do Júri detém dupla função, conforme abordado por Aramis Nassif. A primeira concerne à possibilidade de o acusado poder ser julgado por seus pares, que poderão compreender a sua conduta reprovável ou não com base nos anseios sociais naquela instalados naquela comunidade. Além disso, o julgamento pelos pares figuraria a participação democrática também dentro do Poder Judiciário, porquanto quem estaria aplicando, em tese, a justiça seria o povo, razão pela qual sempre onde houver a presença de tendências arbitrárias, haverá a abolição do Tribunal do Júri (NASSIF, 2008, p. 9-31).

Nesse contexto, conclui-se a plenitude de defesa como o aperfeiçoamento da ampla defesa, com tendência inexoravelmente abrangente da última. Até mesmo porque, “provoca o desequilíbrio entre as partes (acusação e defesa), devendo pender o juiz, nas questões de direito, em favor do defensor, logo, do acusado” (NUCCI, 2016, p. 37).

Entretanto, embora seja atribuído esse caráter mais abrangente à plenitude da defesa, na qual, como visto, poderá a defesa valer-se de argumentação extrajurídica a fim de exercer esse direito junto ao tribunal do júri, surgem questões que causam forte debate na seara jurídica quanto à possível limitação deste princípio constitucional especial. Afinal, a plenitude de defesa abarca qualquer tipo de argumentação, ou poderá sofrer restrições, rechaçando a utilização de teses que poderão caracterizarem ilegais, imorais, antiéticas ou até inconstitucionais? Isso foi objeto de resposta da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779, que, efetuou uma rebuscada análise no tocante aos conflitos entre princípios constitucionais.

2. As Colisões de Princípios Constitucionais

A Constituição de um Estado de Direito caracteriza-se justamente por ser instrumento permeado de técnicas e elementos jurídicos que tem como escopo precípua o reconhecimento e a proteção de direitos e garantias. Dentro desse sistema constitucional, existem características determinadas e próprias. Primeiramente, são marcadas como implacável fonte do direito, sendo a fonte máxima do ordenamento jurídico, com a função de nortear todo o regramento. Não só isso, trata-se de um documento também político, que apresenta vasta pluralidade de valores que são entendidos cruciais àquela sociedade. Por isso, o legislador entendeu pormenores que devia trazê-los para dentro do texto constitucional (PINO, 2018).

A pluralidade de valores compreende assídua extensão de direitos catalogados dentro da Constituição. Então, por esse lado, afirma-se que a característica mais marcante da Carta se individualiza através da rica e heterogênea dimensão ética e, também, substancial de direitos, princípios, objetivos e valores que são incorporados dentro do texto constitucional, a modo que são elementos que perfectibilizam a incorporação destes valores oriundos da reflexão política e social, traduzindo o pluralismo (PINO, 2018, p.50-55).

Essa premissa reflete alguns pontos essenciais: em primeiro, não é adequado efetuar interpretação do texto constitucional analisando cada um dos valores positivados isoladamente, pois se está diante de inequívoco documento harmônico, no qual cada direito ali inserto, deve ser interpretado em conformidade com o todo. Em segundo, ao efetuar a aplicação desta Carta, com as regras e princípios positivados, caberá ao intérprete verificar que todo direito inferior a constituição se adegue com as diretrizes apregoadas pelo texto (PINO, 2018).

A despeito da vasta pluralidade de valores materializa-se uma unidade, constituindo um sistema cujos elementos positivados são coordenados para o mesmo vértice, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente, no qual o elo de todos esses valores é a Constituição, origem comum de todas as formas, conferindo, em virtude disso, unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico (BARROSO, 2009, p.202).

É justamente devido a existência da pluralidade de concepções, crenças, aspirações e interesses distintos que se torna imperiosa a unidade de interpretação, visto que a Constituição, afinal, “não é um conjunto de normas justapostas, mas sim um sistema normativo fundado em determinadas ideias que configuram um núcleo irreduzível” (BARROSO, 2009, p.202).

Em razão da unidade, por mais que existam valores antagônicos positivados, “impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas”, o que deverá ser feito guiado pela grande bússola da interpretação: a Lei Maior (BARROSO, 2009, p.202).

Com efeito, malgrado exista pluralidade de valores que se traduzem em direitos, cada um possui âmbito de aplicação e, em contrapartida, estão igualmente sujeitos a intervenções, que devem, obrigatoriamente, considerar a aspiração primordial esculpida na Constituição.

No tocante à unidade constitucional, entretanto, existem divisões que separam as normas em dois grupos: regras e princípios. Ronald Dworkin, na sua teoria, estabeleceu a principal diferença: as regras seriam aplicadas na forma “tudo-ou-nada”, pois, caso divergissem, bastava a extirpação de uma do ordenamento para resolver a questão (DWORKIN, 2002, p.39-43).

Lado contrário, para solucionar conflitos entre princípios, que “*tienen una tendencia inevitable a superponerse y entrar en conflicto entre sí*” (PIÑO, 2018, p.64), em virtude de sua dimensão de importância, quando entram em choque, refuta-se, de imediato, a aplicação da regra do “tudo-ou-nada”. Quando dois princípios de mesma hierarquia inter cruzarem, caberá ao intérprete resolver aquele conflito levando em conta a força de cada um deles dentro do caso concreto, da mesma forma que ambos deverão permanecer intactos (DWORKIN, 2002, p.57).

Em suma, quando ocorrer a subsunção do direito ao caso concreto, o princípio vencido não irá simplesmente desaparecer do ordenamento, mas, apenas, não será aplicado naquele caso.

Nesse cenário, o problema desencadeado por uma Carta formada por catálogo extenso e heterogêneo de direitos é que, em alguns casos, a interpretação de determinado dispositivo irá permitir certa conduta, ao passo que, se analisado sob ótica de outro dispositivo, terá esta mesma conduta sido proibida, desautorizando sua prática (PINO, 2018, p. 64).

Outrossim, Robert Alexy (2006) explica princípios como mandados de otimização, visto que sua satisfação depende das possibilidades fáticas e jurídicas, de modo que, havendo

choque entre dois princípios, um desses irá ter que ceder. Não obstante, isso não pode ser compreendido como cláusula absoluta, pois o princípio vencido não terá que sucumbir eternamente frente aos demais, o que ocorre é que, em determinadas situações, um princípio terá mais importância. Por consequência, quando dois princípios entrarem em conflito, será necessário *“encontrar un modo de solución del conflicto que garantisse algún grado de respeto, de atención, para el derecho o principio que finalmente tendrá que ser sacrificado. La respuesta a estas exigências es confiada a las conocidas palabras magicas ponderación, proporcionalidade, razonabilidad”* (PINO, 2018, p. 65).

Isso traduz o que Alexy (2006, p.93-95) reconhece por lei da colisão, teoria que prevê que os casos que haja dissidência entre dois ou mais princípios, necessariamente seja efetuada a ponderação, a fim de decidir qual dos combatentes terá mais peso naquela situação concreta. Assim, ocorre aquilo que o autor atribui o nome de sopesamento, que tem o escopo de definir qual daqueles interesses que abstratamente ocupam o mesmo grau hierárquico terão mais peso à luz da situação concreta.

Além disso, atentando-se àquilo que preleciona o garantismo no tocante à interligação dos valores, bem como atendo-se ao fato de que os princípios formam uma unidade, posto que não estão soltos dentro da Carta, de modo que cabe a quem for interpretar seus mandamentos atuar em apreço à harmonia e ao equilíbrio normativo (BARROSO, 2010, p.206), finda-se a premissa inicial instalada nesse capítulo: a Constituição deve ser interpretada de maneira que evite os antagonismos, antinomias, entre as suas normas pluralistas e heterogêneas, para efeito de compatibilizar eventuais espaços tensão proveniente justamente de vasto catálogo.

Além disso, havendo princípio resistente a ponto de sempre ser absoluto em relação aos igualmente hierárquicos estabelecer-se-ia regra, em virtude de um princípio que desconhece limites (ALEXY, 2006, p.111). Nesse sentido, ordem jurídica alguma pode proteger direitos fundamentais ilimitadamente, porquanto ensejaria blindagem protetiva de determinado dogma, dando arcabouço a determinada prática (SARLET, 2012, p. 396).

Por essa razão, inexistem princípios soberanos acentuando-se a impossibilidade de um princípio estabelecer regra geral em virtude da sua preponderância frente aos demais, ou seja, dar-se-á com prioridade absoluta, bem como permitir que determinado princípio, sempre, seja perdedor no caso de sopesamento. Porquanto se estaria amputando um pedaço da Constituição, ou deturpando o sistema em seu caráter de unidade harmônica (PINO, 2018).

Com isso, conclui-se que a argumentação ligada à plenitude de defesa, cuja atribuição de infundável decorre da possibilidade do emprego de todo tipo de argumentação quando de seu exercício, incluindo aquelas de caráter extrajurídico, indubitavelmente pode sofrer restrições,

a fim de atuar em harmonia para com os demais princípios igualmente constitucionais. Deve-se rememorar que isso ocorre em virtude da inevitável necessidade de coexistência atrelada a todos os valores constitucionais positivados, inclusive os contrapostos dentro do seu teor.

Caso um princípio ultrapasse o teor da Constituição, há a necessidade de inibir esta utilização voltada ao arbítrio respaldado pelo próprio direito, uma vez que aqueles direitos formalmente ilimitados, desprovidos, *prima facie*, de qualquer reserva, devem ser restringidos caso se revele necessário para manutenção de garantias de igual valor (SARLET, 2012).

Referida solução se corporifica no julgamento da ADPF 779, uma vez que, ao firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra seria inconstitucional, por contrariar os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade, o STF alicerçou inequívoca técnica ponderativa entre os princípios acima transcritos e a plenitude de defesa.

3. Direitos abstratos e relações de dominação: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779

O Supremo Tribunal Federal ao examinar a arguição de descumprimento de preceito fundamental aforada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), ADPF 779, reconheceu a inconstitucionalidade da legítima defesa da honra, compreendendo que “não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri”, justamente por constituir instrumento que salvaguardar ilícitos (STF, 2023).

A Corte Plena reconheceu a impossibilidade de a defesa se valer direta e indiretamente da retórica da legítima defesa da honra, reconhecendo que referida temática viola princípios de igual hierarquia: a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à igualdade de gênero; pilares da ordem constitucional, concluindo pela implausibilidade de evocação da tese, por se tratar de abertura para retóricas que não condizem com a unidade constitucional (STF, 2023). Com isso, realizou incontestável sopesamento de princípios constitucionais, de maneira a limitar o exercício da plenitude de defesa no plenário do júri.

Com efeito, direitos constitucionais “não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas” (MORAES, 2020, p.61), de modo que, o STF ao reconhecer a inconstitucionalidade desta tese, atentou-se a potencialidade lesiva ocasionada pela aplicação deturpada de um direito abstrato que, *prima facie*, parecia limitado. Direito este que, estava sendo utilizado para instituir desigualdades, se caracterizando verdadeiro arcabouço para proteger discriminações (STF, 2023).

A origem da criação dessa interpretação deturpada da plenitude de defesa, a qual, como visto, permite a utilização de teses extrajurídicas para formação da íntima convicção dos juízes

leigos, eclode de uma cultura que predominantemente concebe certas situações com base em valores patriarcais enraizados dentro do tecido social.

Quanto a estes valores arraigados dentro da sociedade, Trubek (2007), propondo-se a reconstituir a teoria de Marx Weber, ilustra a tentativa de Weber de compreender o porquê de o direito possuir tamanha importância no sistema capitalista. Ressaltando que a esquematização proposta por Weber percebe o direito como categoria ampla e genérica que caracteriza um poder traduzido em garantias à sociedade, contendo em seu arcabouço um conjunto de proposições normativas que são aceitas, em geral, pela coletividade (TRUBEK, 2007, p.157).

Weber defendia a existência de relação mútua entre estruturas políticas e jurídicas e, em sua sociologia política, construiu o conceito de três formas de dominação, das quais, para o autor, o direito estaria associado a todas. Dentre elas a legal, que será tratada pelos indivíduos inseridos dentro de uma ordem social como legítimas “porque são emitidas conforme hábitos imutáveis” (TRUBEK, 2007, p.162). E para essa dominação legal funcionar, surge um modelo chamado de legalismo, que sugere a necessidade de conceber uma sociedade dominada por um sistema de regras autônomas (TRUBEK, 2007).

Para isso funcionar, deveria haver uma diferenciação entre todas as formas de poder e o direito, o qual deveria ser autônomo em relação a outros sistemas que exerçam influência sobre o sujeito. Porquanto, “o direito deve ser separado do poder e da religião se quiser atingir objetivo e formular e conservar regras gerais ambíguas”, pois, caso contrário, as regras iriam existir apenas no sentido abstrato e não terão o impacto social esperado (TRUBEK, 2007).

Isso é o que ocorre com a tese da legítima defesa da honra, a qual reproduz clara ausência de separação de determinado poder, o patriarcal, com relação a um direito abstrato previsto dentro do texto constitucional, a plenitude de defesa. Que, ao permitir a utilização de teses extrínsecas a ordem jurídica em sua atuação, legitimou retórica que, por mais repugnante, era abertamente aceita pelos membros da sociedade.

Assim, a aplicação da legítima defesa da honra, em virtude da ausência de dicotomia no tocante ao direito, ao patriarcado e à desigualdade de gênero, desencadeou a existência de uma norma consolidada exclusivamente numa premissa em dissonância com o ordenamento, mas que, no entanto, está em consonância com valores amplamente aceitos pela sociedade.

A aplicação destes valores atrelados aos ranços sociais e culturais inerentes no contexto social decorre daquilo que Bordieu (1989) irá chamar de “poder simbólico”, cuja estrutura incorpora as relações culturais implícitas e subjetivas contribuindo, desse modo, para o controle ideológico de grupos sociais. Isso porque, “o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível

o qual só pode ser conhecido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (BORDIEU, 1989, p.7-8).

Trata-se de uma forma de poder que exerce uma influência significativa na preservação das relações de dominação preestabelecidas, de modo que esse poder simbólico, ao ter por escopo a perpetuação de uma dominação de uma classe sobre outra, assegura essa dominação através daquilo que Bourdieu chama de “violência simbólica” (BOURDIEU, 1989).

Nesse rumo, Foucault (2021, p. 85), estabelece que o poder não está categoricamente localizado na figura do Estado e que, por isso, nada mudará nas relações sociais enquanto os mecanismos de poder, que funcionam abaixo ou a lado do Estado, não forem modificados.

Em primeiro lugar porque, como posto por Weber, o direito decorre do Estado, estando ambos estritamente interligados. O direito se caracteriza como produto do Estado, porém, mais do que isto, é o produto do Estado capitalista, fomentado por relações antagônicas necessárias, inclusive, a manutenção de seu domínio, intrinsecamente ligadas ao sistema político, social e jurídico, que contribuiu à manutenção de dominação (MASCARO, 2013).

O controle do feminino difunde-se principalmente da necessidade do Estado, atuando como agente do capital, organizar o trabalho. Nesse sentido, “ao negar às mulheres o controle sobre seus corpos”, constituiu política estatal que forçava mulheres a ficarem subordinadas a função de reprodutoras de material ao sistema: a reprodução de mão de obra. Desencadeando elevada onda de misoginia, a qual só trinfou na sociedade devido à cooperação das autoridades do Estado (FEDERICI, 2021, p.182-190).

Além disso, a política estatal capitalista, após privar os homens de suas terras mediante à política de cercamentos, fez com que as mulheres se tornassem “substitutas das terras que eles haviam perdido com os cercamentos, seu meio de reprodução mais básico e um bem comum de que qualquer um podia se apropriar e usar segundo a sua vontade” (FEDERICI, 2021, p.191).

Esse movimento, desencadeado através da caça às bruxas, para Silvia Federici (2021), teve papel central na construção da degradação da identidade social de mulheres, que foram jogadas ao papel de seres secundários e submissos. Em seu ponto de vista, a caça às bruxas “foi um momento decisivo na vida das mulheres”, equivalendo-se a derrota histórica do Direito Materno trabalhada por Engels¹, uma vez que destruiu “todo um universo de práticas femininas, de relações coletivas e de sistemas de conhecimento que havia sido a base do poder das mulheres na Europa pré-capitalista” (FEDERICI, 2021, p.205).

¹ Friederich Engels na obra: “*A origem da família, da sociedade privada e do Estado*”, utiliza dos estudos de J. J. Bachofen para apontar a queda do Direito Materno como a principal derrota histórica do sexo feminino que, a partir disso, passou a condição de submissão em relação a ascensão do Direito Paterno.

Portanto, o Estado referendou a submissão das mulheres como forma de controlar sua sexualidade e conseqüentemente seu papel de reprodução, a qual estaria a serviço do Estado a fim de produzir mão de obra para o capitalismo. No entanto, mais do que isso, subalternizou as mulheres em relação aos homens, atribuindo-lhes a objetificação de propriedade masculina que, por ser seu dono, poderia inclusive dispor da sua vida. Assim, manteve controle sobre a ameaça que as mulheres representavam ao sistema capitalista².

O Estado referenda essa política de dominação, até mesmo porque, conforme posto por Mascaro, utópica a percepção de que o Estado é meramente um terceiro equidistante das partes, que teria a atribuição de pacificação social, consoante proposto por Thomas Hobbes. Em verdade, o Estado forma-se pelas camadas de antagonismos que o forma, das quais advém as mais diversas relações de poder que formam a sociedade e, conseqüentemente, o intercrusa com todas as relações de poder ali inseridas e, em face delas, justamente, constitui-se e, também, é constituído e modificado (MASCARO, 2013, p. 99).

Irrefutável desta formação proveniente dos antagonismos expostos às relações sociais que, o Estado, não articula poderio centralizado, pois age encadeando série infinita de relações englobadas no seu tecido social, formando “um modelo implícito de poder: uma disseminação de micro-poderes” (FOUCAULT, 2021, p.91).

Michel Foucault (2022), ao encontro do posto por Mascaro, estabelece que as relações de poder formam o Estado e, conseqüentemente, constituem o poder, visto que se estabelece e funciona em rede, de modo que, no contexto social, iram existir relações múltiplas de poder que “atravessam, caracterizam e constituem o corpo social” (FOUCAULT, 2022, p.101).

O sistema jurídico, em decorrência disso, se estabelece como canal de dominação que se classifica pela sujeição por ele desencadeada, dando arcabouço à soberania de determinada classe em detrimento das demais, com conseqüente perpetuação da obediência daqueles que são submetidos a estas dominações arraigadas no tecido social (FOUCAULT, 2021, p. 102).

Portanto, retomando Bourdieu, o Estado possuiria o direito como meio de legitimar a violência simbólica, pois “consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão desta ordem que é uma visão do Estado garantida pelo próprio Estado (BOURDIEU, 1989, p.237), uma vez que é quem garante a violência simbólica que ele mesmo reproduz ao invés de rebater.

O direito, nesse contexto, utilizado pelo Estado como forma de manter a hegemonia de certos grupos sociais, isto é, mantendo relações de dominação, configuraria uma imposição

² Silvia Federici na obra “*Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*” iria desenrolar narrativa no tocante à ameaça que o poder das mulheres em suas comunidades representava a política do capital.

das classes dominantes para manter seu status de superioridade. Mais precisamente, nas palavras de Bourdieu, “o direito é, sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos”, mais do que isso, “ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda permanência, a das coisas, que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições (BOURDIEU, 1989, p.237).

Aqui, estabelece-se um liame entre as temáticas até então expostas: o Estado é formado pelas relações de poder que estão arraigadas dentro do seu contexto social que, por lógico, tem o condão de formá-lo. Este Estado, por sua vez, é um produto fortuitamente ligado ao sistema capitalista, para não dizer um mero fantoche. Logo, determinadas relações de subordinação são compreendidas imprescritíveis a manutenção do sistema, como ocorreu com o sexo feminino, reiterando-se a premissa de que o Estado capitalista necessita de relações antagônicas para sua manutenção. Por isso, esse aparato desenvolve o referido poder simbólico, que irá garantir a perpetuação de violências sem se preocupar com atenuá-las. Daqui, decorrem os chamados direitos abstratos sendo deturpados através do exercício do poder simbólico.

Com base nisto, surge uma possível resposta a tardia constatação da prejudicialidade da legítima defesa da honra dentro da plenitude de defesa: o direito, analisado mediante produto do Estado capitalista, que subalternizou a mulher com a finalidade de perpetrar a hegemonia de grupo que aspirava o poder e, por isso, controlou a sexualidade feminina (compreendida como ameaça ao controle do poder), acaba sendo utilizado como guarida para manter subjugações, caracterizando o poder simbólico. Isso torna permissível o emprego da tese, que se fazia aceita pelos jurados, pessoas do povo, que inconscientemente praticavam a violência simbólica. Logo, dentro da utilização da tese da legítima defesa da honra haveria clara simbiose entre o Estado e a sociedade: manutenção de política de dominação capitalista e guarida para imutabilidade de relações sociais de poder impregnadas por preceitos culturais.

Noutros termos, existia uma predestinação do Estado em pactuar com tal política, criada por ele mesmo, a fim de manter a feminilidade sob o seu domínio para poder exercer controle.

Judith Butler (2018, p.60), aproximando-se da teoria de Bourdieu, assinala as relações binárias de gênero, estabelecidas mediante à cultura e à natureza, como marcos que estabelecem relação de hierarquia, cuja “cultura ‘impõe’ significado livremente à natureza, transformando-a conseqüentemente, num Outro a ser apropriado para seu uso ilimitado, salvaguardando a idealidade do significante e a estrutura de significação conforme o modelo de dominação”.

As relações de gênero são exemplificações de microrrelações de poder e, portanto, de forma indiscutível, são também relações de poder que geram, conseqüentemente, a simbiose entre dominado e submisso.

Nesse sentido, a produção de um regime específico da sexualidade que busca regular a experiência sexual ao instaurar categorias de sexo (BUTLER, 2018, p.42) regulamenta, via de regra, uma sexualidade que se vale de valores inerentes à cultura de determinada sociedade, reproduz, conseqüentemente, determinada lógica consubstanciada naquele meio social.

O não reconhecimento dessas relações de poder continuam construindo a sexualidade das mulheres, fazendo com que continuem não compreendendo sua real condição, vendo-se, tão somente com base na teoria predominantemente masculina. Tanto que, dentro da cultura, o feminino e seus prazeres são vistos como secundários, inclusive estaria especificamente “fora” da cultura (BUTTLER, 2018, p. 49-50).

Portanto, não haveria importância ater-se a combater determinada temática que tinha o condão de legitimar a violência contra a mulher, enraizada a possibilidade daquela prática no contexto social predominantemente masculinizado.

Voltando a Pierre Bourdieu (2002, p. 9), desse modo, a dominação masculina seria um “exemplo por excelência desta submissão paradoxal” que o autor chama de violência simbólica, a qual, inclusive, é invisível a suas próprias vítimas. A lógica de dominação exercida através do poder simbólico de dominação masculina é “conhecida e reconhecida tanto pelo dominante quanto pelo dominado”, de modo a transformar um arbítrio cultural em natural.

O problema é que, o lugar mais visível do exercício desse poder é na unidade doméstica, “mas em instâncias como a Escola ou o Estado, lugares de elaboração e de imposição de princípios de dominação que se exercem dentro do mesmo universo”, passa despercebida a necessidade de desconstituir tais relações de poder, em que pese seja imenso campo aberto que se perfaz imperiosa a refutação destes ranços culturais (BOURDIEU, 2002, p.10).

Tanto é verdade que o discurso da legítima defesa da honra passou despercebido pela cultura jurídica. Tampouco foi objeto de preocupação da sociedade, que naturalizou a prática, tanto que aceitava a retórica utilizada junto ao tribunal do júri para absolver o acusado de feminicídio. A naturalização dessa subordinação da mulher, decorrente do poder simbólico, que naturaliza as relações de submissão, acarretou a aplicação deturpada do princípio da plenitude da defesa, e da salvaguarda da honra, ambas previstas na Constituição.

Tamanha a dimensão da violência simbólica perpetrada pela dominância masculina, que até mesmo em obras literárias de renomados autores brasileiros é facilmente possível encontrar a utilização da defesa da honra com a perpetração de um crime doloso contra a vida.

Nesse sentido, duas obras merecem destaque. A primeira é “*Gabriela, Cravo e Canela*”, escrita em 1958 por Jorge Amado. O romance desenvolve-se no ano de 1920, sendo iniciado com a narrativa de dois homicídios: o marido traído decide matar a esposa e o amante para lavar sua honra. No romance, a conduta justifica-se, pois, “a honra do marido enganado só com a morte dos culpados pode ser lavada (AMADO, 2021, p.6). Para além, Jorge Amado completa o trecho com a seguinte frase: “não estava contida em nenhum código”, estando apenas “na consciência dos homens” (AMADO, 2021, p.6). Denotando, assim, que a defesa da honra com o homicídio era intrínseca a cultura da sociedade, um verdadeiro poder simbólico.

A segunda obra que aponta situação análoga é “*Continente I – O Tempo e o Vento*”, do autor gaúcho Erico Verissimo, publicada em 1949. Em parte da narrativa, Ana Terra, única filha mulher de proprietário de terras, se envolve amorosamente com um índio, Pedro Missioneiro, empregado de seu pai, e acaba engravidando sem estar casada. Posteriormente, a personagem exclama única preocupação: “A honra! A honra! A honra! (...) A honra, mãe. Ele (o pai) vai me matar” (VERISSIMO, 2000, p. 106).

Da passagem breve destes dois clássicos da literatura brasileira, nota-se que a proteção da honra do homem (pai e marido), perpetra-se dentro do cenário social através de um poder simbólico que, retomando autores anteriormente esmiuçados, constituem relações de poder que perpetuam a relação de dominação dos homens em detrimento das mulheres, que permanecem expostas a um contexto em que sua inferioridade, de modo que a extirpação de sua vida em nome de um bem jurídico tutelado subjetivo do homem (a honra), qualificar-se-ia justificada.

Entretanto, não é só dentro da cultura social e da literatura que isso ocorre, dentro da legislação do Brasil Colônia, havia dispositivos legais que positivavam a supressão da vida da mulher com forma de restaurar a honra do homem. Noutras palavras, além de ser aceito pela sociedade, havia legalização, as Ordenações Filipinas, permitindo tal conduta³.

Nesse contexto, nota-se que a salvaguarda da honra pelo feminicídio, além de qualificar o poder simbólico inerente à sociedade, que perpetua relações de dominação contra

³ Consoante o “Título XXXVIII do Livro V” das Ordenações Filipinas, era plenamente possível o assassinato da mulher como instrumento de salvaguardar a honra do marido traído: “Do que matou sua mulher pola achar em adultério: “Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando malasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso mas será degradado para Africa com pregão na audiência pelo tempo, que os Julgadores bem parecer, segundo a pessoa que matar, não passando de trez annos”.

à mulher sem que seja cabalmente percebido, também encontrava arcabouço legislativo. Situação que, possivelmente deflagrou a utilização da tese em plenário mesmo após a supressão legislativa das Ordenações Filipinas.

Desse modo, a utilização dessa tese consubstancia-se verdadeiro artifício utilizado pelos advogados, que valendo-se desta violência simbólica enraizada dentro da sociedade, sabendo, perfeitamente, da inexistência desta previsão legal no atual ordenamento jurídico pátrio, após a supressão das Ordenações. Não obstante, anteviam que os jurados, justamente por desconhecer os ditames da legislação, “não iriam decidir com base no texto expresso a lei, mas de acordo com seus valores culturais” (ELUF, 2017, p. 238-243).

Entrelaçados à época, havia valores culturais fortemente ligados ao patriarcado e ao machismo, vigorando concepção de que a mulher era meramente um objeto do marido. Tanto que, a honra do homem, utilizada num contexto deturpado, estendia-se ao comportamento do sexo feminino, que por ser sua propriedade, maculava o homem. Assim, uma vez traído pela mulher, o marido precisaria lavar sua honra, extirpando a vida da adúltera. Assim, mostraria “à sociedade que sua reputação não havia sido atingida impunemente e recobriria o respeito que julgava haver perdido” (ELUF, 2017, p.239).

Corroborando com a noção de artifício utilizado pelos advogados, Evandro Lins e Silva, que à época atuou no Caso Doca Street defendendo o homicida da socialite Ângela Diniz e, inclusive, valendo-se da tese repugnante do “matei por amor”, externaliza em obra dedicada a sua trajetória, que “o júri, representando o pensamento médio da coletividade, tinha tendência a atender a esse sentimento generalizado, e na quase da totalidades dos casos as decisões eram no sentido de absolver os chamados delinquentes passionais”(LINS E SILVA, p.192).

Assim, adotou uma fórmula que desencadeia do homicídio privilegiado, recortando um de seus requisitos: o relevante valor moral, aplicando-lhe a interpretação a abarcar a afetação da dignidade e da honra (LINS E SILVA, p.196). No entanto, como a aceitação do homicídio privilegiado não importava na liberdade imediata do réu, “os advogados procuraram encontrar outras fórmulas capazes de fazer com que o júri, respondendo os quesitos”, aplica-se àquele réu um julgamento que iria além da vantagem.

Daí surge a alegação da legítima defesa da honra, que a sociedade admitia porquanto existem resíduos da permissibilidade, de modo que havia inclinação dos jurados para atenuar a responsabilidade do criminoso quando ocorresse o homicídio da mulher adúltera. Nessa toada, “a legítima defesa da honra é um exemplo de como os advogados procuram meios de invocar outras soluções, que podiam não ser técnicas do ponto de vista jurídico”, o que era secundário aos jurados, que, ao contrário do juiz togado, não está preso ao texto da legal (LINS E SILVA).

Nesse mote, resta inequívoca a potencialidade lesiva de um direito ilustrado, no caso, a plenitude da defesa, no tocante à possibilidade de permitir a perpetuação de relação de poder embasada, também, por valores culturais impregnados de violência simbólica.

Valendo-se de crítica de Federici a teoria marxista, destaca-se que a história “ensina que, mesmo quando os homens alcançam certo grau de liberdade formal, as mulheres sempre foram tratadas como seres socialmente inferiores, exploradas de modo similar às formas de escravidão (FEDERICI, 2018, p. 27).

Por este viés, mesmo existindo um sistema jurídico que apregoe a proteção de direitos a todos os indivíduos de uma sociedade, sempre haverá margem tão somente para aplicação destes direitos aos homens, ficando as mulheres à mercê da dogmática. A igualdade é apenas formal, não abrange materialidade no tocante ao sexo feminino, de modo que mesmo com todo avanço atinente a atual conjuntura, utilizava-se, e utiliza-se, de direitos como arcabouço para legitimar determinados valores culturais que inferiorizam grupos a margem do direito.

A materialização das relações de dominação mascaradas mediante exercício de direito abstrato, só ocorre porque há aceitação do Estado e, também, da sociedade em relação àquilo que é entregue a interpretação expansiva. Retomando-se aquilo que Marx Weber propunha: o direito deveria ser livre de outras formas de poder, de modo a permitir aplicabilidade imparcial, mas, no entanto, não é o que acontece.

Conclusão

Conforme anteriormente explanado, é crucial que a aplicação dos direitos seja baseada em uma visão holística e equilibrada, em apreço aos demais valores consubstanciados junto à Constituição, de acordo com a unidade que a origina.

Direitos abstratos, quando desvinculados de uma interpretação adequada, correm o risco de se tornarem objetos de salvaguarda para práticas ilícitas, podendo ser explorados de maneira oportunista para justificar ações prejudiciais. A ausência de uma análise sólida dos propósitos e limites dos direitos abstratos podem permitir que indivíduos ou grupos desfrutem dessas interpretações distorcidas como fachada de comportamento adequado à lei. Foi o que se sucedeu com o princípio da plenitude da defesa no caso da legítima defesa honra.

A supradita tese, até ulterior deliberação pelo STF mediante análise da ADPF 779, era amplamente compreendida como desdobramento lógico da plenitude de defesa, isto é, detinha sua permissibilidade atrelada ao exercício da defesa do acusado junto ao plenário.

Isso configura explícito direito abstrato cuja ausência de inteligíveis limitações ao seu exercício ensejou a sua aplicação deturpada, tornando campo de propagação de uma relação de dominação fortemente corporificada dentro da sociedade.

Dentro da plenitude da defesa, afigurada como direito abstrato, em tese, ilimitado, se passou a disseminar retóricas inerentes a preceitos culturais de determinados grupos, aceitas como desdobramento lógico do aludido princípio. A plenitude passou a englobar simbolismos que beneficiam os dominantes em detrimento dos subordinados, de modo a passar despercebida pelas estruturas do Estado, mais precisamente do Poder Judiciário, por grande lapso de tempo devido a dois fatores: arraiga-se na sociedade despercebidamente relações de dominação, que são analisadas como onipresentes pelos indivíduos, tanto que, até mesmo os submissos, não percebem que estão sendo manipulados por aquela repressão social. Seguidamente, o próprio Estado, constituindo-se das microrrelações de poder, legitima a dominação, isso sem contar que ele próprio, devido à sua estreita relação com o capitalismo, interessa-se pela manutenção de certos comportamentos.

Falar do direito dentro de sistema que inexoravelmente é imparcial, até mesmo porque, o próprio direito, concebe-se produto do Estado, mas não de um Estado qualquer, do Estado capitalista, torna temerário e impraticável apregoar que suas diretrizes alcançam equitativa e igualmente todos os indivíduos inseridos na coletividade.

Nesse cenário, manifestadamente, em que pese haja positivação de dogmas que visam proteger o sujeito da arbitrariedade estatal, estes mesmos dogmas desvirtuam-se para apregoar noções retrogradadas, insculpidas dentro da sociedade. Cria-se, irrefutavelmente, garantias para todos, porém, embasando-se pelo próprio sistema, criam-se formas de deturpar e fazer com que passem despercebidas relações de dominação.

O direito, desse modo, negligência grupos subalternizados, que ficam à mercê de sua aplicação. É como se apenas fossem criadas prerrogativas a determinados grupos, fidedignos da proteção oriunda do aparato estatal.

Tão enraizado isso que, embora tenha havido supressão da legítima defesa da honra do sistema jurídico com a cessão da lei colonial, a referida temática continuava sendo aceita pela sociedade, na figura dos jurados leigos, que absolviam o feminicida justificando sua conduta na proteção e restauração da honra masculina que haveria sido maculada pelo comportamento libertino daquela mulher percebida através de uma posição de propriedade.

A erradicação desta temática pelo Estado, mediante julgamento proferido pelo STF, não obstante tenha acontecido tardiamente, mostra uma sucinta preocupação do Estado de Direito em delimitar a utilização do arbítrio pautado no próprio direito. Entretanto, não elimina

a possibilidade da potencialização da retórica no meio social, a qual continuará fomentando dominações simbólicas.

Afinal, continuarão sendo proferidas decisões que devido à ausência de motivação pelos jurados em plenário, fortuitamente serão tomadas com base em preceitos restritos a consciência social: ao poder simbólico predominantemente discriminatório. Não dependendo da evocação da tese de forma explícita ou implícita pelos atores do tribunal do júri.

O processo para exterminar retórica fútil e torpe, que enseja na aplicação do homicídio qualificado, se este praticado em virtude da tão exclamada “proteção à honra”, reclama muito mais do que mera supressão de utilização por um Tribunal, que acertadamente entendeu pela impossibilidade do emprego da temática.

Além disso, calha registrar que o STF, neste julgamento, demonstrou sensibilidade no tocante a preocupação com a proteção do direito das mulheres. Porém, apenas a inibição do emprego de tese não irá aniquilar a objetificação feminina, vistas como propriedades de homens que podem dispor sobre suas vidas.

Essa eloquência depende de medidas que abranjam todo Estado, enfim, todas relações de potencializam a dominação feminina, a fim de, ao menos, controlar violências simbólicas que observam a sociedade como predominantemente masculinizada. Para haver, nem que seja atenuação de retóricas preconceituosas consubstanciadas junto aos grupos sociais, deve haver a propagação de atenção voltada às microrrelações de poder que formam o Estado, porquanto não basta, inexoravelmente, a mera positivação de direitos em um texto de lei. Isso porque, as próprias abstrações legislativas, quando analisadas de maneira errônea, dão arcabouço à prática de repressões provenientes dos antagonismos que decorrem destas relações.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5º ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

AMADO, Jorge. *Gabriela, Cravo E Canela*. LeLivros Online, 2021. Disponível em: <https://lereumvicio.files.wordpress.com/2016/06/gabriela-cravo-e-canela-jorge-amado.pdf>

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Trad.: Maria Helena Kühner, 2 ed., Rio De Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. *O Poder Simbólico*. Trad.: Fernando Tomaz, Rio De Janeiro, Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 779 (ADPF 779)*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>. Acesso em: 01/08/2023.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Trad.: Renato Aguiar. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, DWORCKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1º ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Federici, Silvia. *Calibã E a Bruxa Mulheres, Corpo E Acumulação Primitiva*. 2nd ed., Sao Paulo Ed. Elefante, 2018.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 13. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2021. Tradução de: Roberto Machado.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus: casos passionais e feminicídio: de Pontes Visgueiro e Mizael Bispo de Souza*. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8º ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MASCARO, Alysson Leandro. *ESTADO E FORMA POLÍTICA*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 37º ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NASSIF, Aramis. *Júri: instrumento de soberania popular*. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza et al. *Constituição Federal Comentada*. 1º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

_____. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense: 2015.

_____. *Tribunal do Júri*. 6º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015 REIS, Alexandre Celebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Processual Penal*. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PINO, Giorgio. *El constitucionalismo de los derechos: estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*. Trad.: César E. Moreno More. ZELA Grupo Editorial E.I.R.L.: Peru, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11^o ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

SILVA, Evandro Lins e. *O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC*. 3^o ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

TRUBEK, David M. *MAX WEBER SOBRE DIREITO E ASCENSÃO DO CAPITALISMO*. Revista Direito FGV, v. 3, n. 1, p. 151-186, 2007. Disponível em: periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35203/34005. Acesso em: 08/2023.

VERISSIMO, Erico. *O Continente I: O Tempo e o Vento*. 42 ed. Editora Globo: São Paulo, 2000.