

A CONTRADITÓRIA LIMINAR NA ADPF 779/DF

(ASSIM, MELHOR ABOLIR O JÚRI!)

César Faria¹ e Fernanda Ravazzano²

O PDT ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) insurgindo-se, na verdade, contra interpretação contida em decisão da 1ª Turma do STF acerca da soberania dos veredictos do júri, que restabeleceu a absolvição, em caso de tentativa de feminicídio, sob a justificativa de que o quesito genérico “*O jurado absolve o acusado?*”, abarcaria qualquer tese, inclusive a absolvição por clemência.

Todavia, para possibilitar a admissibilidade da ADPF, tenta fazer crer que seu objetivo é que seja dada interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, **caput** e parágrafo único, do Código Penal (CP) e art. 65 do Código de Processo Penal (CPP), a fim de afastar a tese jurídica da legítima defesa da honra e fixar entendimento acerca da soberania dos veredictos. E, subsidiariamente, “*se esta Suprema Corte considerar necessário*”, que se dê interpretação conforme à Constituição ao art. 483, III, § 2º, do CPP.

Uma simples leitura da Inicial é o *quantum satis* para se constatar que aquela se ocupou muito mais do que denominou “*subsidiário*”, deixando à mostra, a não mais poder, sua real intenção.

Consoante consta na própria medida cautelar deferida na ADPF 779/DF, o MINISTRO DIAS TOFOLLI refere-se ao Julgamento pela Primeira Turma da Suprema Corte do HC nº 178.777/MG, de relatoria do MINISTRO MARCO AURÉLIO, quando a “*Turma deferiu a ordem e restabeleceu a decisão absolutória, com fundamento na impossibilidade de o Ministério Público recorrer de decisão absolutória do tribunal do júri baseada em quesito absolutório genérico (CPP, art. 483, c/c § 2º), tendo em vista a soberania dos vereditos, assegurada na Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c.*”

O eminente Relator da presente ADPF 779/DF relembra que votou com o relator, acompanhando a maioria:

¹ Advogado Criminalista. Fundador do escritório Advocacia Prof. César Faria. Mestre em Direito Penal Econômico e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Direito Processual Penal e Prática Penal da UFBA. Conselheiro Nacional da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABRACRIM). Conselheiro da Comissão de Direito Criminal da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

² Advogada Criminalista. Sócia do escritório Thomas Bacellar Advogados Associados. Pós-Doutoranda em *Criminal Compliance* pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-doutora em Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona/ESP. Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora de Direito Penal, Processual Penal e Prática Penal da Universidade Católica do Salvador (UCSal) e da UNISBA. Membro da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABRACRIM). Presidente da Comissão de Direito Criminal da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Bahia. Conselheira Estadual da OAB Bahia.

... votei pelo acolhimento do HC, forte no argumento de que a absolvição ocorrida na forma do art. 483, III, § 2º, do Código de Processo Penal **tem natureza genérica, não estando vinculado à prova. Decorre da essência do Júri, segundo a qual o jurado pode absolver o réu com base na livre convicção e independentemente das teses veiculadas, considerados elementos não jurídicos e extrajurídicos.** (grifos no original) A pergunta, conforme se depreende do preceito legal, há de ser formulada obrigatoriamente, no que a resposta afirmativa **não implica nulidade da decisão,** independentemente dos argumentos suscitados, em Plenário, pela defesa. (grifos aditados).

Portanto, no meu sentir, não havendo vinculação a teses ou a prova na absolvição do acusado pelos jurados na forma do art. 483, III, § 2º, do CPP, **não há margem legal para órgão de acusação recorrer dessa decisão sustentando a nulidade do veredicto por contrariedade à prova dos autos.**

Isso porque, o quesito versado no art. 483, III, § 2º, do CPP tem natureza genérica, não estando vinculado a nenhum tipo de prova que tenha sido produzida. Decorre, pois, da essência do júri que os jurados possam absolver o réu com base na **livre convicção e independentemente das teses que foram veiculadas**, considerados elementos não jurídicos e extraprocessuais, pois **não há como avaliar, nessa etapa, o íntimo dos jurados para concluir pelas razões que os levaram ao veredicto absolutório.**” (págs. 19/21 da MC na ADPF 779/DF).

Contudo, agora entende o mesmo MINISTRO que, se a defesa lançar mão, direta ou indiretamente, “*da tese inconstitucional de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese), seja na fase pré-processual, processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, **caracterizada estará a nulidade da prova, do ato processual ou até mesmo dos debates por ocasião da sessão do júri (caso não obstada pelo Presidente do Júri), facultando-se ao titular da acusação recorrer de apelação na forma do art. 593,III, a, do Código de Processo Penal.***”

É fora de dúvida que a traição, no contexto das relações amorosas, não autoriza jamais uma anacrônica “*legítima defesa da honra*”, não albergada pelo Código Penal, por todas as razões e pela evidente desproporcionalidade.

Decerto, como é sabido, a “*legítima defesa da honra*” não encontra, tecnicamente, respaldo no artigo 25 do Código Penal, o qual exige ponderação entre o bem sacrificado e o protegido, ou seja, proporcionalidade. Não há que se falar em razoabilidade no sacrifício da vida para a proteção da honra.

Ademais, ainda analisando a razoabilidade, não haveria também o uso moderado dos meios disponíveis para repelir a injusta agressão, porquanto, para cessar a ofensa à

honra, outros tantos meios poderiam ser escolhidos pelo agente e seu emprego deve ser limitado ao estritamente necessário para conter o ataque.

Destarte, com a devida *venia*, não faz sentido algum que a Corte Suprema, ainda mais em sede de ADPF, reúna-se para dizer o óbvio e ululante!

Por conseguinte, não é disso que se trata.

O que efetivamente se pretende com a presente ADPF é discutir o alcance da soberania do júri na atual Constituição, sobretudo depois da reforma processual de 2008, que, alterando a quesitação do júri, deixou de submeter teses jurídicas a jurados leigos (art. 483, III, § 2º, do CPP). O que importa saber é se os Jurados, de acordo com sua consciência íntima e secreta, absolvem ou condenam o acusado.

Conforme informa o próprio Relator MIN. DIAS TOFOLLI, na sua decisão liminar, “*a inexorável discussão da Corte sobre os limites da liberdade conferida aos jurados pelo art. 483, § 2º, do CPP para absolver o acusado, será travada no julgamento do RE nº 1.225.185-RG/MG, de relatoria do MIN. GILMAR MENDES, cuja repercussão já foi reconhecida,*” portanto, **incabível essa discussão em sede da ADPF ajuizada.**

Sabemos que no Júri, mais do que a ampla defesa, vigora a garantia constitucional da PLENITUDE de Defesa, imprescindível em um julgamento no qual os juízes leigos decidem sobre a liberdade do acusado, pela sua íntima convicção, de forma secreta, sem manifestar sua fundamentação.

É oportuno lembrar que, antes da simplificação dos quesitos, chegou-se a discutir se a defesa poderia sustentar a tese de “*inexigibilidade de conduta diversa*”, por não ter previsão no Código Penal, se poderia ser objeto de quesitação, e os tribunais admitiram-na com base no princípio da ampla defesa.

Com efeito, um princípio da magnitude da Plenitude de Defesa no julgamento popular não pode, sob pretexto algum, ser flexibilizado. É dever da defesa trazer os fatos ao processo que entenda pertinentes em toda sua complexidade, sobretudo no que se refere à motivação do crime. O que não implica ser obrigação da defesa pleitear sempre a absolvição, podendo pugnar pela redução da pena, por exemplo, por ter o acusado agido sob o domínio de violenta emoção.

Data maxima venia, não se deve abrir um perigoso precedente, casuisticamente, mesmo que seja com as melhores intenções de combater abominável, cruel e covarde violência contra a mulher, cerceando a defesa, desde as fases pré-processual e processual penais, no sentido de não produzir prova, bem como proibir que sustente, “**direta ou indiretamente, qualquer argumento que induza à tese**”, no julgamento do júri, sob pena de configurar arbitrária e inconstitucional violação à mais do que ampla, à plena defesa, assegurada pela Constituição da República (art. 5º, XXXVIII, a, CF).

Segundo dados do próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 09 (nove) em cada 10 (dez) acusados da prática de feminicídio são condenados pelo júri popular:

Os 315 réus de feminicídios fazem parte de um universo de 3.775 julgamentos realizados no Mês Nacional do Júri. **O número de sessões do júri realizadas para julgar feminicídios durante o Mês Nacional do Júri em 2019 subiu 42% em relação ao ano anterior, quando houve 224 sessões com essa finalidade. Nove em cada dez acusados desse crime acabaram condenados pelo júri popular.** O percentual de condenações dos acusados manteve-se praticamente o mesmo em relação a 2018, 88% contra 87%, respectivamente. **A taxa de condenações em caso de assassinato de mulheres foi a maior entre os quatro crimes que foram priorizados no mutirão.** (Grifos aditados).³

Há duas questões distintas: o aumento do número de feminicídios – dado utilizado pelo MM. Ministro Dias Toffoli – e o aumento do número de condenações de feminicidas. Para se questionar a validade/invalidade de argumentos no plenário do júri, deve-se analisar esses últimos dados; o primeiro refere-se, lamentavelmente, a cultura machista, misógina que acomete a sociedade brasileira. Nada tem a ver com o que a ADPF 779/DF propõe.

Observa-se, portanto, que, através do discurso retórico de se evitar a absolvição de feminicidas, pretende-se limitar o direito de defesa, o que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito. A plenitude da defesa há de ser observada e a sociedade em si deve buscar a almejada mudança cultural, para não mais permitir a própria prática do delito (origem do problema) e não tentar, pela via oblíqua, trazer uma solução simbólica, que, lamentavelmente, ofende a própria Carta Política.

A discussão deveria ser outra: sobre a nossa cultura machista, **e não o vilipêndio ao instituto do júri popular.** De nada adianta proibir expressamente o uso da legítima defesa da honra no plenário do júri, uma vez que a problemática repousa no patriarcado, na concepção do domínio e exploração das mulheres pelos homens⁴ que atravessa séculos e ecoa nos dias atuais, a compreensão de subjugação do corpo da mulher à vontade masculina, que se espraia desde a concepção equivocada do masculino ativo e o feminino passivo⁵.

Se forem perquiridas as motivações na prática do feminicídio, e mesmo se se atentar para o texto do artigo 121 §2º inciso V e o §2-A do Código Penal, percebe-se que o que fomenta o sujeito à prática do delito é o sentimento de posse sobre o corpo da mulher, o entendimento de que lhe pertence, é propriedade sua e deve obedecer a seus desejos.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mês do júri: 315 acusados de feminicídio foram julgados.** Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/mes-do-juri-315-acusados-de-feminicidio-foram-julgados/>> Acesso em 01 mar. 2021

⁴ SAFFIOTI, Heleietech B. 2011 p. 46

⁵ Cf. BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 231

Doutro lado, imagine-se um caso de uma mulher que sofre constante tortura psicológica e violência física do seu marido, e, em um dia que o flagra na sua cama com sua irmã, resolve reagir e o mata. Não poderá, pelo princípio da isonomia, sequer sua defesa trazer esses fatos ao processo na fase probatória, ainda que seja para aplicação de uma pena justa e proporcional.

Destaque-se que, no voto do MINISTRO DIAS TOFFOLI no citado HC 178.777/MG, é trazida a lição de NUCCI, no sentido de que a reforma processual de 2008, através do quesito genérico, visou justamente eliminar questões jurídicas vinculadas a teses defensivas:

Souza Nucci, ao tratar do tema, destaca que a reforma processual de 2008 veio justamente para ‘eliminar as diversas questões vinculadas a teses defensivas de absolvição, tais como legítima defesa, estado de necessidade, erro de tipo etc.’(Código de Processo Penal comentado, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1134).

Ainda segundo esse renomado autor, ‘(o) quesito genérico permite a abrangência de toda e qualquer razão para considerar o réu inocente’. (Op. Cit., p. 1134).

É preciso que se tenha a devida compreensão da instituição do Júri, que julga, de acordo com os valores do lugar e da época, conduta, atos e fatos e não teses jurídicas!

E mais, julga de acordo com “*a vossa consciência e os ditames da Justiça*” (art. 472, CPP)!

Queira-se ou não, o Júri somente se justifica por julgar conforme sua “*íntima convicção*”!

Fora disso, melhor abolir o júri em uma próxima Constituição, uma vez que a atual Carta da República, no capítulo dos “*Direitos e Garantias Fundamentais*”, reconhece a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, desde quando assegurada suas linhas mestras, sendo a primeira garantia, “a **PLENITUDE** de defesa”! (art. 5º, XXXVIII, a, CF).

A respeito, válido transcrever, por pertinente, a lição do citado Guilherme de **Souza Nucci**:

Um Tribunal que decide sem fundamentar seus veredictos precisa proporcionar ao réu uma defesa acima da média e foi isso que o constituinte quis deixar bem claro, consignando que é qualidade inerente ao júri a plenitude de defesa. (...) no tribunal popular a plenitude de defesa é característica expressiva e essencial da própria

instituição. Júri sem defesa plena não é um tribunal justo e, assim não sendo jamais será uma garantia do homem.⁶

Prossegue Gladston Fernandes de Araújo:

Segundo o escólio do enciclopedista Dermival Medeiros Rios, amplo significa “vasto”, “largo”, “rico”, “farto”, “abundante”, enquanto pleno, significa “cheio”, “repleto”, “completo”, “absoluto”, “inteiro”, “cabal”, “perfeito”. Constata-se, pois, que nem tudo que é amplo é pleno, mas tudo que é pleno, necessariamente, será amplo.

E conclui:

Com isso, destaque-se: a defesa no Tribunal do Júri há de ser irretocável, eficaz e absoluta, quer-se dizer, plena, sobretudo porque a decisão dos jurados não é motivada.⁷

Dessa forma, a presente ADPF, sob o argumento de preservar preceitos fundamentais, propõe a violação a outros preceitos fundamentais!

Constam, na inicial, os seguintes preceitos fundamentais violados “(i) direito fundamental à vida (art. 5º, caput, da CF); (ii) princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF); (iii) princípio da não discriminação (art. 3º, IV, da CF); (iv) os princípios do Estado de Direito (art. 1º da CF), da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF)” (fl. 01)”.

Ocorre que reside aí justamente um duplo equívoco: primeiramente, ao afirmar que a sustentação da tese da legítima defesa da honra significaria violar o direito fundamental à vida, esquecem os ilustres signatários da peça que qualquer tese defendida no júri popular pode ser interpretada, equivocadamente, como ofensa ao direito à vida, pois o júri é competente para julgar, exatamente, os crimes dolosos contra a vida; ademais, mesmo aos juízes singulares, admitir qualquer tese jurídica que envolva o homicídio culposo significaria afrontar o direito fundamental à vida.

O mesmo com relação aos princípios da não discriminação, os princípios do Estado de Direito, da razoabilidade e da proporcionalidade. A tese da legítima defesa da honra pode sim ser utilizada em defesa de mulheres que venham a encerrar a vida dos companheiros, o que não configuraria afronta a não discriminação; a violação aos princípios do Estado de Direito, de *per si*, abarcam quaisquer princípios do regime democrático e a mitigação ao direito de defesa representa, por conseguinte, ofensa ao Estado Democrático de Direito; por fim, a razoabilidade e proporcionalidade fazem parte da análise de mérito, também passíveis de serem arguidas em quaisquer delitos, notadamente nas defesas de crimes contra a vida e contra a incolumidade física, dolosos ou culposos.

⁶ Apud Gladston Fernandes de Araújo, Tribunal do Júri: Uma Análise Processual à Luz da Constituição Federal. – Niterói – RJ: Impetus, 2004. p. 63/64

⁷ Ob. Cit. p. 66.

Em segundo lugar, não se pode falar em descumprimento de preceito fundamental propondo-se, contraditoriamente, o descumprimento de outros preceitos fundamentais, notadamente a **plenitude de defesa e a soberania dos veredictos**, como adverte André Nicolitt:

O princípio da soberania dos veredictos está previsto na alínea "c" do inciso XXXVIII do artigo 5º da CRF/88, portanto, sob o título "*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*". Não há dificuldade alguma em reconhecer em tal princípio a natureza jurídica de direito fundamental [2].

O tribunal do júri é marcado pela plenitude de defesa e pela íntima convicção dos jurados leigos, pelo julgamento do réu por seus iguais e pela soberania da decisão. A soberania refere-se à decisão sobre o fato, até porque a decisão sobre a pena é do juiz-presidente e pode, inclusive, ser reformada pelo tribunal. Assim, a soberania em nada se refere à pena, à prisão cautelar ou ao início da execução.

Por sua vez, a presunção de inocência também está prevista no artigo 5º da CRF/88, no inciso LVII, com a redação de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Além de fixar o ônus da prova para acusação e proclamando o *in dubio pro reo*, serve como limitação teleológica à aplicação das prisões cautelares vedando a antecipação da pena.

Assim estamos diante de dois direitos fundamentais: presunção de inocência e soberania dos veredictos. São eles fruto do pensamento liberal do século XVIII. Tratava-se de um catálogo de limites que visava à proteção do indivíduo diante do Estado, isto é, um leque de limites ao exercício do poder [3].

A indicação do ato do Poder Público também não trouxe melhor sorte aos proponentes, pois, na exordial, não é apontado o ato público em si questionado, e ainda de acordo com a compreensão do Pretório Excelso, o mero inconformismo com a atuação do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública não possui o condão de caracterizar ato concreto. Assim constou na inicial:

Os atos do poder público são as ainda absurdamente frequentes decisões de Tribunais de Júri, que absolvem feminicidas (assassinos de mulheres), pela nefasta, horrenda e anacrônica tese de lesa humanidade da 'legítima defesa da honra' (sic), bem como as decisões de Tribunais de Justiça e, ainda, a decisão da 1ª Turma desta Suprema Corte no HC n.º 178.777/MG, que validaram essas flagrantemente inconstitucionais decisões (de Júris). Decisões estas ora anexadas e infra transcritas. (fl. 01 da ADPF 779)

Em sentido oposto, declarou a Suprema Corte:

Prevista no § 1º do art. 102 da Constituição da República, a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi regulamentada pela Lei n. 9.882, de 3-12-1999, que dispõe no art. 1º: 'Art. 1º A arguição

prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público'. E, no art. 3º: 'Art. 3º A petição inicial deverá conter: I -- a indicação do preceito fundamental que se considera violado; II -- a indicação do ato questionado; III -- a prova da violação do preceito fundamental; IV -- o pedido, com suas especificações; V -- se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado'. A argüente funda o pedido em exemplos de atuação do Ministério Público Federal (fls. 23/25), mas desprovidos todos de qualquer conteúdo concreto e específico que implique descumprimento de algum preceito fundamental. **Não há, pois, a rigor, objeto determinado na demanda, que apenas revela discordância com formas de atuação do Ministério Público do Trabalho, ao qual a argüente nega competência constitucional para propor ações civis públicas e sugerir assinatura de ajuste de conduta.**" (**ADPF 94**, rel. min. **Cezar Peluso**, decisão monocrática, julgamento em 18-5-2007, *DJ* de 25-5-2007.) (grifou-se).

Assim sendo, a despeito da flagrante inconstitucionalidade da própria postulação da ADPF 779/DF, fulminando a soberania dos vereditos e a plenitude da defesa, é ainda, do ponto de vista prático, inócua, até porque vem aumentando o número de condenações por feminicídio pelo júri, sem que diminua o número de homicídios contra mulheres em razão do gênero ou no contexto de violência doméstica. Ademais, nada impede que, mesmo não sustentada direta ou indiretamente pela defesa no plenário do júri, os jurados resolvam absolver o réu, já que não revelam sua fundamentação.

Por consequência, o foco há de residir na mudança cultural, na igualdade de gênero e não na mitigação da soberania dos vereditos e, principalmente, da plenitude de defesa. Defender o contrário é cair no engodo do simbolismo da legislação-álibi⁸, segundo a qual o legislador elabora texto transferindo a responsabilidade do Estado na confecção e aplicação de políticas públicas – educação – para o particular, criminalizando cada vez mais condutas ou mesmo cerceando o direito de defesa com o fácil discurso de combate à impunidade.

Definitivamente, inconstitucional é cercear a defesa a ponto de sequer indiretamente poder referir-se à determinada tese, limitando o exercício da advocacia desde a fase pré-processual até o plenário do júri, sendo que compete à acusação, nos debates, combater qualquer argumento “*odioso, desumano e cruel*” e, ao Judiciário, somente caberá intervir, através do Juiz-Presidente, se a defesa estiver sendo frágil, ineficaz, no sentido de assegurar sua Plenitude, nunca o oposto!

⁸ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.