

# Por um processo que não seja como el color del cristal con que se mira

04/06/2024

## Por que, mesmo não querendo, fazemos juízos morais. Sempre

Em tempos em que se defende a linguagem neutra (neutre?), é preciso defender um processo penal objetivo. Não neutro, porque neutro (ausência de valoração) não existe. Isto porque sempre fazemos juízos morais e políticos mesmo quando dizemos que não os fazemos. Aliás, quem sempre quis separar o direito da moral foi a moral. **Se dizemos “devemos separar direito e moral”, já fazemos um juízo moral.** Se dizemos “devemos ser neutros, isso já é um juízo não neutro”. Isso serve para o positivismo que, ao pregar separação direito-moral, já faz juízo moral.

Aliás, Alasdair MacIntyre, em seu distópico *After Virtue*, é quem acentua que, ao dizermos que um relógio está quebrado, já estamos fazendo juízo moral. Por quê? Porque o critério de algo ser “relógio de pulso” e o critério de algo ser “um bom relógio de pulso” **não são independentes um do outro.** Não se separa o conceito de “relógio de pulso” do conceito de “bom relógio de pulso”, o qual leva implícito uma função a qual o agente usa para dizer de tal relógio de pulso se ele é bom ou ruim. Quando alguém diz: descrevo um relógio quebrado, também ali estará fazendo um juízo não neutro; será um juízo moral.

## Por que proibir discursos da defesa já é, em si, um juízo avaliativo contra a ampla defesa, mesmo que se diga que é “em favor da dignidade”

Isso serve para falarmos do processo penal e as recentes proibições de “discursos” e argumentações defensiva. Vamos lá. O processo penal é o caminho necessário para que o judiciário imponha a pena ao culpado. Obviamente, não se trata de um caminho seguro mesmo com as regras pré-estabelecidas. **Processo é caminho. Meio. Protocolo.** Condição de possibilidade.

Entretanto, durante o “caminho do processo”, regras e direitos devem ser observados, como condição de validade do próprio processo, porquanto a inobservância de determinadas regras e direitos pode acarretar nulidade.

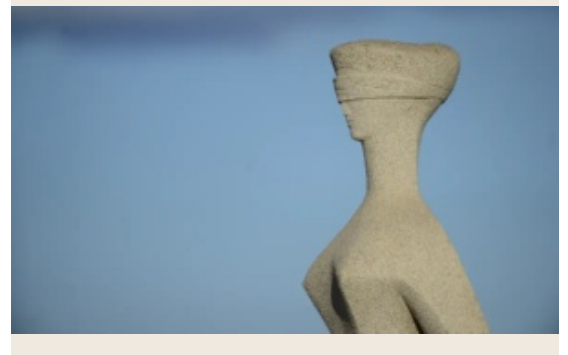
Em face daquilo que está estabelecido na Constituição, tem-se que a maior garantia que se materializa no processo penal é **a ampla defesa**, que contempla em seu núcleo uma série de outras garantias, sem as quais o processo é nulo e, conseqüentemente, eventual pena imposta não será legítima. Eis por que é necessário observar o devido processo legal.

Para além da ampla defesa, em processos de competência do Tribunal do Júri, o acusado goza de um plus, porquanto em plenário tem o amparo constitucional da plenitude de defesa. Claro que isso não se restringe ao Júri.

Se o processo penal é o caminho necessário que dá legitimidade ao exercício do poder (eis o que se entende por garantismo penal), por evidente que durante este trajeto é necessário que todos os direitos e garantias fundamentais sejam rigorosamente observados. **Afinal, o processo penal existe justo para que o réu possa exercer os seus direitos contrapondo-se ao poder punitivo estatal.**

Uma questão difícil e dolorosa que deve ser dita: o processo penal existe para o réu e não para a vítima. A vítima existe no direito penal. É no direito penal que se tem sujeito ativo e sujeito passivo, **não no processo penal.** Há uma confusão sobre esse tema. Muito embora exista a possibilidade de a vítima atuar no processo penal como assistente de acusação e que um dos efeitos da condenação seja tornar certa a obrigação de reparar o dano, **fato é que no processo penal o protagonista é o acusado e não a vítima.** No processo penal temos Estado contra cidadão. E o Estado é mais forte. Conseqüentemente, há barreiras para o Estado. E não para o cidadão-réu.

Marcello Casal Jr./Agência Brasil





Melhor dizendo ainda, a história do direito à defesa é longa. Data do século 18 e tem na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 um dos pilares essenciais de qualquer sistema judicial democrático.

## De como estamos vendo um desmonte do direito de defesa

Contudo, de uns tempos para cá, temos visto um desmonte naquilo que podemos chamar de núcleo do processo penal, ou seja, um ataque justamente à ampla defesa e à plenitude da defesa. Até a “nulidade de algibeira” já arrumaram para fragilizar esse direito. Isso sem considerar uma coisa que nunca existiu (nem na Grécia antiga) chamada “in dubio pro societate”. E o que dizer do “não há nulidade sem prejuízo”? Veja-se o desmonte gradativo e crescente do direito de defesa. E não esqueçamos da fraude epistemológica chamada “verdade real”.

Com efeito, o STF, ao julgar a ADPF 779, decidiu, entre outras coisas, obstar o uso da tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento. Veja-se: como fazer essa vedação se o jurado possui íntima convicção? O que sobra disso é uma simbologia: **a restrição ao direito de defesa**. É disso que se trata.

Agora, ao julgar a ADPF 1.107, o Supremo Tribunal, entre outras coisas, decidiu por conferir interpretação conforme à Constituição à expressão “elementos alheios aos fatos objeto de apuração” posta no artigo 400-A do Código de Processo Penal **para excluir a possibilidade de invocação, pelas partes ou procuradores, de elementos referentes à vivência sexual pregressa da vítima** ou ao seu modo de vida em audiência de instrução e julgamento de crimes contra a dignidade sexual, **sob pena de nulidade do ato ou do julgamento**.

Decidiu também vedar o reconhecimento da nulidade referida no item anterior na hipótese de a defesa ter-se utilizado da tese da legítima defesa da honra com essa finalidade, considerando a impossibilidade do acusado se beneficiar da própria torpeza. **O que está difícil de entender é de que modo se faz uma interpretação conforme contra o direito de ampla defesa**. Interpretação conforme sempre deveria apontar para o outro lado. Afinal, o que está “fora” e o que está “dentro” de um discurso? Como se a linguagem contivesse pequenos cercados, isolando palavras e “deixando” parte do mundo do lado de fora.

De todo modo, é preciso dizer que a discussão aqui não diz respeito à (des)proteção dos direitos das mulheres; trata-se de direito processual penal e o pano de fundo é outro, porque diz respeito à flexibilização de direitos e garantias fundamentais **do acusado** que, em última análise, violam o exercício da ampla e da plenitude da defesa.

Nesse sentido, vale lembrar que Ferrajoli argumenta que as garantias processuais são elementos essenciais para a proteção dos direitos fundamentais no Estado de Direito. Assim, **a ampla defesa e a plenitude de defesa se apresentam como pilares que asseguram que o processo penal não se torne um instrumento de injustiça**; ao contrário, deve ser antes um instrumento de justiça para a resolução dos conflitos. Justiça, no processo penal, significa ser julgado conforme o devido processo legal, **respeitadas todas as garantias que se colocam como juízos prévios contra o arbítrio do Estado**.

Spacca

É sempre bom lembrar que o direito penal somente sai da abstração após o crime ter sido cometido, tal como o zagueiro que chega no atacante após o gol marcado. E chegar tarde não adianta muito. Neste sentido, **nota-se a ineficácia do direito penal como instrumento de combate à violência e à criminalidade.** Exemplo disso são a Lei Maria da Penha e a qualificadora do feminicídio. A primeira é de 2006 e a segunda é de 2015, e desde então a violência contra as mulheres não diminuiu, justo porque se trata antes de um problema sociocultural do que propriamente criminal; o remédio, portanto, deve ser outro. E sem sacrificar o direito de defesa. De ampla defesa. A palavra “ampla” deve ser colocada no mais alto patamar de significância.

No que diz respeito à ADPF 779, tem-se que, em um Estado democrático de Direito, o Estado-juiz não pode dizer ao réu qual tese ele pode ou não utilizar ao bem de sua defesa durante o processo. A tese da legítima defesa da honra é esdrúxula? É. Deveras. Mas o Estado-judiciário esquece que o jurado tem íntima convicção (porque o legislador assim o disse). Enquanto isso existir, qualquer vedação apenas soará como autoritarismo e intervencionismo. Contra a defesa, é claro.

Dito de outro modo, por mais indigna que a tese da legítima defesa da honra possa ser, o Estado-juiz não pode proibir o réu de utilizá-la. É evidente que a honra não está no meio das pernas. Mas, enquanto os jurados decidirem por íntima convicção (isso sim pode ser um problema sério do júri que devemos enfrentar futuramente), não cabe ao Estado-Judiciário colocar censura ao que pode ser decidido.

Já na especificidade da ADPF 1.107, pensamos ser temerário proibir de antemão, **indiscriminadamente**, sem análise do caso concreto, que o réu — por sua defesa — faça questionamentos sobre a vida pregressa e o modo de vida da vítima. Como se existissem respostas antes das perguntas. Não existe uma “coisa em geral”. Não existe um lápis “em geral”. Não existe “um crime em geral”.

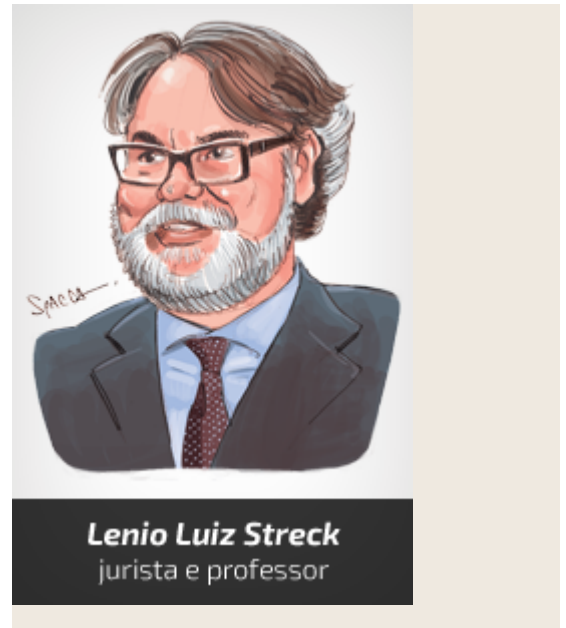
Como diz Heidegger em *O que é uma Coisa*, não existe um lagarto em geral. Só existe um determinado lagarto. Você não pensa em um “objeto em geral”. Em abstrato. **E, assim, só existe um determinado crime.** Aquele dado crime. Um determinado ato. Um ato concreto. E não algo metafísico. Por isso, perguntamos: **será que se pode afirmar com toda certeza e segurança que nunca, jamais, em processo algum, a vida pregressa e o modo de vida da vítima não tenham relevância para o julgamento do caso penal?** E se tiver? Condena-se porque não se permitiu a pergunta? Eis a questão.

Cabe ao juiz, avaliando o caso concreto, e ao Ministério Público, enquanto fiscal da lei, coibirem abusos e excessos em perguntas sobre a vida pregressa e o modo de vida da vítima que sejam irrelevantes e que tenham por finalidade ofender ainda mais a ofendida. Isso é óbvio, ninguém duvida disso. O problema surge quando a proibição é pretérita e sequer leva em conta as particularidades do caso concreto, afinal, cada caso é um caso.

Imagine-se que o réu está sendo chantageado ou que a vítima já tenha agido de modo duvidoso com outra pessoa: mesmo assim proíbe-se a pergunta? Como fica a ampla defesa em um processo em que o réu é acusado de crime sexual, em que a palavra da vítima tem uma valoração superior e sua defesa está de antemão proibida de fazer qualquer tipo de pergunta que diga respeito à vida pregressa e ao seu modo de vida?

**É possível que um fato tenha um viés? Uma coisa é de acordo com um olhar? Um fato é de acordo com “el cristal con que se mira”?**

O que queremos perguntar é (esperamos que nossa pergunta não seja inconstitucional): seria mesmo possível a utilização de uma “hermenêutica de gênero” no processo penal, materializada a partir da condição da vítima? **Os fatos são revelados à luz de “questões de gênero”?** O poeta Ramón de Campoamor fez um poema que se tornou famoso sobre o subjetivismo e o relativismo, ao dizer: “*En este mundo traidor / nada es verdad ni mentira / todo es según el color / del cristal con que se mira*”. Pode-se ler o poema também como uma crítica (há controvérsias sobre isso, é claro) a uma interpretação arbitrária de uma lei para obter vantagens (chamam até de Lei de Campoamor).



Todavia, ficamos com o dizer da professora **Diana Margarita**, para quem Campoamor **faz uma crítica ao relativismo**. O grande problema hoje é o relativismo de grupo, que defende que a verdade depende da cultura, da classe social, do gênero etc. No fundo, há uma volta aos sofistas, que propunham (pensemos em Protágoras) **que cada pessoa compreende uma coisa da sua maneira específica**. E complementa Margarita:

*“Assim, uma ideia que em princípio parece acolher todas as opiniões, na verdade coloca a opinião individual acima de todas as outras em nome de uma suposta liberdade e suplanta valores morais como bem e mal, ética e justiça.”*

É disso que se trata. A prova de um fato não pode depender do “cristal com que se mira”. E, portanto, para verificar um fato, não se pode antecipar respostas de perguntas que nunca foram feitas. Porque não existem, repetimos, **respostas antes das perguntas serem feitas**. Que não podem ser proibidas a priori.

No sistema jurídico brasileiro, o direito à ampla defesa tem assento constitucional e é o núcleo do processo penal. **Isso significa que o réu tem o direito constitucional de utilizar todas as teses e argumentos ao bem de sua defesa**.

Caso a tese defensiva seja inidônea ou incompatível com a lei e a Constituição, o caminho jamais será a proibição de sua utilização. Neste caso, se a tese de defesa utilizada for manifestamente ilegal, contrária ao direito ou claramente absurda, o juiz pode não admitir essa linha de argumentação ao fundamentar sua decisão, mas não pode proibir o réu de sustentá-la.

O mesmo ocorre com as perguntas durante a audiência de instrução. A ampla defesa engloba o direito da defesa de fazer perguntas às testemunhas e à vítima. Obviamente, **isso não significa que a defesa pode fazer qualquer tipo de pergunta, por evidente**. É comum juízes indeferirem perguntas às testemunhas e à vítima para garantir a integridade do processo e das pessoas envolvidas, incluindo as testemunhas e a vítima.

O que não pode é o judiciário estabelecer uma proibição prévia, abstrata e indistinta que não leve em consideração as particularidades de cada caso, como se nunca, em processo algum, a vida pregressa e o modo de vida da vítima tenham relevância para o julgamento do caso penal. É isso que não pode. Não se duvida e não se discute que em casos que envolvam vítimas de crimes sexuais ou de violência doméstica, o juiz pode limitar perguntas que sejam ofensivas, humilhantes ou que possam causar revitimização; o que se discute — repita-se — **é o estabelecimento de uma proibição prévia, abstrata e indistinta**.

Despiciendo dizer que a defesa intransigente do direito de defesa — conforme fizemos neste texto e fazemos de há muito — não quer dizer que, nem milimetricamente, deixe-se de reconhecer explicitamente a necessidade de proteger a dignidade das vítimas durante o processo penal. Enfatizamos que a nossa crítica é no sentido de que **a proteção dos direitos das vítimas não deve ser feita às custas da eliminação dos direitos fundamentais do réu**.

Esse equilíbrio, sabemos, é muito difícil. Porém, não devem existir respostas a priori. Somente os casos concretos — e por enquanto, direito ainda é uma questão de caso concreto (ainda não punimos *in abstracto* e antecipadamente!) é que devem nortear proibições.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-jun-04/por-um-processo-que-nao-seja-como-el-color-del-cristal-con-que-se-mira/>