

Por que a acusação pode usar argumentos contra a dignidade dos réus?

1. A prova decorre da *del color del cristal con que se mira*?

Recentemente o STF proibiu, em ação constitucional, questionamentos sobre histórico de vida da mulher vítima de violência. Escrevemos sobre isso há pouco, sob o título [Por um processo que não seja como el color del cristal con que se mira](#). Temos agora uma sucessão de vedações à atuação da defesa. **Há uma espécie de index de argumentos.** Mas só contra a defesa. A acusação pode dizer o que quiser.

Vamos tratar desse assunto?

Por isso, gostaria de pegar carona nessas teses, só que as invertendo. Explico: Edmilson, condenado a 170 anos, teve como **explicação do erro judiciário o fato de que os juízes possuem livre convencimento.** Já um dos promotores de Justiça disse que o reconhecimento por fotografia não tinha problemas, **até porque nenhum sã³sia do Brad Pitt comete estupro no Brasil** (o réu era negro e a defesa alegava que poderia ser um sã³sia). Isso não foi ofensivo à dignidade do réu?

Outro dia um réu foi condenado a 15 anos de prisão. A prova foi feita pelo juiz. Mas o processo não é nulo, com base no *princípio* (sic) de que não há nulidade sem prejuízo.

2. E as teses ofensivas à defesa?

Também todos os dias réus são submetidos ao júri com base no *princípio* (sic) do *in dubio pro societate*. Isso sem dizer que, em nome desse mesmo *princípio* (sic), indivíduos são submetidos às agruras do processo penal, em muitas das vezes, sem o mínimo necessário: **a justa causa.** Isso não é ofensivo?

Aliás, na realidade dos tribunais, o artigo 395 do CPP barra denúncias com base na *exceção excepcionalíssima da exceção* quando, ao contrário, **deveria servir como o primeiro grande filtro de acusações infundadas** (o que, inclusive, tornaria o Judiciário mais célere e eficaz, reduzindo a tormentosa pilha de processos que servem sempre de justificativa para estiolar garantias processuais).

Spacca

O outro filtro é o do 397 do CPP, que segue a mesma lógica. Não é incomum ver juízes que no despacho que recebe a denúncia e manda citar o réu, de antemão, **já designe audiência de instrução e julgamento**. Quer dizer, na teoria, a instrução somente existiria depois da fase do artigo 397. **Quando se começa desse jeito, o que esperar do restante?** Mas isso tudo é possível? O que não pode é a defesa usar determinados argumentos, teses e algum tipo de pergunta.

Esses argumentos (já falarei de outros) **são tão aviltantes e tão atentatórios à dignidade quanto ao da legítima defesa da honra**. Como explicamos, Marcio Berti e eu, em artigo acima [linkado](#), usar antecedentes da vítima de crime sexual é aviltante porque reprimatiza o direito penal do autor e contra a vítima. Contudo, cabe uma ressalva: essa vedação é defensiva feita de modo universalizante, por meio de uma ação em controle concentrado de constitucionalidade, parece que pode mais dificultar do que ajudar. Coloquemo-nos na posição do advogado: pode ser que a tese não esteja sendo conduzida para o caminho de marginalização da vítima. O advogado, porém, a depender do caminho a ser percorrido, deverá pisar em ovos para exercer o direito de defesa do seu cliente correndo o risco de ter a sua palavra cassada no decorrer da produção probatória. Qual é o limite? O da discricionariedade judicial? Mas, em si mesmo, o poder discricionário já não se apresenta contrário à imparcialidade?

Sabemos que a Lei Maria da Penha é absolutamente relevante e necessária. Também temos conhecimento de que, quando se trata de crimes punidos pela referida lei, há uma farta jurisprudência, como a que assegura um valor probatório **singular à palavra da vítima** e hoje conta com a vedação à tese de legítima defesa da honra, além do recente precedente do STF. Imaginemos, então, a seguinte situação: um casal, em término de relacionamento amoroso, profere ofensas um contra o outro no momento em que o homem interpela a mulher sobre a presença de um amante dentro da sua própria residência. O homem é denunciado por ameaça. A mulher ingressa com uma ação de divórcio litigioso. No juízo criminal, o acusado alega que também foi ofendido, que não ameaçou a vítima e que somente a insultou. **Justificou ter interpelado a vítima porque queria confirmar uma possível traição para, então, dar fim ao casamento**. Pronto. É o



Lenio Luiz Streck
jurista e professor



suficiente para que um juiz interprete essa tese como uma pretensão legítima defesa da honra sem que isso sequer passe pela cabeça do acusado. Ou diga que qualquer pergunta é válida ofensa o precedente do STF.

Essas coisas têm de ser discutidas. Sem receio. Precisamos falar sobre o cotidiano das práticas jurídicas. Direito não é abstração.

3. Vamos falar de isonomia? Quem sabe uma ADPF a favor da defesa?

E aqui vem o ponto. Não seria bom uma isonomia? Por qual razão o Ministério Público pode lançar mão de cloroquinas epistemológicas como *in dubio pro societate* (os gregos já liquidaram com isso na mitologia, com a trilogia Oresteia) e “não há nulidade sem prejuízo”? Nulidade é nulidade. Como o juiz vai saber o tamanho do prejuízo? E o juiz quem tem de provar? Por exemplo: o artigo 212 não permite prova de ofício; o MP se queda calado na audiência; a prova é feita, portanto, pelo juiz. Juiz condenado. Isso não é nulidade? Em si mesma, não é uma nulidade flagrante? Existe prejuízo maior do que a condenação além da margem da lei e da constituição? Isso deveria ser óbvio.

Os tribunais, dia sim dia também, formulam teses mirabolantes que buscam sempre frear a incidência de garantias processuais em nome de um pragmatismo que tem, no horizonte, uma única pretensão: **tornar a justiça mais célere, eficaz e reativa**. Ainda mais em casos de clamor público (aliás, o que é isto o clamor público?). A ironia é que o CPP, como dito antes, já dá a solução. Ao barrar acusações ilegítimas, automaticamente corta-se o mal pela raiz (com o perdão da expressão). É quase como se fosse um tratamento preventivo para o problema. Em vez de estimular o uso da cloroquina, não seria melhor usar máscara, limpar as mãos com álcool gel, manter distanciamento...? Bom, esse filme já vimos antes. Vale a alegoria.

Por que o MP (e o PJ) pode usar a “mentira jurídica” chamada verdade real (sic), aliás, um conceito absolutamente indeterminado que ofende ao inciso II do parágrafo primeiro do artigo 315 do CPP, como bem lembra Pablo Malheiros?

E por que o MP pode dizer que a alegação de nulidade feita pela defesa, em determinados casos, é uma “nulidade de algibeira”? Isso pode? Algibeira é o mesmo que “fazer algo só para”? Isso não é ofensivo?

E por que o juiz pode rejeitar embargos de declaração com base no livre convencimento, em ofensa ao mesmo inciso II do artigo 489, parágrafo 1º. Do CPC e seu espelhamento no 315 do CPP? E isso não se dá apenas no processo penal.

Eis aqui minha sugestão aos partidos políticos que ingressam com ações constitucionais contra teses defensivas: **quem sabe uma ação constitucional para impedir teses e argumentos ofensivos por parte da acusação contra o juiz?**

Não é uma boa ideia?

Autores: Lenio Luiz Streck