

em contexto de violência doméstica, que o crime de feminicídio estaria configurado. No entanto, como não é possível alterar a escolha do legislador, a opção menos gravosa diante do não reconhecimento, embora esteja longe de ser a ideal, é a aplicação da agravante genérica do art. 61, II, "f", parte final, do CP, sob pena de *bis in idem*, vedado pelo art. 61, *caput*, do CP.

Aqui não interessa a quantidade de pena; o aumento de pena pode ser mínimo. Interessa-nos que a produção de verdade judicial sobre o caso leve em consideração que o crime foi praticado por motivos de discriminação de gênero, ou, na forma da alínea *f*, "com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica". Dessa forma, o feminicídio, embora considerado formal e erradamente como homicídio, seria minimamente visibilizado pelo discurso judicial.

6.2.4 Argumentos de defesa

A quarta categoria de análise foi estruturada a partir da análise de argumentos sexistas nas defesas técnicas, que não foram rechaçados ou combatidos por nenhuma das autoridades envolvidas no processo decisório. De acordo com Pimentel (*et al*), o Brasil é um dos países latino-americanos que mais acolhem, em sua jurisprudência, a tese de legítima defesa da honra¹⁴⁰. Os reflexos da cultura patriarcal e justificção da violência com a culpabilização da vítima foram observados em alguns casos e categorizados em dois campos: os que transferem a responsabilidade da agressão à vítima e os que retiram a responsabilidade do agressor.

No primeiro grupo, incluímos argumentos que, tal como a famigerada tese da legítima defesa da honra, atribuem à vítima a violência por ela sofrida. Essa revitimização praticada pela defesa, embora permitida pelo princípio constitucional da ampla defesa, esbarra em critérios éticos de atuação da defesa. Isso porque, para defender direitos, não é possível violar direitos humanos das mulheres, aproveitando-se da discriminação existente tanto na prática judiciária quanto na cabeça dos/as jurados/as.

140 PIMENTEL, (*et al*), *op. cit.*

Mariza Corrêa, no livro intitulado "Os Crimes da Paixão", ao comentar sobre a tese defensiva da legítima defesa da honra utilizada em vários processos de assassinatos de mulheres, diz o seguinte:

O que parece estar de fato em julgamento, em termos simbólicos, cada vez que um homem ou uma mulher senta no banco dos réus, é a imagem ideal que nossa sociedade atribui a homens e mulheres: o homem é reconhecido na sua atividade pública, sua utilidade social, seu trabalho; a mulher, por sua atividade doméstica, sua fidelidade, não só ao companheiro e pai dos seus filhos, mas também à imagem social dela construída e reforçada em todos estes julgamentos. (1981, pag. 81).

A revitimização deve ser combatida pelo Estado no sistema de justiça, de acordo com a CEDAW e as Recomendações Gerais nºs 33 e 35, mas de nada adianta o esforço para eliminar as discriminações formais se elas continuam como retórica argumentativa que apela para enunciados que, devido à cultura machista, encontram ressonância nos operadores do direito e nos jurados.

A observação de algumas teses defensivas que foram trazidas a lume pelos/as julgadores/as revela a persistência de argumentos sexistas que buscam justificar o crime na conduta da vítima ou algum outro comportamento que autorize a violência praticada. Exemplos do uso sexista da dogmática penal pelas defesas técnicas podem ser citados nos argumentos de inexigibilidade de conduta diversa ou de homicídio privilegiado, devido à violenta emoção após injusta provocação da vítima.

Extraímos parte de decisão com esse tipo de argumento:

Ao observar, por sua vez, a defesa técnica do réu (doc. no 1.053) questiona a dosimetria, ao considerar indevida a majoração da pena-base, requerendo, ainda, a aplicação da circunstância atenuante de relevante valor moral (art. 65, inciso III, alínea "a" do Código Penal), já que a vítima possuía um relacionamento extraconjugal, afirmando,

também, que o réu agiu sob injusta agressão, pois a vítima o ofendeu, chamando de “chifrudo”.¹⁴¹

No caso em tela, a defesa anexa fotos de mensagens trocadas entre a vítima e seu suposto amante para justificar moralmente a agressão perpetrada. O agressor foi submetido duas vezes ao Tribunal do Júri e, em ambas, o crime foi desclassificado para “lesão corporal seguida de morte”.

Em 02 (dois) processos dos 31 (trinta e um) casos analisados, houve desclassificação do crime de feminicídio, sendo um deles para lesão corporal e outro para disparo de arma de fogo. Em ambos os casos, a defesa foi privada e os advogados se reportavam aos fatos por meio de argumentos melancólicos e vitimizados, chegando, até mesmo, ao deboche por meio de música, como, por exemplo, “entre tapas e beijos”.

Outra situação demonstrada nos autos refere-se à tese defensiva de que o crime teria sido praticado por “relevante valor moral”, alegando que o acusado teria praticado o crime contra a sua esposa porque ela desejava terminar a relação afetiva (ou seja, a mulher, já cansada de sofrer violência doméstica, manifestou a sua intenção de não mais permanecer na relação violenta).

Cumprir destacar que a defesa, seja ela por advogado vinculado à OAB ou por Defensor Público, deve se portar segundo parâmetros que considerem a urbanidade e o respeito aos direitos humanos, o direito pátrio e os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Entendemos que a utilização de argumentos sexistas não é compatível com os princípios institucionais das Defensorias Públicas, especialmente após as alterações realizadas pela LC 132/09, que introduziu no inciso XVIII do art. 4º o dever de atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência e inseriu o art. 3º-A, estabelecendo como objetivos da Defensoria Pública: I - a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais.

141 Processo de número 0001219-86.2015.8.19.0044.

A utilização de argumentos sexistas tampouco se compatibiliza com o Código de Ética da OAB quando prevê em seu art. 2º que o advogado é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, exercendo função pública que deve (inciso V) “contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis”. Ora, como pode um advogado que faz uso do machismo plasmado no sistema de justiça e no corpo de jurados contribuir para o aprimoramento das instituições?

Também no inciso IX do mesmo art. 2º do Código de Ética da OAB encontramos o dever de “pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade”. De forma semelhante, o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94) reconhece a dimensão pública e social do exercício da advocacia: “art. 2º - O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”.

Nesse sentido, entendemos que não existe dicotomia entre a atuação da defesa com relação à ampla defesa, que exige uma atuação comprometida com os interesses do acusado e o compromisso com o direito à dignidade da pessoa humana e de não discriminação das mulheres, que são violados todas as vezes em que as defesas técnicas aderem a argumentos sexistas para defender seus clientes.

Não se pode olvidar dos efeitos práticos e simbólicos de se sustentar argumentos sexistas e discriminatórios em nome da ampla defesa do acusado. Entendemos que a liberdade de defesa encontra limites na ética e no dever de contribuir para o aprimoramento do sistema de justiça, das leis e do Estado democrático de direito como um todo. Ademais, a opção por não aderir a teses sexistas não limita a ampla defesa, que pode adotar teses muito mais contundentes quando, em vez de reforçar a estrutura patriarcal que revitimiza as mulheres, atribuindo-lhes a culpa pela violência sofrida, contextualiza o acusado como um sujeito cultural dessa estrutura patriarcal atávica, que constrói masculinidades e prescrições machistas.

Estamos de acordo com Xaud acerca da necessidade de uma nova postura ética defensorial (que estendemos a todos/as profissionais envolvidos na atividade judicante), especialmente após as alterações da nova legislação, que inaugura um novo munus, incompatível com a argumentos revitimizadores. Às provocações e discussões nesse campo da ética da defesa incluem a construção de argumentos e linhas/teses defensivas técnicas eficazes e educativas para agressores/as acerca da violência sexista.

Defende-se, portanto, que atuando na defesa de agressores e agressoras não deve o defensor ou defensora, por exemplo: alegar o princípio da bagatela; articular que o agressor ou agressora agiu sob violenta emoção provocada por injusta provocação da vítima (comumente usado em substituição à tese de legítima defesa da honra); violentar com palavras a figura social da mulher, buscando meios de desqualificá-la perante o Juízo; fazer vistas grossas ao real perigo enfrentado pelas vítimas e seus familiares diante de agressores que realmente signifiquem perigo à sua integridade física, psicológica, entre outros posicionamentos que impliquem na perpetuação da cultura patriarcal e machista que ainda mata milhares de mulheres; de outro prisma, deve-se: concordar com seu encaminhamento para os grupos reflexivos, para que compreendam que o ciclo da violência também os atinge, que o machismo tóxico dificulta seus relacionamentos e causa danos a todos à sua volta, principalmente à sua família; encaminhá-los à rede pública para tratamento para dependência química, alcoolismo, doenças psiquiátricas; orientá-los sobre seus direitos e obrigações, compreendendo suas limitações, escutando-os (as), mas sempre pontuando a necessidade de transformar sua conduta¹⁴².

142 XAUD, Jeane Magalhães. O desafio contemporâneo da Defensoria Pública dos direitos humanos das mulheres em situação de violência doméstica. In: Congresso Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (14.: 12-15 nov. 2019 : Rio de Janeiro) Livro de teses e práticas exitosas: DEFENSORIA PÚBLICA: MEMÓRIA, CE-NÁRIOS E DESAFIOS / 14. Congresso Nacional das Defensoras e Defensores Públicos. - Rio de Janeiro, 2019.

O segundo grupo de argumentos de defesa problemáticos pretende a desresponsabilização do agente, como nos casos em que houve pedido de instauração de incidente de sanidade mental.

Sobre esse assunto, destacamos entendimento da Comissão Mulheres e Questões de Gênero do Conselho Regional de Psicologia – Minas Gerais (CRP-MG), que aponta dois grandes problemas com relação ao incidente de insanidade mental nos crimes de feminicídio: retira a dimensão socioestrutural desses crimes e estigmatiza pessoas com transtorno mental, como se fossem a elas inerentes ou esperadas condutas de violência contra a mulher:

A Psicologia compreende que a violência contra as mulheres e o feminicídio não podem ser entendidos a partir de um recorte restrito pela saúde mental. Estes tipos de violências estão sócio-historicamente relacionados com as desigualdades de gênero, que, somados às questões de raça, classe, geração, territorialidade, sexualidade, dentre outros sistemas, impõem análises complexas no sentido da compreensão e não justificava desse fenômeno. Cabe ainda destacar que a associação do comportamento violento com um possível quadro de transtorno mental, como temos visto nas redes sociais e outras mídias, imputa a este público o estigma de condutas abusivas e violentas contra as mulheres, o que não é verdade. Assim, é fundamental que a compreensão desse fenômeno se dê a partir dos múltiplos elementos que compõem a dinâmica da violência contra as mulheres e do feminicídio, uma vez que o sujeito não pode ser cindido de sua própria história de vida e nem do tecido sociocultural que o permeia com valores e representações sociais ainda ancorados em referências androcêntricas e misóginas¹⁴³.

Disponível: [https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42533/Defesa_dos_direitos_humanos_das_mulheres_em_situa__o_de_viol_ncia_\(RR\).pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42533/Defesa_dos_direitos_humanos_das_mulheres_em_situa__o_de_viol_ncia_(RR).pdf) Acesso em 13 ag. 2020).

143 CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA. *Nota de posicionamento contra o argumento de defesa da honra e patologização nos casos de feminicídio. XV Plenário do Conselho Regional de Psicologia – Minas Gerais. Belo Horizonte, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://crp04.org.br/nota-de-posicionamento->*

Recomenda-se à advocacia, à defensoria pública e ao sistema de justiça como um todo priorizar discussões sobre os limites da argumentação e a ética no exercício de suas atividades. Argumentos que reforcem a relação de posse e o machismo vão de encontro ao direito da mulher sobre o seu próprio corpo, de decidir sobre a sua vida pessoal, amorosa e financeira. Por fim, é preciso lembrar que argumentos de defesa utilizados em juízo influenciam a produção de sentido a respeito das questões de gênero na sociedade.

6.2.5 Como a falta da perspectiva de gênero nas decisões pode ser uma discriminação

A eliminação da discriminação de mulheres no sistema de justiça não se funda somente na exclusão de normas penais sexistas. Diversas teóricas feministas apontaram a discriminação na aplicação “técnica” do Direito¹⁴⁴ e nos tipos penais entendidos como “neutros”. Para eliminar a discriminação, é necessário, portanto, um compromisso ético que sirva como (1) chave de leitura dos casos que envolvem violência de gênero e (2) base na interpretação da lei.

Embora na maior parte dos casos não tenhamos observado discriminações sexistas ou revitimização, tampouco podemos dizer que houve perspectiva de gênero nos julgamentos.

Observa-se que existe certa resistência em *expor* ou *expressar* a termo o feminicídio por parte dos operadores do sistema de justiça. O termo *feminicídio* praticamente não aparece nas peças processuais, estando presente na maior parte das vezes nas ementas, raras vezes no corpo do voto, de maneira descritiva, e, quase nunca, de modo a propor reflexão sobre a questão. Também observamos que o nome da vítima praticamente não aparece, estando presente em pouquíssimas situações, geralmente quando há transcrição de denúncia que menciona o nome da vítima ou de depoimentos das testemunhas.

-contra-o-argumento-de-defesa-da-honra-e-patologizacao-nos-casos-de-feminicidio/ Acesso em 8 de ago. de 2020.

144 Cfr., por exemplo: SMART, Carol. La mujer del discurso jurídico, en Mujeres, Derecho Penal y Criminología. (Elena Larrauri, org.). Madrid: Siglo Veintiuno, 1994; MACKINNON, Catharine A. Toward a Feminist Theory of the State. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.