VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

Eis o teor da decisão concessiva da medida cautelar:

“Compulsados os autos, considerando a relevância do caso, em caráter excepcional, examino monocraticamente, **ad referendum** do Plenário, o pedido de medida cautelar, sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou o ato, conforme precedentes desta Corte, tais como: ADPF nº 130/DF-MC, Rel. Min. **Ayres Britto**, DJ de 27/2/08; ADI nº 4.307/DF-MC, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJ de 8/10/09; ADI nº 4.598/DF-MC, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 1º/8/11; ADI nº 4.638/DF-MC, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJ de 1º/2/12; ADI nº 4.705/DF-MC, Rel. Min. Joaquim **Barbosa**, DJ de 1º/2/12; ADI nº 4.635-MC, Rel. Min. Celso **de Mello**, DJ de 5/1/12; ADI nº 4.917-MC, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJ de 21/3/13; e ADI nº 5.184-MC, Rel. Min. Luiz **Fux**, DJe de 9/12/14.

De início, verifico que a presente arguição foi ajuizada por partido político com representação no Congresso Nacional, nos termos do art. 103, inciso VIII, da Constituição Federal e do art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro do 1999, estando o autor devidamente representado mediante instrumento de mandato específico para a presente impugnação.

Quanto ao cabimento do feito, verifica-se que o art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/1999 autoriza o conhecimento da ADPF “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, **incluídos os anteriores à Constituição**”, o que contempla o caso presente, em que se requer seja concedida interpretação conforme à Constituição a dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal, ambos anteriores a 1988, em razão de controvérsia constitucional acerca da tese da legítima defesa da honra no âmbito do tribunal do júri.

Destaque-se que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou ser a ADPF o meio cabível para se conferir interpretação conforme à Constituição a diplomas legais editados anteriormente ao texto constitucional vigente. **Vide** :

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSO CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DE

DISPOSITIVOS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988. CABIMENTO . (...) 2. ADPF cujo objeto são atos normativos anteriores à entrada em vigor da Constituição de 1988. Atendimento do princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999). Cabimento. (...) 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconhecer o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e permitir-lhe o seguimento” (ADPF nº 322/DF-AgR, Rel. Min. **Marco Aurélio** , Rel. p/ o ac. Min. **Roberto Barroso** , julgado em 13/10/2020, DJe de 10/11/20).

Por fim, entendo preenchido o **requisito da subsidiariedade** , visto que, diante da controvérsia judicial posta em torno da legitimidade constitucional da utilização em benefício do acusado da tese da “**legítima defesa da honra** ”, a arguição de descumprimento de preceito fundamental revela-se como único meio apto a sanar a lesividade alegada pelo autor de forma **ampla, geral e imediata** (ADPF nº 388, Rel. Min. **Gilmar Mendes** , Tribunal Pleno, DJe 1º/8/2016).

Por não haver óbice ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, **passo à análise do pedido de medida cautelar** .

Verifico que **a controvérsia desta arguição diz respeito à aferição da legitimidade constitucional da tese da “legítima defesa da honra”** , a qual, conforme demonstrou o requerente, tem sido utilizada para suscitar a excludente de ilicitude da legítima defesa nas hipóteses de feminicídio ou violência contra a mulher, ensejando a absolvição por esse fundamento.

De início, registro que, o pedido formulado pelo autor vai além da argumentação contida na petição inicial, que versa, em grande medida, sobre a hipótese em que o feminicida é absolvido com base em suposta “legítima defesa da honra”, nos termos do art. 483, III, § 2º, do CPP (absolvição genérica ou por clemência), com incursões no princípio da soberania dos veredictos.

O autor pleiteia que seja dada interpretação conforme à Constituição ao instituto previsto nos arts. 23, inciso II; e 25, **caput** e parágrafo único, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e no art. 65 do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), para que fique claro que não comporta a tese atacada.

É límpido que a chamada “legítima defesa da honra” não encontra qualquer amparo ou ressonância no ordenamento jurídico pátrio, pelas razões expostas a seguir.

1. Da atecnia da tese da “legítima defesa da honra”.

“Legítima defesa da honra” não é, tecnicamente, legítima defesa. Tanto é assim que tem sido mais frequentemente utilizada no contexto

do tribunal do júri, no qual, em virtude da plenitude da defesa (art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição de 1988), admite-se a utilização de argumentos jurídicos e extrajurídicos.

A legítima defesa é uma das causas excludentes da ilicitude previstas no Código Penal, as quais, consoante o teor do art. 23, excluem a configuração de um crime, e, conseqüentemente, afastam a aplicação da lei penal, tendo em vista a condição específica em que foi praticado determinado fato típico. **Vide** :

“Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

No art. 25 daquele **Codex** , especifica-se em que situação ficará caracterizada a legítima defesa:

“Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no **caput** deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.”

Como se vê, o instituto caracteriza-se pela conjunção dos seguintes elementos: a agressão é injusta e atual ou iminente; envolve direito próprio ou de terceiro, o uso moderado dos meios necessários e a presença de um ânimo de defesa (*animus defendendi*). Trata-se, portanto, de hipótese excepcional de afastamento da aplicação da lei penal, a qual somente se justifica pela confluência dos referidos fatores.

Em casos tais, o direito não atribui desvalor à conduta, eis que praticada no exercício da proteção de um bem jurídico contra uma ofensa perpetrada por outrem.

Por agressão injusta, entende-se aquela que ameaça ou lesa um bem jurídico . A atualidade ou a iminência da agressão são requisitos essenciais para a caracterização da excludente de ilicitude, pois ela deve ser aferível no momento da autodefesa, não podendo ser uma situação passada ou futura. Por sua vez, ao dispor sobre o uso moderado dos meios necessários, o Código Penal está a estabelecer a proibição do excesso, no sentido de que a defesa deve consistir no uso de meios proporcionais à agressão, ou seja, suficientes para repeli-la.

Enfim, a legítima defesa demanda um elemento de natureza subjetiva, pois, além da presença dos requisitos objetivos previstos na lei, é preciso que “saiba o agente que atua nessa condição, ou, pelo menos, acredita agir assim, pois, caso contrário, não se poderá cogitar de exclusão da ilicitude de sua conduta, permanecendo esta, ainda,

contrária ao ordenamento jurídico” (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral** . Niterói: Editora Impetus. 19. ed., 2017. p. 487)

Diante dessa breve exposição do instituto, **salta ao olhos que a “legítima defesa da honra”, na realidade, não configura legítima defesa** . Tenho que a traição se encontra inserida no contexto das relações amorosas, sendo que tanto homens quanto mulheres estão suscetíveis de praticá-la ou de sofrê-la. Seu desvalor reside no **âmbito ético e moral** , não havendo que se falar em um direito subjetivo de contra ela agir com violência.

Aliás, **foi imbuído desse espírito e para evitar que a autoridade judiciária absolvesse o agente que agiu movido por ciúme ou outras paixões e emoções que o legislador ordinário inseriu no atual Código Penal a regra do art. 28** , segundo a qual:

“Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão ”.

Para **Fernando Capez**,

“todos os direitos são suscetíveis de legítima defesa, tais como a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a honra etc., bastando que esteja tutelado pela ordem jurídica. Dessa forma, **o que se discute não é a possibilidade da legítima defesa da honra e sim a proporcionalidade entre a ofensa e a intensidade da repulsa** . Nessa medida, não poderá, por exemplo, o ofendido, em defesa da honra, matar o agressor, ante a manifesta ausência de moderação. No caso de adultério, nada justifica a supressão da vida do cônjuge adúltero, não apenas pela falta de moderação, mas também devido ao fato de que **a honra é um atributo de ordem personalíssima, não podendo ser considerada ultrajada por um ato imputável a terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero** ” (Execução Penal – Simplificado: 15 ed. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 309-310).

Nessa mesma linha, rememoro o saudoso professor **Magalhães Noronha** , que afirma que a honra é atributo pessoal, individual e próprio (**Direito Penal**. 1985, v. I, p. 192). Nesse contexto, a honra refere-se a um atributo pessoal, íntimo e subjetivo, cuja tutela se encontra delineada na Constituição, por exemplo, na previsão do direito de resposta, e no Código Penal, Capítulo V, que prevê os tipos penais da calúnia, da difamação e da injúria. Portanto, aquele que se vê lesado em sua honra tem meios jurídicos para buscar sua compensação.

Portanto, aquele que pratica feminicídio ou usa de violência, com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional de forma covarde e criminosa. Assim sendo, o adultério não configura uma agressão

injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal.

2. Da ofensa constitucional à dignidade da pessoa humana, à vedação de discriminação e ao direito à vida e à igualdade.

Apesar da alcunha de “legítima defesa”, instituto técnico-jurídico amplamente amparado no direito brasileiro, a chamada “legítima defesa da honra” corresponde, na realidade, a **recurso argumentativo /retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões, contribuindo imensamente para a naturalização e a perpetuação da cultura de violência contra as mulheres no Brasil.**

A ideia que subjaz à “legítima defesa da honra” - perdão do autor de feminicídio ou agressão praticado contra a esposa ou companheira adúltera - tem raízes arcaicas no direito brasileiro, constituindo um **ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988.**

Com efeito, a “honra masculina” já foi um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, como se verificava, à época da colônia, no Livro V, Título XXXVIII, das Ordenações Filipinas, no qual se concedia ao homem o direito de matar sua esposa quando flagrada em adultério.

No Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, e no Código Penal da República de 1890, conquanto não houvesse previsão acerca do direito do homem de matar a mulher por uma traição, nesses diplomas, o adultério era considerado um crime contra a segurança do estado civil e doméstico quando cometido por ambos os sexos. **Todavia, enquanto a configuração do instituto demandava, para os homens, a comprovação de uma relação extraconjugal estável e duradoura, para as mulheres, bastava a mera presunção de sua ocorrência** (RAMOS, Margarita Danielle. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. *Revista Estudos Feministas*, v. 20, n. 1, p. 53-73, 2012).

A partir de então, foi no discurso jurídico acerca da legítima defesa que se abriu espaço para a tolerância em relação aos homicídios cometidos por homens contra esposas consideradas adúlteras, visando à tutela da honra masculina, a qual era reforçada pela lei civil, que, trazendo conceitos como “mulher honesta” e “mulher já deflorada”, conferia tratamento extremamente desigual entre os gêneros.

Margarita Ramos destaca que, desse modo, “se estruturará, de forma equivocada na Jurisprudência brasileira, a tese de legítima defesa da honra pelo discurso jurídico”. Destarte,

“para que fosse possível a descriminalização do assassinato da mulher eliminando, assim, o caráter criminoso da ação, ‘operou-se uma ‘adaptação’ ou uma justa posição entre a legítima defesa e a defesa do bem jurídico ‘honra’ para a construção da tese da ‘legítima defesa da honra’” (Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. **Revista Estudos Feministas**, v. 20, n. 1, p. 66, 2012).

Percebe-se, portanto, o anacronismo da ideia de legítima defesa da honra, a qual remonta a uma concepção rigidamente hierarquizada de família, na qual a mulher ocupa posição subalterna e tem restringida sua dignidade e sua autodeterminação. Segundo essa percepção, o comportamento da mulher, especialmente no que se refere à sua conduta sexual, **seria uma extensão da reputação do “chefe de família”, que, sentindo-se desonrado, agiria para corrigir ou cessar o motivo da desonra .**

Trata-se, assim, de uma percepção instrumental e desumanizadora do indivíduo, que subverte o conceito kantiano - que é base da ideia seminal de dignidade da pessoa humana - de que **o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo jamais ter seu valor individual restringido por outro ser humano ou atrelado a uma coisa .** Essa dimensão da dignidade da pessoa humana foi delineada por Othon de Azevedo Lopes:

“O homem como ser racional, que age segundo sua autonomia, não tem um preço, nem muito menos um equivalente. A condição humana é assim revestida de dignidade por ser um fim em si mesmo e jamais um meio.

A dignidade humana está ligada à ideia de tratar todos como um fim em si mesmo. Nas palavras de Kant, o imperativo prático seria o seguinte: ‘haja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa ou na de outro, sempre como um fim em si mesmo e jamais com um meio’. De tal ideia, Kant tira várias conclusões.

A primeira é a de que o homem não pode ser coisificado, transformado em objeto já que é necessariamente um fim em si mesmo. A pessoa humana é, por isso, indisponível, até por ato próprio.

A segunda é a circunstância de que a violação dos direitos humanos reduz o homem a um meio, na medida em que o violador estará utilizando o ofendido como um meio para os seus objetivos.

A terceira consequência é a de que não basta não atentar contra a pessoa humana, sendo indispensável transformá-la nos fins de todas as ações. A humanidade, como um fim em si mesma, deve ser promovida.

A quarta está no fato de que o fim natural de todos os homens é a felicidade. Daí que, por reconhecer o outro como um fim em si mesmo, cada homem deve tomar os fins e a felicidade do outro, na medida do possível, como os seus fins.

Uma última consequência, não menos importante, é a de considerar que a dignidade da pessoa humana é um princípio supremo limitador de todos os demais, já que para Kant adviria da razão pura e não da experiência". (LOPES, Othon de Azevedo. A dignidade da pessoa humana como princípio jurídico fundamental. In: **Estudos de direito público: direitos fundamentais e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 193-211).

Ingo Sarlet nos fornece uma definição contemporânea do princípio da dignidade da pessoa humana, **in verbis** :

"Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade , implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos" (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988** . 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007).

Reconheço que a dignidade da pessoa humana é norma constitucional de difícil densificação. No entanto, **entendo ser o caso em análise um daqueles em que a subversão a esse paradigma constitucional** - que é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988) - **é dotado de singular clareza** , visto que o argumento da "legítima defesa da honra" **normaliza e reforça uma compreensão de desvalor da vida da mulher, tomando-a como ser secundário cuja vida pode ser suprimida em prol da afirmação de uma suposta honra masculina** . Isso também está em descompasso com os **objetivos fundamentais** contidos no art. 3º da Carta Magna, especialmente os seguintes: "I - construir uma sociedade livre, justa e solidária"; e "IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Trata-se, além do mais, de tese violadora dos direitos à vida e à igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, **caput** e incisos I, da CF), também pilares de nossa ordem constitucional. A ofensa a esses direitos concretiza-se, sobretudo, no **estímulo à perpetuação da violência contra a mulher e do feminicídio**. Com efeito, o acolhimento da tese da legítima defesa da honra tem a **potencialidade de estimular**

práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção.

Silvia Pimentel *et al* apontam que

“é nos chamados ‘crimes de honra’ e, em geral, em casos de agressões e homicídios contra mulheres, praticados por seus maridos, companheiros, namorados ou respectivos ex – sob a alegação da prática de adultério e/ou do desejo de separação por parte da mulher – que a discriminação e violência contra as mulheres ganha máxima expressão . A título de ‘defender a honra conjugal e/ou do acusado’, buscando justificar o crime, garantir a impunidade ou a diminuição da pena, operadores(as) do Direito lançam mão da tese da legítima defesa da honra ou da violenta emoção, e de todo e qualquer recurso para desqualificar e culpabilizar a vítima pelo crime, **em um verdadeiro julgamento não do crime em si, mas do comportamento da mulher, com base em uma dupla moral sexual** ” (PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. "Legítima defesa de honra". Ilegítima impunidade de assassinos: um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina. In: **Vida em família: uma perspectiva comparativa sobre crimes de honra** . 2006. p. 65-208, grifo nosso).

De outra banda, resalto que é dever do Estado criar mecanismos para coibir o feminicídio e a violência doméstica, a teor do que dispõe o art. 226, § 8º, da CF, segundo o qual o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, **criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações** ” (grifo nosso). Decorre da norma constitucional em tela não somente a obrigação do Estado de adotar condutas positivas, mas também o **dever de não ser conivente e de não estimular a violência doméstica e o feminicídio** .

A propósito do feminicídio, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por meio de nota divulgada em 4/2/19, expressou “sua preocupação pela prevalência alarmante de assassinatos de mulheres por motivo de estereótipo de gênero no Brasil, uma vez que pelo menos 126 mulheres foram mortas no país desde o início do ano”.

No ensejo, a Comissão exortou o Brasil “a implementar estratégias abrangentes para prevenir tais eventos e cumprir sua **obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis**; bem como oferecer proteção e reparação integral a todas as vítimas”.

Salientou, ainda, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, “segundo dados da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), da Organização das Nações Unidas, **40% de todos os assassinatos de mulheres registrados no Caribe e na América Latina ocorrem no Brasil** ” (<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/024.asp?fbclid=IwAR29DPySrtbfqc9X_xpF4K%

20piKJUQJ13o83pr5lGxMQUCPJ9XQhajE-L9svQhttp://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/024.asp?fbclid=IwAR29DPySrtbfqc9X_xpF4K%20piKJUQJ13o83pr5lGxMQUCPJ9XQhajE-L9svQ>. Acesso em 24/2/21).

O Atlas da Violência 2020 (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA), o crescimento dos **índices de feminicídio no Brasil entre 2008 e 2013, in verbis** :

“Ao se analisarem os homicídios de mulheres pelo local de ocorrência, notam-se duas tendências distintas. A taxa de homicídios ocorridos fora da residência da vítima segue a mesma tendência da taxa geral de homicídios e da taxa total de homicídios de mulheres no país, com quedas nos períodos entre 2013 e 2018 e entre 2017 e 2018 (redução de 11,8% em ambos os períodos), e aumento no decênio 2008-2018 (3,4%). **Por sua vez, a taxa de homicídios na residência segue outro padrão: enquanto a taxa ficou constante entre 2008 e 2013, aumentou 8,3% entre 2013 e 2018, havendo estabilidade entre 2017 e 2018.**

Essas diferenças indicam a existência de dinâmicas diversas nos homicídios de mulheres nas residências em comparação com aqueles fora das residências. Ademais, **considerando-se os homicídios ocorridos na residência como proxy de feminicídio, observa-se que 30,4% dos homicídios de mulheres ocorridos em 2018 no Brasil teriam sido feminicídios – crescimento de 6,6% em relação a 2017 –**, indicando crescimento da participação da mortalidade na residência em relação ao total de mulheres vítimas de homicídio. Esse percentual é compatível com os resultados apresentados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em que a proporção de feminicídios em relação aos homicídios de mulheres registrados pelas polícias civis foi de 29,4% (Bueno et al., 2019).”

(<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>, acesso em 25/2/21).

Por sua vez, o “Mapa da Violência de 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil”, já registrava que o Brasil detinha a 5ª maior taxa de feminicídios do mundo, **in verbis**:

“Com sua taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, o Brasil, num grupo de 83 países com dados homogêneos, fornecidos pela Organização Mundial da Saúde, ocupa uma pouco recomendável 5ª posição, evidenciando que os índices locais excedem, em muito, os encontrados na maior parte dos países do mundo. Efetivamente, só El Salvador, Colômbia, Guatemala (três países latino-americanos) e a Federação Russa evidenciam taxas superiores às do Brasil. Mas as taxas do Brasil são muito superiores às de vários países tidos como civilizados:

* 48 vezes mais homicídios femininos que o Reino Unido;

* 24 vezes mais homicídios femininos que Irlanda ou Dinamarca;

* 16 vezes mais homicídios femininos que Japão ou Escócia”.

Outrossim, segundo levantamento feito pelo Estadão Dados, núcleo do jornal O Estado de São Paulo especializado em reportagens baseadas em estatísticas, **no Estado de São Paulo, a cada 60 (sessenta) horas uma mulher é vítima de feminicídio, conforme boletins de ocorrência da Secretaria de Segurança Pública.** (<<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,uma-mulher-e-vitima-de-femicidio-a-cada-60-horas-noestado-de-sao-paulo,70002725469>>. Acesso em 24/2/21).

O Ministério da Saúde, com base no cruzamento dos registros de óbitos com os atendimentos na rede pública de saúde entre 2011 e 2016, verificou que **três em cada dez mulheres que morreram no Brasil por causas ligadas à violência haviam sido frequentemente agredidas** (<<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,3-em-cada-10-mulheres-que-morrem-por-violencia-tem-historico-de-agressao,70002671084>>. Acesso em 24/2/21).

Por sua vez, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020 indicou

“uma escalada nos feminicídios no Brasil em nível nacional e subnacional. No país, os casos registrados passaram de 929 em 2016, primeiro ano completo de vigência da lei, para 1.326 em 2019 – um aumento de 43% no período. Mesmo com a redução nos homicídios em 2018 e 2019, o número de casos de feminicídio registrados continuou a subir, assim como sua proporção em relação ao total de casos de homicídios com vítimas mulheres” (<<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. acesso em 24/2/21).

Por todo o exposto, **concluo que o recurso à tese da “legítima defesa da honra” é prática que não se sustenta à luz da Constituição de 1988, por ofensiva à dignidade da pessoa humana, à vedação de discriminação e aos direitos à igualdade e à vida, não devendo ser veiculada no curso do processo penal nas fases pré-processual e processual, sob pena de nulidade do respectivo ato postulatório e do julgamento, inclusive quando praticado no tribunal do júri.**

3. Tribunal do júri e plenitude de defesa.

É certo que a plenitude de defesa é princípio constitucional essencial à instituição do tribunal do júri e está inscrita no rol de direitos e garantias fundamentais da Carta Magna, nos termos do art. 5º, inciso XXXVIII, al. a, do texto constitucional.

Assim sendo, entendo que a Constituição garante aos réus submetidos ao tribunal do júri plenitude de defesa, no sentido de que são cabíveis argumentos jurídicos e não jurídicos – sociológicos, políticos e morais, por exemplo -, para a formação do convencimento dos jurados.

Não obstante, para além de um argumento atécnico e extrajurídico, a **“legítima defesa da honra”** é **estratagema cruel, subversivo da dignidade da pessoa humana e dos direitos à igualdade e à vida e totalmente discriminatória contra a mulher, por contribuir com a perpetuação da violência doméstica e do feminicídio no país.**

Com efeito, como bem colocou o Ministro **Rogério Schietti** , no julgamento do AREsp nº 1.553.933/SC,

“é surpreendente ver ainda essa tese sustentada por profissional do Direito (...) como se a decisão judicial que afastou tão esdrúxula tese fosse contrária à lei penal. Como pretender lícito, ou conforme ao Direito (...), o comportamento de ceifar, covardemente a vida de uma mulher companheira[?]”

Logo a legítima defesa da honra, nessa perspectiva, não cabe ser invocada como argumento jurídico ou não jurídico inerente à plenitude de defesa própria do Tribunal do Júri. Isso porque, nas palavras de **Fernando Capez** , outrora citado, “a honra é um atributo de ordem personalíssima, não podendo ser considerada ultrajada por um ato imputável a terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero” (op. cit. p. 309).

Mas, ainda que assim não fosse, não se pode ignorar que a **cláusula tutelar da plenitude de defesa não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas** .

Como já tive a oportunidade de consignar, ao citar o Ministro **Celso de Mello** , inexistem garantias individuais de ordem absoluta, mormente com escopo de salvaguardar práticas ilícitas (v.g RHC nº 132.115, Segunda Turma, de **minha relatoria** , DJe de 9/3/17).

As franquias constitucionais individuais, nas palavras de Sua Excelência, constituem

“um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso País, o regime das liberdades públicas. Porém essas franquias ostentam caráter meramente relativo. Não assumem nem se revestem de natureza absoluta. Cede, por isso mesmo, às exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico-social do interesse público” (Pet nº 577-QO/DF, Tribunal Pleno, DJ de 23/4/93).

Sob essa perspectiva, a **cláusula tutelar da plenitude de defesa** , invocada para sustentar a tese de **legítima defesa da honra** , **teria a função ultrajante de salvaguardar a prática ilícita do feminicídio ou de qualquer outra forma de violência contra a mulher** , **o que é inaceitável em um país em que a vida é considerada o bem jurídico mais valioso do Direito, por opção inequívoca da Constituição de 1988**

Há, portanto, a prevalência da dignidade da pessoa humana, da vedação a todas as formas de discriminação, do direito à igualdade e

do direito à vida sobre a plenitude da defesa, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio.

4. Da ressalva quanto ao art. 483, § 2º, do Código de Processo Penal: a soberania dos veredictos.

O autor questiona especificamente as situações em que o feminicida é absolvido com base em “legítima defesa da honra” na hipótese processual do art. 483, III, § 2º, do CPP (absolvição genérica ou por clemência). Defende que, nesses casos, o princípio da soberania dos veredictos seja interpretado com temperamentos, para que não coloque à salvo do controle judicial a absolvição com base na aludida tese.

O pedido do autor, quanto ao ponto, tem conexão com o que decidido pela Primeira Turma desta Corte no julgamento do HC nº 178.777/MG, de relatoria do Ministro **Marco Aurélio**. Pleiteava-se, naquela ação, o restabelecimento de decisão absolutória proferida com base no 483, § 2º, do Código de Processo Penal, a qual **havia sido anulada por contrariedade à prova do processo**, com determinação de novo júri.

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 veredictos, assegurada na Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c.

Os Ministros **Roberto Barroso** e **Alexandre de Moraes** divergiram, enfatizando o fato de que, naquele caso, o acusado havia confessado o feminicídio.

Acompanhando as premissas trazidas pelo eminente Relator e seguindo a maioria, 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 extraprocessuais. 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 nossos).

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 Código de Processo Penal, **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 Código de Processo Penal 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**.

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)

Estou convencido, de fato, conforme votei no julgamento do HC nº 178.777/MG, na Primeira Turma, sobre a impossibilidade de o Ministério Público recorrer de decisão absolutória do tribunal do júri baseada em quesito absolutório genérico (CPP, art. 483, III, c/c § 2º), tendo em vista a soberania dos vereditos, assegurada na Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c.

Essas razões, aliás, percolarão a inexorável discussão da Corte sobre os limites da liberdade conferida aos jurados pelo art. 483, § 2º, do Código de Processo Penal para absolver o acusado, a qual será travada no julgamento do RE nº 1.225.185-RG/MG, de relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, cuja repercussão geral foi reconhecida nos seguintes termos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI E SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ART. 5º, XXXVIII, C, CF). **IMPUGNABILIDADE DE ABSOLVIÇÃO A PARTIR DE QUESITO GENÉRICO (ART. 483, III, C /C §2º, CPP) POR HIPÓTESE DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, D, CPP). ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA E SOBERANIA DOS VEREDICTOS. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL**” (DJe de 22/6/20).

Contudo, por todas as razões levantas ao longo de minha exposição, **penso ser inaceitável, diante do sublime direito à vida e à dignidade da pessoa humana, que o acusado de feminicídio seja absolvido, na forma do art. 483, III, § 2º, do Código de Processo Penal, com base na esdrúxula tese da “legítima defesa da honra”**.

Dessa forma, caso a defesa lance 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.

Por essas razões, reconheço serem patentes a **fumaça do bom direito** e o **perigo da demora**, que se fazem presentes diante da notória epidemia de crimes violentos contra mulheres. Postergar uma decisão até o julgamento definitivo da presente arguição acabaria por perpetuar situações de discriminação de gênero e por subsidiar a absolvição de réus confessos com fundamento em tese patentemente inconstitucional.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, **concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário**, para:

(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, **caput**, da CF);

(ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, **caput** e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência,

(iii) obstar à defesa que sustente, direta ou indiretamente, a legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como no julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

Tendo em vista se tratar de referendo de medida liminar, o qual pode ser apresentado em mesa para julgamento independentemente de pauta (art. 21, XIV, RISTF), **submeto esta decisão à referendo do colegiado na próxima sessão virtual, que se inicia em 5/3/21.**

Por razões de celeridade processual, intimem-se as partes, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República para que se manifestem, se o desejarem, antes do julgamento do referendo da presente cautelar, **possibilitando ainda a apresentação de sustentação oral até às 12h do dia 4/3/21.**

Dê-se ciência desta decisão ao Presidente desta Corte, Ministro **Luiz Fux**, e à Assessoria do Plenário para adoção das providências de praxe”.

No que tange ao pedido de aditamento à inicial, deixo para analisá-lo após a decisão acerca do referendo à medida cautelar.

Ante as razões apresentadas, **acolhendo, para tanto, ainda a proposta de redação** do eminente Ministro **Gilmar Mendes, no tocante ao item 'iii' da parte dispositiva da decisão liminar**, voto pelo seu referendo, concedendo-se parcialmente a medida cautelar na presente ação para:

(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, **caput**, da CF);

(ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, **caput** e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência,

(iii) **obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra** (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

Plenário Virtual - minuta de voto