

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Conforme relatado, trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), com o objetivo de que seja dada interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal (CP) – Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – e ao art. 65 do Código de Processo Penal (CPP) – Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 –, a fim de que se **afaste a tese jurídica da legítima defesa da honra e se fixe entendimento acerca da soberania dos veredictos**. Também pleiteia o autor que se dê interpretação conforme à Constituição, “ *se esta Suprema Corte considerar necessário* ”, ao art. 483, III, § 2º, do CPP.

Transcrevo os dispositivos questionados:

“CP, Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (...)

II - em 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.”

“CPP, Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

“CPP, Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: (...)

III – se o acusado deve ser absolvido; (...)

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?”

No mérito, alega que a interpretação questionada violaria os arts. 1º, *caput* e inciso III; 3º, inciso IV, e 5º, *caput* e inciso LIV, da Constituição Federal:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana; (...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

Relata-se defender o autor que a garantia constitucional de soberania dos veredictos do tribunal do júri, por vezes, acaba legitimando julgamentos contrários aos elementos fático-probatórios produzidos à luz do devido processo legal, passando a mensagem de que é legítimo absolver réus que comprovadamente praticam feminicídio, se o crime houver ocorrido em defesa de suas honras.

Em sede cautelar, o relator concedeu 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.”

Em sua decisão, afirma que “*é límpido que a chamada ‘legítima defesa da honra’ não encontra qualquer amparo ou ressonância no ordenamento*

jurídico pátrio”, pois “ *não é, tecnicamente, legítima defesa* ”, já que ausente injusta agressão a ensejá-la.

Como bem assentado pelo eminente relator, preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo à análise do mérito.

1. Premissas sobre a tese de “legítima defesa da honra”

Sem dúvidas, vivemos em uma sociedade marcada por relações patriarcalistas, que tenta justificar com os argumentos mais absurdos e inadmissíveis as agressões e as mortes de mulheres, cis ou trans, em casos de violência doméstica e de gênero. Pode-se afirmar que:

“Essa subjugação imposta à mulher perante o homem é produto de um conjunto de enunciados que juntos podem ser entendidos como uma formação discursiva. Seguindo essa linha de pensamento, podemos dizer que *honra* é um enunciado que seguido de outros, dentro do contexto histórico recortado por este estudo, produziu um discurso complacente com a violência contra as mulheres.” (RAMOS, Margarita Danielle, Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. *Revista de Estudos Feministas*, v. 20, n. 1, 2012).

Mesmo o nosso Código Penal, até dias recentes, previa hipótese de raptó de “mulher honesta”, a demonstrar uma carga semântica evidentemente machista e patriarcal. E, nesse sentido, pesquisas demonstram diversos ranços machistas na nossa doutrina penal tradicional (MENDES, Soraia; XIMENES, Julia; CHIA, Rodrigo. E quando a vítima é a mulher? Uma análise crítica do discurso das principais obras de direito penal e a violência simbólica no tratamento das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 130, 2017).

Nesse cenário, a tese de “legítima defesa da honra” aflora nas discussões e em alguns casos de julgamentos por jurados para justificar (manifestamente de modo absurdo e inadmissível) atos aberrantes de homens que se sentem traídos e se julgam legitimados a defender a sua honra ao agredir, matar e abusar de outras pessoas.

Desde os anos 80, cresce a crítica ao uso do argumento da legítima defesa da honra nos casos de assassinatos de mulheres cometidos pelos companheiros (CORRÊA, Marisa. *Os Crimes da Paixão*. São Paulo: Brasiliense, 1981; CORRÊA, Marisa. *Morte em família: representações jurídicas de papéis sexuais*. Rio de Janeiro: Graal, 1983).

E, felizmente, o debate tem se consolidado no meio acadêmico, especialmente a partir de pesquisas empíricas e leituras feministas dos problemas inerentes ao sistema penal (CAMPOS, Carmen Hein de; SEVERI, Fabiana C. *Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira*. *Rev. Direito & Práxis*, v. 10, n. 2, 2019; MENDES, Soraia da Rosa. *Processo Penal Feminista*. Atlas, 2020).

Nesse diapasão, afirma-se de modo consistente a total abusividade da tese de “legítima defesa da honra”:

“O acolhimento da tese de legítima defesa da honra para manter absolvições de homens que mataram ou feriram suas companheiras vem fundamentado por construções jurídicas que misturam ao Direito a moral patriarcal, ao resgatar entendimentos já superados nas academias, no sentido de proteção do casamento e da família patriarcal em detrimento das pessoas que a integram; de defesa da moral social e tutela da honra ultrajada pelo ato adúltero da mulher, que vitimizaria não só o cônjuge ou companheiro traído, como o próprio Estado.” (PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. 'Legítima defesa da honra': ilegítima impunidade dos assassinos - um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina. *Cadernos Pagu*, Campinas: Unicamp, 2006. p. 131-132).

“De maneira que, se existe a tese da violenta emoção, não há como se defender a tese da legítima defesa da honra, a qual, além de injurídica, envergonha toda uma nação. A tese da legítima defesa da honra foi uma evasiva que, desde o início, apresentou fragilidade. Tratava-se de uma tese movida pelo preconceito reinante na época, mas que podia ser utilizada por qualquer um, por ser a honra um atributo inquestionável.” (ASSIS, Maria Sonia M. S. *Tese da legítima defesa da honra nos crimes passionais*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. 2003. p. 106)

Portanto, reputo como inadmissível a tese da “legítima defesa da honra”, visto que pautada por ranços machistas e patriarcais, que fomentam um ciclo de violência de gênero na sociedade.

2. Limitações argumentativas às partes na justiça criminal de um Estado democrático de Direito

Inicialmente, vale destacar que o **próprio ordenamento em vigor prevê limitações argumentativas** como aquela disciplinada no art. 28 do CP, que veda absolvição por emoção ou paixão, e no art. 478 do CPP, que determina:

“Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo”.

Cito a previsão das denominadas *rape shield law*, em discussão também em nosso ordenamento, após recentes casos de abusos argumentativos praticados por atores processuais em audiências relativas a crimes sexuais.

Trata-se de limitações probatórias e argumentativas relacionadas ao histórico sexual de vítimas de crimes sexuais, além de suas opções e costumes a isso correlatos.

Menciono, por exemplo, dispositivos das *Federal Rules of Evidence*, dos EUA:

“Rule 412. Sex-Offense Cases: The Victim

(a) Prohibited Uses. The following evidence is not admissible in a civil or criminal proceeding involving alleged sexual misconduct:

(1) evidence offered to prove that a victim engaged in other sexual behavior; or

(2) evidence offered to prove a victim’s sexual predisposition.

(b) Exceptions.

(1) Criminal Cases. The court may admit the following evidence in a criminal case:

(A) evidence of specific instances of a victim's sexual behavior, if offered to prove that someone other than the defendant was the source of semen, injury, or other physical evidence;

(B) evidence of specific instances of a victim's sexual behavior with respect to the person accused of the sexual misconduct, if offered by the defendant to prove consent or if offered by the prosecutor; and

(C) evidence whose exclusion would violate the defendant's constitutional rights.

(2) Civil Cases. In a civil case, the court may admit evidence offered to prove a victim's sexual behavior or sexual predisposition if its probative value substantially outweighs the danger of harm to any victim and of unfair prejudice to any party. The court may admit evidence of a victim's reputation only if the victim has placed it in controversy."

Sem dúvidas, trata-se de dispositivos que devem ser ponderados cuidadosamente, visto que **qualquer limite ao exercício do direito de defesa precisa ser necessariamente excepcionalíssimo**. Vale destacar que, na previsão estadunidense, há exceção à vedação quando a defesa pretender com tais provas demonstrar que o agressor foi outra pessoa específica ou o consentimento da vítima em concreto, e não por presunções ilegítimas em razão de suas condutas ou opções de comportamento.

Contudo, percebe-se que há questões relevantes em debate para consolidar uma proteção mais ampla e efetiva a pessoas vulneráveis e potencialmente sujeitas a um risco maior de revitimização ao ingressar no sistema de justiça criminal.

3. Distinção em relação ao debate sobre o recurso da acusação em hipótese de absolvição pelo quesito genérico

Devo destacar que a **questão objeto desta ADPF é distinta da que está em discussão neste julgamento**, embora ambas partam do mesmo problema: a falta de motivação na decisão dos jurados, conforme o procedimento regulado pelo CPP brasileiro.

A tese de que não é cabível apelação por decisão manifestamente contrária à prova dos autos em caso de absolvição com fundamento no quesito genérico não se identifica com o debate sobre a legítima defesa da honra.

Tanto é assim que, mesmo se aceito tal recurso, o próprio CPP limita o cabimento a somente uma revisão, nos termos do § 3º do art. 593:

“Se a apelação se fundar no no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; **não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação .”**

Ou seja, fixada, ou não, a tese que restrinja o recurso do MP, ainda assim poderá continuar existindo a alegação de “legítima defesa da honra” e, desse modo, fundamentando absolvições em julgamentos por jurados que não precisam motivar as suas decisões.

Portanto, o problema da tese da “legítima defesa da honra” precisa ser enfrentado de modo distinto e esta ADPF é o meio adequado para tanto. De qualquer modo, parece-me ser uma discussão muito mais relacionada aos limites argumentativos que deveriam ser impostos às partes (o que pode ou não ser alegado em Plenário), bem como à falta de qualquer motivação na decisão dos jurados – debates que demandariam uma reforma mais ampla do CPP.

Ademais, destaco que existem diversas hipóteses de cabimento de apelação ao julgamento pelo Júri, nos termos do art. 593 do CPP:

“Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (...)
III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:
a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.”

Desse modo, o julgamento por jurados pode ser anulado se ocorrer alguma nulidade durante o Plenário (como a alegação da tese de “legítima defesa da honra”), por exemplo, ou qualquer injustiça em relação à pena fixada.

Além disso, a tese sustentada somente restringe o recurso se a absolvição se fundamentar na resposta positiva dos jurados ao quesito genérico (“O jurado absolve o acusado?”, art. 483, § 2º), pois, sendo desnecessária qualquer motivação, a absolvição pode se dar por qualquer fundamento, tornando-se, assim, incontrolável pelo Tribunal em sede de recurso, em atenção à soberania dos veredictos consagrada constitucionalmente.

Contudo, se a absolvição se der por qualquer outro quesito e fundamento, mantém-se a possibilidade de apelação da acusação se “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”.

Diante desses argumentos, posso afirmar que a tese sobre a inadmissibilidade da apelação por decisão manifestamente contrária à prova dos autos em caso de absolvição com fundamento no quesito genérico **não fomenta e muito menos autoriza a absurda “legítima defesa da honra”**.

Nesse sentido, desde já, resta **ilegítimo o pedido de aditamento apresentado pelo autor da ação (eDOC 37) tampouco se mostra necessário o julgamento conjunto deste feito com o ARE 1.225.185**, de minha relatoria.

A semelhança entre as questões seria uma: a opção do legislador pela não motivação das decisões dos jurados e a sistemática do procedimento previsto no CPP sem maiores instruções aos juízes leigos. Isso sim poderia ser objeto de debate doutrinário (cito, por ex. as propostas apresentadas por MASCARENHAS NARDELLI, Marcella. *A prova no tribunal do Júri*. Uma abordagem racionalista. Lumen Juris, 2019) e eventual reforma legislativa.

4. A proposta apresentada pelo relator

A partir de tais considerações, acompanho o relator e conheço da ação em suas premissas quanto à inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra, o que enseja “*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” (itens i e ii da proposta).

Contudo, em relação ao item (iii), penso que **a limitação argumentativa ali proposta deve ser aplicável a todas as partes processuais e, inclusive, à juíza ou ao juiz do caso**, visto que a tese também pode ser por eles veiculada em alegações ou petições, na formulação de quesitos aos jurados ou em eventual fundamentação de absolvição sumária ao fim da primeira fase do procedimento do Júri, por exemplo.

Portanto, **por questão de isonomia e paridade entre as partes, a limitação argumentativa assentada nesta ADPF deve ser aplicável a todos os envolvidos na persecução penal**, e não somente à defesa. Nesse sentido, cita-se o já mencionado art. 478 do CPP, o qual estabelece ser vedado às partes fazer referências à pronúncia, sua confirmação ou ao silêncio do réu.

Por fim, vai bem a proposta do relator ao prever a nulidade do ato e do julgamento se houver a veiculação da tese. Novamente, trata-se de consequência prevista à situação semelhante, nos termos do art. 478 do CPP. Vale destacar que eventual abuso das partes para ensejar dolosamente a anulação de um Júri a partir de tal motivo pode acarretar eventual sanção, a depender do caso concreto e da análise devidamente realizada pelo órgão competente.

Nesse sentido, destaco a necessidade de se reforçar a importância da ata da sessão de julgamento e da gravação audiovisual da sessão, de a modo registrar devidamente os debates, alegações e fundamentos das partes (art. 495, XIV, CPP). Somente assim será possível o devido controle em Plenário do Júri (SILVA, Rodrigo Fauz; AVELAR, Daniel R. *Manual do Tribunal do Júri*. RT, 2020. p. 444).

5. Dispositivo

Diante do exposto, **voto por referendar a medida cautelar** deferida pelo relator, mas **divirjo da redação do último item de suas conclusões** e, assim, proponho as seguintes teses:

(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, porquanto contraria 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.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 02/07/2019