

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Vogal):

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, com requerimento de medida liminar, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista contra “*decisões de Tribunais de Júri* [de todo o país] *que absolvem feminicidas (...) [pela sustentação da tese] de ‘legítima defesa da honra’, bem como [contra] as decisões dos Tribunais de Justiça e a decisão da Primeira Turma desta Suprema Corte no HC n. 178.777/MG”* , que teriam validado esses veredictos populares.

2. Sustenta o arguente haver controvérsia constitucional relevante a justificar o cabimento da presente arguição, na qual se pretende a exclusão da abrangência do inc. II do art. 23 e do *caput* do art. 25 do Código Penal a invocação de tese jurídica da legítima defesa da honra.

Afirma que as decisões judiciais sobre o tema são contraditórias. Haveria Tribunais Estaduais e o Superior Tribunal de Justiça alternando entre anular e validar os veredictos populares de absolvição, nos quais se invoca a proteção da honra para escusar a prática de crimes de feminicídio.

Destaca recente acórdão da Primeira Turma deste Supremo Tribunal no *Habeas Corpus* n. 178.777/MG e cita diversos julgados que demonstrariam a divergência jurisprudencial sobre a interpretação das garantias constitucionais da soberania dos veredictos populares e da plenitude de defesa.

Defende o afastamento da possibilidade de o Tribunal do Júri, aplicando a tese da legítima defesa da honra, absolver o acusado com base no inc. III, do §2º do art. 483 do Código de Processo Penal (quesito absolutório genérico). Nesse sentido, anota que a al. *d* do inc. III do art. 593 do Código de Processo Penal funcionaria como restrição válida à garantia constitucional da soberania dos veredictos.

Argumenta ser eventual aceitação da tese questionada “ *naturalização do feminicídio*” , fruto da histórica “*inferiorização jurídica coisificadora (...)*

da mulher frente ao homem”, ferindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Aponta como normas constitucionais violadas pela invocação da tese da legítima defesa da honra aquelas previstas no *caput* e inc. LIV do art. 5º; *caput* e inc. III do art. 1º; inc. IV do art. 3º, da Constituição da República.

Pleiteia seja conferida interpretação conforme à Constituição aos inc. II do art. 23 e *caput* do art. 25 do Código Penal para supressão de proteção da excludente de ilicitude interpretações decorrentes da invocação da tese jurídica da “legítima defesa da honra”.

São os requerimentos e o pedido:

“REQUER-SE o reconhecimento do cabimento da presente ADPF, por serem impugnadas normas pré-constitucionais, donde incidente a regra legal da subsidiariedade para o cabimento desta ação (cf. item 1.2, supra), para que:

(i) seja concedida MEDIDA CAUTELAR MONOCRÁTICA, inaudita altera pars, para que, com efeito vinculante e eficácia erga omnes e ex nunc, seja atribuída interpretação conforme a Constituição ou, alternativamente, declaração de não-recepção sem redução de texto, ao disposto nos artigos 23, II, e 25 do Código Penal e do artigo 65 do Código de Processo Penal (e, se esta Suprema Corte considerar necessário, o art. 483, III, §2º, do CPP), para considerá-los compatíveis com a Constituição Federal apenas se interpretados como não incluindo, em seu âmbito de proteção, a nefasta, horrenda e lesa-humanidade tese jurídica da “legítima defesa da honra” (sic), pela qual se “admite” (sic) que uma pessoa (normalmente, um homem) mate outra (normalmente, uma mulher) para “proteger” (leia-se, “lavar”) sua “honra” em razão de (real ou suposta) traição em uma relação afetiva, ou, alternativamente, considerar incompatíveis com a Constituição quaisquer interpretações dos mesmos que incluam em seu âmbito de proteção referida tese nefasta de lesa-humanidade, por força da presença dos requisitos legais da fumaça do bom Direito (verdadeira verossimilhança neste caso), pela evidente desproporcionalidade e irrazoabilidade da permissão ao assassinato de uma pessoa pelo fato de ter cometido (ou ter sido acusada de) adultério em uma relação afetiva, por dever ser interpretada com temperamento, mediante interpretação restritiva (com redução teleológica), a garantia constitucional de “soberania dos veredictos” do Tribunal do Júri, por essa soberania não poder chegar ao ponto de

“legitimar” constitucionalmente julgamentos manifestamente contrários aos elementos fático-probatórios produzidos à luz do devido processo legal e muito menos “legitimar” julgamentos manifestamente contrários ao ordenamento jurídico-constitucional, bem como (o requisito legal) do perigo na demora, por até hoje estarmos tendo julgamentos de Tribunais de Júri absolvendo feminicidas (assassinos de mulheres) pela nefasta, horrenda e anacrônica tese de lesa-humanidade da “legítima defesa da honra” (sic), que ora são anuladas por Tribunais de Justiça por manifesta contrariedade à prova dos autos, ora são mantidas/validades por outros Tribunais de Justiça;

(ii) sejam intimadas a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República para que ofertem Pareceres, nos prazos legais;

(iii) seja, ao final, JULGADA TOTALMENTE PROCEDENTE a presente ação, confirmando-se a medida cautelar/liminar anteriormente deferida, ou, caso indeferida, para que, com efeito vinculante e eficácia erga omnes, seja atribuída interpretação conforme a Constituição ao disposto nos artigos 23, II, e 25 do Código Penal e do artigo 65 do Código de Processo Penal (e, se esta Suprema Corte considerar necessário, o art. 483, III, §2º, do CPP), para considerá-los recepcionados pela Constituição apenas se interpretados como não admitindo absolvições, mesmo por Tribunais de Júri, pela nefasta, horrenda e anacrônica tese de lesa-humanidade da “legítima defesa da honra” (sic), ou seja, de assassinos de pessoas que cometeram (ou foram acusadas de) adultério em uma relação afetiva (caracterizadora de família conjugal ou não), geralmente feminicidas, ou, alternativamente, seja declarada a não-recepção sem redução de texto de ditos dispositivos legais pré-constitucionais (e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto do dispositivo pós-constitucional, se esta Suprema Corte isto entender necessário), para deles excluir uma tal exegese, como medida da mais lídima JUSTIÇA!”

3. Em 26/2/2021, o Ministro Dias Toffoli deferiu parcialmente a medida liminar requerida, *ad referendum* do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, 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”.

Examinados os elementos havidos no processo, DECIDO.

4. Na presente arguição, sustenta-se contrariedade a preceitos fundamentais relacionados ao direito fundamental à vida (*caput* do art. 5º da CR), e aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 1º da CR), da não-discriminação (inc. IV do art. 3º da CR), do Estado de Direito (art. 1º da CR), da razoabilidade e da proporcionalidade (inc. LIV do art. 5º da CR), pela invocação, no Tribunal do Júri e aceitação pela jurisprudência, da tese jurídica da “legítima defesa da honra” como forma de afastar a ilicitude do crime de feminicídio.

5. O inc. XXXVIII do art. 5º da Constituição da República estabelece como garantia individual, prevista no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, a instituição do júri, fundada nos princípios da plenitude de defesa, do sigilo das votações e da soberania dos veredictos. Permite-se, assim, o julgamento do acusado de crime doloso contra a vida pelos seus pares, como importante mecanismo democrático, a incluir a participação direta do cidadão nas decisões do Poder Judiciário.

Conferindo-se concretude ao princípio constitucional da plenitude de defesa, determina-se no inc. III e §2º do art. 483 do Código de Processo Penal, desde que afirmadas a autoria e materialidade do crime, seja indagado aos jurados se absolvem o acusado, podendo-se ali contemplar todas as possíveis teses legais e supralegais de exculpação e de exclusão da ilicitude da conduta levada a efeito pelo agente.

Nesse contexto, insere-se a legítima defesa, prevista no inc. II do art. 23 e art. 25 do Código Penal, como causa de exclusão da ilicitude, a autorizar ao agente reagir prontamente em defesa de interesses relevantes, na impossibilidade de intervenção tempestiva do Estado para resguardá-los.

Questiona-se, entretanto, se, à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação, do Estado de Direito,

da razoabilidade, da proporcionalidade e, sobretudo, do direito fundamental à vida, seria conforme ao Direito a invocação da tese da legítima defesa da honra no julgamento no Tribunal do Júri Popular, com a finalidade de livrar o agente de uma possível imposição de pena.

7. Para melhor compreensão do tema, faz-se mister analisar o contexto histórico e jurídico no qual desenvolvida a tese.

No processo de colonização do território brasileiro, os portugueses adotaram, desde 1605, as Ordenações Filipinas, nas quais se tutelava o “*poder do homem sobre o corpo e a vida da mulher*”, no Livro V, título XXXVIII (“*Do que matou sua mulher, pola achar em adultério*”):

“Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar a assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso, mas será degredado para a África com pregão na Audiencia, pelo tempo que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa que matar, não passando de trezannos”.

O Código Filipino previa, ainda, a possibilidade de o marido “*licitamente*” matar a mulher se tivesse “*prova bastante do adultério*”, situação na qual “*será livre sem pena alguma*” .

O assassinato da mulher era., assim, meio de afastar do marido a pecha da traição. Entendia-se que o adultério colocava à prova a masculinidade do homem traído.

Como anota Sandra Ornellas, “*essa legislação, aliada aos valores culturais trazidos pelos colonizadores, garantiu a consolidação, também aqui no Brasil, dos valores enraizados na cultura ibérica, que relacionava a honra masculina ao comportamento feminino. A elite colonial cultivava as tradições nobres e mantinha seus costumes, dentre eles a preocupação com os laços sanguíneos, a patrilinearidade, que passava de geração a geração não apenas a herança, mas também a honra da família*” . (*Lei e honra na construção simbólica da masculinidade: uma reflexão sobre o feminicídio*. Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2017, disponível em).

Com o advento do Código Criminal do Império, nos arts. 250 a 253, previam-se requisitos diferentes para configuração do crime de adultério, a depender do sexo do agente. Se mulher, a tipicidade da conduta verificava-se pelo simples “*cometimento do adultério*”, ao passo que, se homem, a conduta só seria típica se tivesse concubina “*teúda e manteúda*” :

“Art. 250. A mulher casada, que commetter adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos.

A mesma pena se imporá neste caso ao adúltero.

Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente.”

Igual previsão constou no art. 279 do Código Penal Republicano:

“Art. 279. A mulher casada que commetter adulterio será punida com a pena de prisão cellular por um a tres annos.

§ 1º Em igual pena incorrerá:

1º O marido que tiver concubina teuda e manteuda;

2º A concubina;”

Com a promulgação do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), deixou-se de diferenciar a tipificação do crime com base no gênero do agente – não mais se exigindo a comprovação de relação de permanência quando do adultério masculino.

Porém, nada havia culturalmente se alterado. Continuava a incidir cobrança social e política apenas da mulher, como propriedade do homem, sua exclusividade sexual.

Neste sentido, o inc. II do art. 6º do Código Civil de 1916 (norma originária), que vigorou no ordenamento jurídico até o início de vigência da Lei n. 4.121/1962), dispunha serem relativamente incapazes as mulheres casadas, enquanto subsistisse a sociedade conjugal. Outros dispositivos da lei civilista patenteavam a submissão da mulher ao homem na sociedade conjugal, respaldando-se tais normas no caldo cultural de uma sociedade patriarcal, machista e preconceituosa.

O art. 233 do Código Civil de 1916 preconizava que “o marido é o chefe da sociedade conjugal”, norma que permaneceu após a alteração dada ao

dispositivo pela Lei n. 4.121/1962, acrescentando-se tão somente que aquela função deveria ser exercida “ *com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos*”.

Como obrigações e restrições da mulher na sociedade conjugal, podem ser mencionados, ainda, os arts. 240 e 242 do Código Civil de 1916:

“Art. 240 - A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1970)”

“Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

I - praticar os atos que este não poderia sem consentimento da mulher (art. 235); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

II - Alienar ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, ns. II, III e VIII, 269, 275 e 310); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

III - Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

IV - Contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)”

O Código Penal vigente, do mesmo modo, contava com diversas expressões discriminatórias em seus dispositivos, produzindo uma “*contaminação sistêmica*” no direito brasileiro. (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)

Até o início de vigência da Lei n. 11.106/2005, o Código Penal previa como causa extintiva da punibilidade nos então denominados “*crimes contra os costumes*” o casamento da vítima com o agente ou com terceiros (inc. VII e VIII do art. 107 do Código Penal) , além de contar com o emprego de expressões como “*mulher honesta*” e “*mulher virgem*” para configuração de tais delitos, atualmente previstos no título dos crimes contra a dignidade sexual.

Consequência jurídica dessa institucionalizada submissão dos direitos da mulher aos interesses do homem é que, culturalmente, relaciona-se a honra masculina ao dever da mulher *“através de sua castidade e fidelidade, [de] sustentar a legitimidade do sangue, já que esse era um fator importante para dizer da honorabilidade tanto de seu pai quanto de seu marido. A infidelidade feminina era, portanto, perigosa por duas razões: a primeira seria a desonra do pai ou do marido perante a sociedade e a segunda seria o risco de essa traição trazer para o seio familiar filhos estranhos, ilegítimos”* (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).

8. Com a promulgação da Constituição da República de 1988, todo cidadão, homens e mulheres, tem direito de tratamento idêntico pela lei, sendo dever do Estado instituir mecanismos para coibir a violência doméstica (§8º do art. 226 da CR), visando a construção de uma sociedade justa, livre de preconceitos e discriminações.

Anote-se ser o Brasil signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Decreto n. 4.377/2002) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto n. 1.973/1996).

Embora não tenha sido abordada a questão da violência de gênero naqueles documentos, o Comitê instituído pelo art. 17 do Decreto 4.377/2002 recomendou a adoção pelos Estados signatários de medidas visando a eliminação da discriminação contra a mulher por ações legais, políticas e programáticas.

Nesse contexto, foi editada a Lei n. 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”), que regulamentou os direitos assegurados constitucionalmente e ratificados pelo Brasil por tratados sobre direitos humanos, com o objetivo de coibir as múltiplas formas de violência contra a mulher.

9. Apesar da evolução legal e constitucional, o Estado e a sociedade continuam aceitando a violência de gênero contra a mulher. Uma das demonstrações desta triste constatação é a admissão da tese defensiva da “legítima defesa da honra”, em situações nas quais o “brio” e o “orgulho

ferido” do homem justificariam, culturalmente, a prática do feminicídio e a absolvição do autor do assassinato.

A tese jurídica de legítima defesa da honra não tem amparo legal. Construiu-se ela por discurso proferido em julgamentos pelos tribunais e firmou-se como forma de adequar práticas de violência e morte à tolerância vívida na sociedade aos assassinatos praticados por homens contra mulheres tidas por adúlteras ou com comportamento que fugisse ou destoasse do desejado pelo matador.

Nessa linha de raciocínio, *“o problema não está na escrita da lei, mas sim na manobra feita pelo discurso jurídico, que munido de suas estratégias de poder, utilizou dessa prerrogativa para abrir espaço para a impunidade dos assassinatos das mulheres consideradas adúlteras”*. (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).

À luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, da igualdade de gênero, e do direito fundamental à vida, é urgente e tarda seja afastada a ilicitude da conduta do acusado que tenha praticado crime de homicídio contra a mulher com base na tese jurídica da “legítima defesa da honra”.

10. A matéria em análise relaciona-se ao objeto do Tema n. 1087 da repercussão geral, no qual se discute *“a possibilidade de Tribunal de segundo grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos”* (ARE n. 1.225.185).

Esse assunto foi debatido pela Segunda Turma recentemente, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 178.856, Relator o Ministro Celso de Mello, no qual fiquei vencida ao acompanhar o voto divergente do Ministro Edson Fachin, para admitir a possibilidade de o Ministério Público apelar sob o fundamento de que a decisão dos jurados teria sido manifestamente contrária à prova dos autos, mesmo nos casos em que a decisão absolutória for proferida pelo Tribunal do Júri com base no quesito genérico do § 2º do art. 483 do Código de Processo Penal.

Na sessão virtual de 2.10.2020 a 9.10.2020, destacou o Ministro Fachin ser “ absolutamente contrária à Constituição a interpretação do quesito genérico que implique a reprimenda da odiosa figura da legítima defesa da honra. Os avanços da legislação penal no combate a discriminação contra a mulher, como a Lei Maria da Penha e a tipificação do feminicídio, não podem ser simplesmente desconsiderados pela interpretação sem limites da questão genérica.

(...)

Assim, a decisão do júri, para que seja minimamente racional e não arbitrária, deve permitir identificar a causa de absolvição. Dito de outro modo, para que seja possível o exame de compatibilidade do veredito com a jurisprudência desta Corte ou mesmo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é preciso que a causa de absolvição, ainda que variada, seja determinável.

O reconhecimento doutrinário de causas extralegais de exculpação não exige o Tribunal de Apelação, caso haja recurso do Ministério Público, do exame das razões possíveis de absolvição. Elas podem fundar-se em elementos legais de exclusão da antijuridicidade ou mesmo nas legais de exculpação. Podem, ainda, evidentemente, referir-se a causas extralegais como o chamado “fato de consciência”, as situações de “provocação de legítima defesa” e os “conflitos de deveres”, como bem os descrevem Juarez Cirino dos Santos e René Dotti. Seja qual for a tese escolhida, havendo um mínimo lastro probatório, ainda que haja divergência entre as provas, deve prevalecer a decisão do júri. De outro lado, não se podendo identificar a causa de exculpação ou então não havendo qualquer indício probatório que justifique plausivelmente uma das possibilidades de absolvição, pode o Tribunal ad quem, provendo o recurso da acusação, determinar a realização de novo júri.

Ainda que tenha havido o reconhecimento formal, por meio da instituição do quesito genérico, do cabimento de causas extralegais de exculpação, elas podem e devem ser identificadas pelo Tribunal de apelação, sempre que assim o requerer o Ministério Público, sob pena de se transformar a participação democrática do júri, em juízo caprichoso e arbitrário de uma sociedade que é ainda machista e racista. Júri é participação democrática, mas participação sem justiça é arbítrio”.

11. Pelo exposto, voto no sentido de referendar a medida liminar deferida pelo Relator para conferir interpretação conforme à Constituição ao inc. II do art. 23 e *caput* do art. 25 do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, para excluir de legitimidade jurídica a invocação da tese jurídica da “legítima defesa da honra” ou discurso que, sem aproveitar os mesmos termos expressem o mesmo dizer, ainda que sob a roupagem de outras expressões a denotarem o emprego da violência de gênero como justificativa do crime de feminicídio, proibindo-se todos os sujeitos responsáveis pela persecução e no processo penal a utilização, de forma direta, indireta ou subliminar, da tese jurídica da “legítima defesa da honra”, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/03/2019