

VOTO – ACOMPANHA COM RESSALVA

O Senhor Ministro Edson Fachin: Acolho o bem lançado relatório do e. Min. Dias Toffoli, e o acompanho parcialmente em seu voto, o qual inclusive já aderiu à ressalva quanto ao item “iii” do dispositivo feita pelo e. Min. Gilmar Mendes.

As palavras de Luiza Eluf bem descrevem o contexto anacrônico e trágico de reificação da mulher que sustenta a tese da legítima defesa da honra:

“O exemplo de paixão assassina trazido por Shakespeare em Oteló é bastante atual, pois mostra o aspecto doentio daquele que mata sob o efeito de suspeitas de adultério por parte de sua esposa. Após o crime, o grande dramaturgo atribui ao matador a seguinte frase: ‘Dizei, se o quereis, que sou um assassino, mas por honra, porque fiz tudo pela honra e nada por ódio’. Na verdade, a palavra ‘honra’ é usada para significar ‘homem que não admite ser traído’. Aquele que mata e depois alega que o fez para salvaguardar a própria honra está querendo mostrar à sociedade que tinha todos os poderes sobre sua mulher e que ela não poderia tê-lo humilhado ou desprezado.” (ELUF, Luiza Nagib. A paixão no banco dos réus – casos passionais célebres: de Pontes Visgüeiro a Pimenta Neves. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 157)

No entanto e por compreender que a proteção deve ser mais efetiva, com as mais respeitadas vênias, avanço para acolher também o pedido sucessivo de interpretação conforme a Constituição do art. 483, III, §2º, do Código de Processo Penal, ratificando as razões expostas quando do início do julgamento do ARE 1.225.185, tema 1087, rel. Ministro Gilmar Mendes e no julgamento dos Habeas Corpus n. 192.431 e 192.432.

Entendo, assim, que a questão guarda nítida pertinência em relação à que aqui se discute acerca da inconstitucionalidade – já reconhecida nos brilhantes votos já proferidos pelo ministro relator e pelo ministro Gilmar Mendes – da tese da legítima defesa da honra.

Nos termos do art. 483, § 2º, do Código de Processo Penal, depois de responder sobre a materialidade e a autoria, o Conselho de Sentença deve responder se o acusado deve ser absolvido:

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

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

(...)

§ 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?”

A pergunta é substancialmente distinta daquela que era expressa no antigo texto do art. 484, por meio do qual era o juiz quem formulava os critérios a partir das alegações de antijuridicidade ou de não culpabilidade veiculadas pela defesa.

No atual sistema, a quesitação genérica não se destina a elencar apenas as hipóteses legais de exclusão da ilicitude ou da punibilidade, mas, por sua amplitude, a autorizar também a utilização de causas extralegais de exculpação.

Como já assentei nas outras ocasiões mencionadas, a alteração de redação, porém, não implica, necessariamente, o descabimento do recurso de apelação, seja para a defesa, seja para a acusação, noutras palavras, a quesitação genérica não implica, necessariamente, a inviabilidade do recurso previsto no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal. E a sua inadmissibilidade implicaria um déficit de proteção aos direitos – à vida, à dignidade, à igualdade – considerados violados ao se declarar a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra. É preciso, pois, ir além.

O caminho a percorrer é sempre o da legalidade constitucional, isto é, é preciso examinar se a margem de conformação do legislador ordinário respeita os limites do texto constitucional.

A previsão constitucional do Tribunal do Júri é a seguinte:

“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:

(...)

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;”

A primeira formulação desses termos é da Constituição de 1946, que, em seu art. 141, § 28, dispunha ser “mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

As Constituições anteriores não consagraram os contornos do Tribunal do Júri, com as garantias e os termos que foram posteriormente a ele assegurados. A Constituição de 1891, por exemplo, previa laconicamente que “é mantida a instituição do júri”, conforme previsão de seu art. 72, § 31.

A origem da fórmula adotada em 1946 deriva de emenda apresentada pelo então Deputado Constituinte Aloísio de Carvalho, que não apenas incluiu o júri no rol de direitos fundamentais, como também consagrou nele a soberania de seus vereditos. Sua emenda foi objeto de destaque e o Deputado Osvaldo Lima, nos debates, objetou sua aprovação, afirmando que “a inconsciência do juri libertava os piores criminosos”.

Contra essa posição, Aloísio Carvalho respondia que:

“O júri é, assim, ao mesmo tempo, não só uma garantia individual, porque ninguém nega, ainda nos dias de hoje a pesar das transformações das concepções democráticas, deva o acusado ser julgado pelos seus semelhantes; julgado acima de normas inflexíveis e rígidas da lei a que um juiz togado está obrigado, julgado de acordo com as condições locais, com as normas, os padrões morais da sociedade em que vive e onde cometeu o crime. Direito do cidadão,

porque todos reconhecemos aos componentes de uma sociedade o direito de julgar os seus concidadãos como o de eleger os seus governantes”.

O nobre Constituinte também se opunha ao Decreto-Lei 167, de 1938, editado sob a égide da autoritária Constituição de 1937, por meio do qual retirava-se dos tribunais do júri a garantia da soberania de seus vereditos, permitindo-se aos tribunais de apelação que, em caso de contrariedade à evidência dos autos, outra decisão pudesse ser proferida.

A redação proposta por Aloísio Carvalho, portanto, visava restabelecer o júri, com as características sem as quais ele não existiria.

Contudo, em 1941, quando da promulgação do Código de Processo Penal, o recurso de apelação com fundamento da contrariedade de prova havia sido extinto. Ele só retorna para o Código, em 1948, por força da Lei 263, a mesma Lei que acabou sendo revogada, em parte, pelas alterações promovidas no sistema do júri pela Lei 11.689, de 2008.

A própria Lei 263 pode ser vista como esforço do legislador de regulamentar a nova disposição constitucional. Ela foi proposta já em 1946, como sendo o primeiro projeto da legislatura ali instalada. A Lei estabelecia a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e previa o procedimento para a formulação de quesitos e do recurso de apelação.

Com a Constituição de 1988, o texto de 1946 manteve-se praticamente idêntico, incorporando-se às disposições constitucionais sobre o júri apenas a competência material (crimes dolosos contra a vida) que havia sido fixada pela Lei 263. Durante os debates para a aprovação da nova Constituição, o constituinte Nyder Barbosa chegou a sugerir que a redação previsse, ainda, que as decisões absolutórias seriam irrecorríveis, proposta que, no entanto, não foi adiante no curso dos debates da Assembleia.

A síntese que se extrai da experiência constitucional sobre positivação da garantia do júri assegurada nos textos constitucionais é, de um lado, a de admitir a invocação de causa extralegais de exculpação e, de outro, a de reconhecer como compatível com o princípio da soberania dos vereditos o recurso de apelação por contrariedade à prova dos autos.

Entendo, portanto, que é de se rejeitar de plano posições que considero extremadas sobre a instituição do quesito genérico previsto na atual redação do Código de Processo Penal. Se, de um lado, é admissível a

utilização de critérios extralegais de exculpação, de outro, não é possível tornar irrecorrível a decisão do júri por mera aplicação do quesito genérico.

É preciso, contudo, melhor definir o alcance das disposições constitucionais. Para isso, o melhor guia são os debates travados no Congresso Nacional por ocasião da aprovação da Lei 263. Do curso desses trabalhos, é possível reconhecer, como o fez a Comissão de Constituição e Justiça, que “o princípio da soberania do júri somente estaria violado se ao tribunal *ad quem* se desse competência para modificar a decisão do júri, tal competência não é dada ao tribunal *ad quem* que somente pode mandar que o réu se submeta a novo julgamento” . Como asseverava o relator do projeto na Câmara, Gustavo Capanema, “a soberania do júri tem que entender-se não como se fosse um princípio novo, assegurado pela Constituição, mas segundo o seu conceito consagrado tradicionalmente pelo nosso direito” .

E para justificar o uso tradicional do conceito relata (Projeto 591-A, de 1947):

“A apelação da decisão do júri, quando contrária à evidência do processo e para submeter o réu ao julgamento de novo júri, foi instituída em nosso país pela lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código do Processo Criminal de 1832. Mau grado as críticas desde logo suscitadas, o princípio perdurou. Sobre a matéria, doutrinava Pimenta Bueno:

‘Temos ouvido algumas opiniões manifestarem-se contra essa disposição da lei, mas pensamos que elas não têm razão. O júri tem sem dúvida o direito de decidir segundo sua convicção, mas convicção sincera e moral, que não pode nem deve contrariar a evidência das provas e debates concludentes; e que quando contraria, faz duvidar da sua boa fé e imparcialidade, ou supor um erro substancial. O injusto é sempre injusto, qualquer que seja o tribunal que o profira. O recurso portanto não desnatura a instituição; só o que é verdadeiramente justo é que apóia a liberdade e com ela a ordem pública’.”

Como se observa da leitura das razões do projeto de lei, em nenhum momento entendia-se que o julgamento de apelação para a realização de um novo júri implicaria ofensa à regra da soberania. É apenas no caso em que, tal como previa a lei feita durante o regime varguista, houvesse

julgamento do mérito da acusação pelo órgão de apelação é que se poderia questionar de ofensa à decisão autônoma do Tribunal do Júri. Desde de 1946, no entanto, não é esse mais o caso.

Além disso, o recurso de apelação movido pela acusação que tenha por objetivo a realização do novo júri ante a contrariedade manifesta com as provas produzidas visa, nas palavras de Pimenta Bueno, garantir a justiça da decisão, ou, caso se prefira, uma racionalidade mínima, como bem apontaram Maíra Rocha Machado, Marta Rodriguez de Assis Machado, Matheus de Barros, Mariana Celano de Souza Amaral e Ana Clara Klink de Melo, em “As Provas, os Jurados e o Tribunal: A Anulação dos Veredictos diante da Soberania do Júri” (in: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 164, 220):

“Uma das características dos julgamentos no Tribunal do Júri é a de que os jurados não precisam fundamentar seus votos, pois eles julgam segundo a sua consciência. A regra do 593, III, “d”, do CPP (...), no entanto, aponta para um limite nesse procedimento valorativo: a consciência deve estar em alguma medida amparada por algum elemento de prova, pois se ela for manifestamente contrária à prova dos autos, o julgamento deve ser anulado. Trata-se de uma exigência de um mínimo de fundamento racional para a legitimidade do voto de consciência. Em outras palavras, é por meio dessa estreita janela que o juiz togado – a princípio guiado pela persuasão racional – pode supervisionar os jurados. (...) a extensão dessa supervisão depende da interpretação que se dá à expressão ‘manifestamente contrária à prova dos autos’. Um dos problemas da redação atual do dispositivo é justamente a incerteza sobre o conteúdo da expressão, que abre extensa margem para o exercício da discricionariedade judicial nos Tribunal de Justiça. Reconhecemos que a discricionariedade é inerente à jurisdição, mas quando tratamos de veredictos de jurados amparados por previsão constitucional, ela deve se restringir ao mínimo possível. Mas, como apontado neste texto, tal mínimo interpretativo nem sempre é respeitado e, com isso, o significado da soberania dos veredictos fica à deriva nas Câmaras do Tribunal de Justiça.

Ainda sobre a vagueza do dispositivo da lei processual, a expressão da lei é problemática ao mencionar “prova” no singular, como se houvesse uma única prova ou se o conjunto probatório fosse monolítico e apontasse em um único sentido. Em que pese os problemas ligados à letra da lei, podemos dizer que há formas de interpretá-la que são mais adequadas ao princípio da soberania dos veredictos do que outras”.

Como se observa, o recurso de apelação com fundamento na alínea “d” é, sem dúvidas, controverso, mas ele, em si, não desafia a cláusula da soberania dos vereditos, a menos não na forma como ela foi constitucionalmente assegurada.

Não é, de fato, possível que o Tribunal que julga a apelação possa valorar a prova de forma distinta e, com isso, julgar de forma diferente da que julgou o Tribunal do Júri. O efeito devolutivo do recurso é limitado, não se permitindo a substituição da atividade judicante, mas apenas admitindo o controle mínimo de racionalidade da decisão. Como já dito, não cabe, no âmbito do Tribunal do Júri, investigar a fundamentação acolhida pelos jurados, já que não possuem a obrigação de justificar seus votos.

No entanto, nada há no ordenamento jurídico que vede a investigação sobre **a racionalidade mínima que deve guardar toda e qualquer decisão**. Se é certo que o Tribunal do Júri guarda distinções em relação à atividade judicial típica, não deixa de ser também um julgamento, isto é, a aplicação de uma norma jurídica a um caso particular e, como tal, deve guardar um mínimo de racionalidade e de objetividade. A importante tarefa de julgar não pode ser um jogo de dados.

O cerne da controvérsia dos autos, no entanto, reside em saber se esse controle mínimo tem aplicação nos casos em que o réu é absolvido pela incidência do quesito genérico. A pergunta que se coloca, portanto, é a de saber se o juízo feito pelo Tribunal de Apelação teria qualquer margem de avaliação nesses casos, porquanto, se admitida a absolvição por critérios extralegais, a incidência da norma ao caso concreto jamais poderia ser verificada. Dito de outro modo, se o júri é livre para escolher qualquer norma, inclusive morais, para absolver alguém, então jamais seria possível identificar o enquadramento normativo por ele realizado.

Esse raciocínio é, todavia, falacioso.

Não há dúvidas de que, tal como formulado, o quesito genérico de fato dá margem para que seja interpretado no sentido de se reconhecer a possibilidade de absolvição por critérios extralegais. Mas a existência de diversas novas hipóteses de absolvição **não significa que elas sejam indetermináveis, nem ilimitadas**. Por isso, sempre haverá margem para que o Tribunal, no recurso de apelação, possa identificar a causa de absolvição, sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, e, finalmente, se há

respaldo mínimo nas provas produzidas, sempre tendo em conta que das provas, em geral, não se extrai apenas uma conclusão possível e, nos casos de divergência, a primazia é do Tribunal do Júri.

Como explicitarei no voto proferido no ARE 1.225.185 e ora assento de modo específico, é 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 quesitação genérica.

É parte da missão constitucional deste Tribunal honrar a luta pela afirmação histórica dos direitos das minorias, não se podendo permitir que, a pretexto de interpretar o direito democrático da cláusula do júri, sejam revigoradas manifestações discriminatórias. Nesse sentido, permanecem atuais as lições de Silvia Pimentel, Valeria Pandjarian e Juliana Belloque, em seu célebre trabalho sobre a “Legítima Defesa da Honra”:

“Em função da soberania dos veredictos do júri popular, os Tribunais de Justiça dos Estados – que integram o segundo grau de jurisdição ou a chamada jurisdição recursal – apenas podem anular a decisão dos jurados considerada manifestamente contrária à prova dos autos, determinando a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, com novos jurados; mas nunca é permitido a juizes (as) togados substituir a decisão recorrida.

Neste contexto, é muito comum a situação em que, mesmo após a anulação da absolvição, o Tribunal do Júri, em segundo julgamento, novamente aceita a aplicação da tese da “legítima defesa da honra” e acaba por absolver o homicida. Importa dizer que há um debate nacional sobre a legitimidade ou não da existência desse tipo de tribunal popular. Alguns reconhecendo sua relevância e vendo-o como manifestação de um profundo espírito democrático. Outros, reconhecendo suas limitações face ao despreparo jurídico de seus componentes.

A comunidade internacional reunida na Organização das Nações Unidas (ONU) já se manifestou, por mais de uma vez – há vários documentos a respeito – sua não aceitação e mesmo repúdio às práticas culturais desrespeitadoras dos direitos humanos das mulheres.

A IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, 1995, em sua Plataforma de Ação, item 224, estabeleceu que a violência contra as mulheres constitui ao mesmo tempo uma violação

aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais e um óbice e impedimento a que desfrute deste direito. Ressalta a violência contra as mulheres derivada dos preconceitos culturais e declara que é preciso proibir e eliminar todo aspecto nocivo de certas práticas tradicionais, habituais ou modernas, que violam os direitos das mulheres.”

Essa também é a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para quem a legitimidade de uma sentença penal depende da observância dos parâmetros jurisprudenciais da Corte (Corte IDH. Caso de la Massacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, reparações e custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Serie C No. 163, par. 197).

E encontra respaldo no texto constitucional que prevê, expressamente, que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (art. 5º, XLIII, da CRFB).

Por isso, ainda que fundada em eventual clemência, a decisão do júri não pode implicar a concessão de perdão a crimes que nem mesmo o Congresso Nacional teria competência para perdoar. E o homicídio qualificado, nos termos do art. 1º, I, da Lei n. 8.072/90, é considerado crime hediondo.

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. Caberá, portanto, ao Tribunal de Apelação o controle mínimo dessa racionalidade, no caso, para evitar a absolvição – ainda que não explicitada nos autos – pela inconstitucional legítima defesa da honra.

O reconhecimento doutrinário de causas extralegais de exculpação não exime 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. Podem, finalmente, fundar-se na própria clemência dos jurados.

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, ou ainda sendo aplicada a clemência a um caso insuscetível de graça ou anistia, pode o Tribunal *ad quem*, provendo o recurso da acusação, determinar a realização de novo júri, 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.

Trazendo essas considerações para a presente ADPF, acolho o pedido sucessivo, a fim de conceder a medida cautelar em maior extensão e conferir interpretação conforme ao art. 483, III, §2º, do Código de Processo Penal, para excluir a interpretação do quesito genérico que implique a repristinação da odiosa figura da legítima defesa da honra, de modo que a decisão do Tribunal de Justiça que a anula é compatível com a garantia da soberania dos vereditos do Tribunal do Júri.

É como voto.

Brasília, 8 de março de 2021, Dia Internacional da Mulher.