

Repercussões da inconstitucionalidade da legítima defesa da honra da ADPF 779 do STF na Lei Maria da Penha e nas varas de família

Autor: [Érica Canuto](#) | Data de publicação: 15/03/2021

Repercussões da inconstitucionalidade da legítima defesa da honra da ADPF 779 do STF na Lei Maria da Penha e nas varas de família

Érica Canuto. Pós-doutoranda em Democracia e Direitos Humanos pelo IGC/CDH Coimbra. Doutora em Ciências Sociais pela UFRN. Mestre em Direito pela UFBA e em Ciências Sociais pela UFRN. Professora da graduação e pós-graduação em Direito da UFRN. Promotora de Justiça no RN. Coordenadora Estadual da violência doméstica do IBDFAM/RN. Membro do GT do Cadastro Nacional de violência doméstica do CNMP. ericanutoveras@gmail.com

A ADPF 779, que reconheceu a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra, teve a liminar do Ministro Dias Toffoli confirmada à unanimidade, no último dia 12.03.2021, através do julgamento em plenário virtual. Em resumo, o STF declarou que a tese da legítima defesa da honra, se alegada direta ou indiretamente, é inconstitucional, por violar os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da defesa da vida e da igualdade de gêneros. Declarou que, havendo argumentação neste sentido, causa nulidade no ato e no julgamento[1].

Com os votos dos demais Ministros, prevaleceu a tese de que essa limitação argumentativa e probatória deve ser estendida a todas as partes, e não só a defesa. O Ministério Público, o Juiz, o Assistente ou Advogado estão coibidos sustentar qualquer argumento que seja (direta) ou se pareça (indireta) da legítima defesa da honra, como forma de justificar a violência de gênero contra a mulher.

A tese da legítima defesa da honra, que tem raízes legais nas Ordenações Filipinas, no “Livro 5 Tit. 38: Do que matou sua mulher, por a achar em adultério”, não só autoriza marido matar sua mulher e o adúltero, que se achem em adultério, mas também se os achar em situação que façam presumir que cometeriam. A pena não ultrapassava 3 anos. Mas certamente a origem legal não guarda completa consonância com as conformações socioculturais. Isso porque a legislação brasileira já passou por muitas alterações, não existindo mais norma expressa que contenha a previsão de legítima defesa da honra do marido.

Desde 2005, a lei não fala mais em mulher honesta, em casamento da vítima com o ofensor ou terceiro, em crimes contra a dignidade sexual, como forma de extinção da punibilidade, bem como não há mais o crime de adultério. Ao menos na legislação, não existe mais previsão expressa de alguma norma que leve à interpretação de que há licença para matar, legitimamente, uma mulher em defesa da honra.

E porque esses julgamentos ainda acontecem com absolvições em razão dessa tese nefasta? A resposta está na cultura. Na cultura machista e patriarcal, há uma crença de que o homem é superior à mulher, adotando padrões de conduta específicos e assimétricos para ambos. Há uma imposição aos papéis de gênero, como uma sociedade entende como deve ser e se parecer um homem e uma mulher. Desde o processo de socialização primária, até a autorização ou desautorização das instituições (Igreja, Estado, família) para determinados comportamentos que nos aproximam de um padrão ideal. A liberdade e autonomia das pessoas é regulada e cobrada para que se conformem aos papéis de gênero. Os julgamentos, na sociedade, na Justiça e perante um Conselho de Sentença, refletem um extrato de pensamento da cultura de uma sociedade. O que é fato é que ainda existe o direito de matar por uma suposta ofensa à honra do homem, no imaginário de grande parte da população. O passo que é dado no julgamento do STF é decisivo nesse enfrentamento da cultura machista.

Os últimos julgamentos que foram proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Habeas Corpus (HC 178.777MG e HC 1.335.185MG) tiveram decisões de Plenário de Júri, com teses absolutórias de legítima defesa da honra, confirmadas, sob o fundamento de que deve prevalecer a soberania dos veredictos e os jurados não teriam que justificar suas decisões. É preciso que se diga que os dois Habeas Corpus estão pendentes de julgamento e que têm o mesmo fundamento de inconstitucionalidade da legítima defesa da honra, mas específico para a possibilidade ou não de recurso por decisão contrária à prova dos autos (artigo 593, III, “a” CPP). Nessa hipótese, o resultado seria a possibilidade de um recurso de apelação para desconstituir a decisão Conselho de Sentença e autorizar um novo júri.

A ADPF 779, mesmo com o mesmo fundamento de inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra, por descumprimento de preceito fundamental, o STF entendeu por bem reconhecer a nulidade do ato e da decisão, o que levaria à situação prática de recurso (566 CPP). Embora não contenha a situação expressamente, há um outro dispositivo que se une no argumento recursal (artigo 478 CPP), que contém previsão de nulidade quando os debates contenham argumentos proibidos. Com efeito, o STF trouxe uma limitação argumentativa e probatória, como asseverou o Ministro Gilmar Mendes no seu voto. Trata-se de uma conduta obstativa, impeditiva, que se praticada, tem o condão de produzir um vício de natureza insanável.

A tese argumentativa que colide diretamente com os preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal é eivada de um vício de natureza insanável, sendo por isso que a liminar do STF foi no sentido de anular não só a decisão, mas também o ato, a prova, o argumento, a tese, fazendo retornar o processo ao lugar em que surgiu e contaminou todo o feito.

Destacada a importância da exclusão da tese da legítima defesa da honra do nosso sistema jurídico, é inegável a enorme repercussão que terá nos casos de feminicídios, tentados ou consumados.

A questão que se coloca ao debate é sobre o alcance dessa Decisão. Até onde deve ser entendido que a Decisão deve ir, em quais processos, em quais ações. Deve a Decisão, que hoje tem efeito erga omnes, ser aplicada nos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher? Pode ser aplicada a Decisão nas Varas de Família em que tenha uma mulher vítima de violência doméstica e familiar e a tese da legítima defesa, direta ou indireta, esteja sendo usada para culpabilizar a mulher em processos de disputa de guarda, alienação parental? A Decisão tem alcance nas Varas Criminais onde se discuta violência doméstica e familiar contra a mulher?

Já adiantamos que nosso entendimento é que sim.

Na Decisão liminar, o Ministro Dias Toffoli afirmou que

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. (grifos acrescentados)

A referência da fundamentação, na Decisão liminar confirmada, é de que, não só se utilizam da tese odiosa da legítima defesa da honra em processos de feminicídios, mas também nos processos de agressões contra mulheres, atribuindo às ofendidas a culpa pela violência que sofreram, o que contribui para a continuidade da violência contra as mulheres no nosso país. E, reconheça-se, há muito tempo essa tese machista vem sendo utilizada em toda espécie de processos contra mulheres em situação de violência doméstica e familiar, e, muitas vezes, para retirar-lhes direitos e calar sua voz. Não só nos julgamentos de feminicídios, tentados ou consumados, mas em todos os processos que tenham uma mulher em situação de violência doméstica e familiar.

São essas algumas das defesas indiretas da legítima (agora ilegítima) defesa da honra, para que fique bem claro que ela muda de estratégia, mas continua tendo a mesma face machista. “Homem que é homem se faz respeitar”, “eu vou mostrar quem manda aqui”, “se você não for minha, não vai ser de mais ninguém”, “não pago a pensão porque ela vai dar dinheiro os homens com que ela sai”, “eu não tenho que sustentar a vida de luxúria dessa mulher”, “não bati nela, bati no atrevimento dela”, “depois de me trair, e dizer isso na minha cara, o que eu poderia fazer”, “me senti ofendido como homem quando ela me trocou por outro”, “ela só está alegando alienação parental porque é interesseira e quer tirar dinheiro de mim”, “ela é louca, desequilibrada e quer me afastar dos meus filhos”, “ela é quem me ofendeu...veja essas fotos dela e com quantos ela já dormiu”.

É preciso reconhecer que a situação de violência doméstica e familiar vulnera a mulher em qualquer processo, e não só quando ocorre um feminicídio consumado ou tentado. Érica Canuto[2], em Princípios da Lei Maria da Penha, diz que o Superior Tribunal de Justiça, em julgados reiterados[3] afirmou que a mulher em situação de violência doméstica e familiar está no chamado estado de vulnerabilidade, que tem presunção absoluta, não comportando afirmação ou prova em contrário. O reconhecimento do Princípio da presunção de vulnerabilidade é a razão de ser a proteção integral da Lei. A autora afirma

Compreende-se que a condição e fato se diferem. O fato é o crime ou a contravenção que a Denúncia narra. A condição é um estado, uma situação em que a mulher está inserida e a torna vulnerável. A condição de vulnerabilidade presumida foi o que levou o legislador a conferir proteção especial à mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Pela presunção da vulnerabilidade, segundo o Superior Tribunal de Justiça, não é necessário que a mulher comprove, no caso concreto, que está vulnerável. É justamente o inverso. A vulnerabilidade é pertinente à situação de violência. Basta a comprovação da situação de violência para que se presuma a vulnerabilidade.

A proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar tem que ser antecedente, para que, efetivamente, se constitua em precaução e prevenção. Os feminicídios não acontecem ao acaso, inadvertidamente, de repente. Ao contrário, o feminicídio é anunciado, pelas ações de dominação, isolamento, agressões, violações e retiradas e direitos, diariamente. É assim que o feminicídio é afirmado, anunciado. No Dossiê do Feminicídio[4], especialmente no título “Porque mortes ‘evitáveis’”, do Instituto Patrícia Galvão, consta a fala de Carmen Hein Campos, dentre outras autoras, no mesmo sentido.

Essas mortes são evitáveis porque há uma série de violências que são constituintes e antecedentes a ela. O feminicídio é a ponta do iceberg, é a consequência. Então, temos que ter um olhar muito mais cuidadoso para o que veio antes.”
Carmen Hein de Campos, advogada doutora em Ciências Criminais e consultora da CPMI-VCM.

Como consequência, é de se concluir que o fundamento do julgado do STF, nos autos da ADPF 779 foi declarar a inconstitucionalidade da tese argumentativa e probatória da legítima defesa da honra, por conflito evidente aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da defesa da vida e da igualdade de gênero, sem limitação do locus.

Essa inconstitucionalidade declarada pelo STF não é limitada a determinado processo, como os julgamentos perante o Tribunal do Júri. Se é inconstitucional a alegação de legítima defesa da honra, direta ou indireta, é de se concluir que se aplica em todo e qualquer processo que tenha uma mulher em situação de violência doméstica e familiar como ofendida.

Com isso, é necessário que se reconheça a nulidade insanável do ato, processo ou decisão, em que a tese da legítima defesa da honra, direta ou indireta, seja objeto argumentativo e probatório. Nada mais protetivo, diante da defesa dos preceitos fundamentais invocados, que a aplicação dos efeitos da ADPF 779 STF sejam estendidos para todos os processos, especialmente os da Lei Maria da Penha e os as ações de Direito das Famílias.

No nosso entendimento, o Supremo Tribunal Federal entende que é inconstitucional a tese argumentativa de “machismo”, e a desobediência leva à nulidade processual absoluta.

Além de inconstitucional, a tese também afeta norma de natureza supralegal, que a a Convenção de Belém do Pará, de que o Brasil é signatário, quando, no seu artigo 7, diz que “Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: c. incorporar na sua legislação interna, normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis”.

Diante disso, propomos a seguinte tese:

1) A Decisão nos autos da ADPF 779 STF tem repercussão nos processos cíveis de criminais da Lei Maria da Penha e nas ações de direito das famílias, sempre que uma mulher em situação de violência doméstica e familiar for parte interessada, havendo a limitação argumentativa e probatória da tese da legítima defesa da honra, direta ou indireta, por todas as partes no processo, por igual ofensa a preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da proteção da vida e integridade física e psicológica, e igualdade de gênero. A decisão que reconhece inconstitucionalidade tem efeito erga omnes e não sofre limitação sobre em que causa irá ser aplicada.

2) Havendo alegação da tese violadora de direitos fundamentais, a parte interessada deverá suscitar a nulidade absoluta, tão logo seja conhecida e requerer que seja ela retirada dos autos, por meio de Decisão judicial reconhecendo a nulidade insanável e ofensa aos preceitos fundamentais.

3) Em face de Decisão que declara a nulidade do processo, no todo ou em parte, caberá recurso em sentido estrito (artigo 581, inciso XIII CPP). No entanto, se houver pedido de declaração de nulidade e o juiz quedar-se silente, ou remeter à futura Sentença, ou mesmo indeferir o pedido, podem ser adotadas duas providências. Deixar registrado em ata, se for na durante a instrução criminal ou nos debates, e alegar como circunstância preliminar em eventual Recurso de Apelação, ao final do processo. O importante é não deixar de registrar como nulidade insanável e fazer o requerimento em tempo oportuno. Igualmente, em caso de não reconhecimento da nulidade, é cabível Reclamação no STF (artigo 998 CPC) contra decisão que afronta a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia do que decidido na ADPF nº 779.

4) Segundo a legislação, a Decisão que declara a nulidade deverá dizer os atos a que ela se estende, lembrando que pela teoria da árvore dos frutos envenenados, se o vício está no nascedouro ou influenciou na obtenção de outra prova ou realização de ato, são contaminados pelo vício e também devem ser declarados nulos (artigo 573 CPP).

5) Se dolosamente a parte utilizou-se da proibição constitucional para alegar tese de legítima defesa da honra, direta ou indireta, em qualquer processo ou grau de jurisdição, é importante deixar claro a máxima de que “ninguém pode alegar em seu favor a própria torpeza”, expressa no dispositivo legal que afirma que “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse (artigo 565).

Enfim, já está valendo!

[1] Eis o extrato do julgamento da confirmação da liminar na ADPF 779: “(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 a 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”.

[2] CANUTO, Érica. Princípios da Lei Maria da Penha e a Garantia dos Direitos Fundamentais das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Belo Horizonte: Editora Forum, 2021.

[3] AgRg no RHC n. 74.107/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 26/09/2016; gRg no AREsp 1361642/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019; AgRg no REsp 1861995/GO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2020, DJe 07/08/2020; AgRg no AREsp 1439546/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA

FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 05/08/2019; RHC 100.446/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 05/12/2018, acesso em 14.03.2021

[4]<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/como-evitar-mortes-anunciadas/>, acesso em 14.03.2021