

UMA ANÁLISE SOBRE A LEGÍTIMA DEFESA E O CASO DAS MULHERES AGREDIDAS NO AMBIENTE DOMÉSTICO

Orlando Faccini Neto¹

RESUMO: O texto pretende discutir os fundamentos da justificação de condutas a partir da invocação de legítima defesa e problematizar, a essa luz, e diante de uma alvitrada perspectiva constitucional, a hipótese relativa à atuação de mulheres agredidas em desfavor de seu companheiro ou cônjuge.

PALAVRAS-CHAVE: Legítima Defesa. Fundamentos. Mulheres Agredidas.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O caso Judy Norman. 3. A justificação por legítima defesa. 4. A questão dos fundamentos da justificação. 5. Retorno ao caso Judy Norman. 6. Um óbice e sua refutação. 7. A questão da igualdade. 8. Conclusão. 9. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em texto publicado recentemente - numa obra que, aliás, tivemos a ventura de organizar -, tratou Fernandes de examinar a temática concernente à eventual justificação da conduta praticada pela mulher

¹ Orlando Faccini Neto é Juiz de Direito no Rio Grande do Sul, Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos/RS, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Luterana do Brasil - Ulbra/RS, Professor de Direito Penal e de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura/RS, Professor de Direito Constitucional na Faculdade Anhanguera em Passo Fundo/RS, Professor de Processo Penal na Universidade de Passo Fundo/RS.

agredida, em desfavor de seu cônjuge, na particular situação em que esse não ostentasse possibilidade de reação². O tema, pouco trabalhado em nossa doutrina, desde sempre nos interessou, de modo que, não obstante concordarmos, no essencial, com seus argumentos, resolvemos expandi-los, a fim de que, em conjunto, os argumentos desenvolvidos possam conferir melhor acabamento a essa matéria.

2 O CASO JUDY NORMAN

Para dar início às reflexões que se almejam realizar neste momento convém, brevemente, fazermos um relato do conhecido episódio em que se viu envolvida Judy Norman. Após mais de duas décadas e meia de casamento, interregno no qual foi brutalmente agredida por seu esposo em diversas ocasiões, Judy Norman veio a matá-lo mediante disparo de arma de fogo, desferido no ensejo que ele, seu marido, dormia. Se consoante o passar dos anos as agressões vinham crescendo de intensidade, o que envolvia ter sido Norman queimada com cigarros ou obrigada a se alimentar com comida de cachorros, na véspera do homicídio seu esposo a espancara, quase a levando à inconsciência, o que a motivou a chamar a polícia. Judy Norman, entretanto, após a presença dos policiais acabou por não formalizar registro das agressões, uma vez que possuía medo de represálias de seu parceiro, e, em desespero, tentou suicidar-se. Com a chegada do serviço de atendimento médico, tentou impedi-los de atuar o marido, dizendo-lhes que deveriam deixar que Judy Norman morresse. Na noite do dia seguinte, após ter ido a um ou outro serviço de

² FERNANDES, Álvaro Roberto Antanavicius. **“Battered women’s defense doctrine”:** uma interpretação conforme o princípio constitucional da igualdade. In: Temas Criminais: A Ciência do Direito Penal em Discussão. Denis Sampaio; Orlando Faccini Neto (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

assistência social, quando chegou em sua casa Judy Norman foi novamente agredida e queimada com cigarro, sendo, inclusive, forçada a dormir no chão. Durante a madrugada acordou, apanhou um revólver e assassinou o marido, enquanto ele dormia³.

Condenada que foi, já em sede recursal, a Corte Suprema da Carolina do Norte rechaçou a tese de que teria atuado em legítima defesa, uma vez que essa não se configuraria quando ausente um ataque iminente, em razão do qual se poderia justificar a conduta. E é justamente daqui que partiremos no sentido com que pretendemos abordar o tema.

3 A JUSTIFICAÇÃO POR LEGÍTIMA DEFESA

Desde logo se impõe referir que, como diz Tavares, as causas de justificação, para além de se apresentarem como autorizações contingentes, motivadas por circunstâncias acidentais ou particulares de determinados setores da ordem jurídica, devem ser vistas, também, como “derivadas dos direitos fundamentais, aos quais se devem subordinar”. Segundo o autor, encaradas como condições de solução dos conflitos sociais, as causas de justificação não devem ser vistas simplesmente como exceções de comportamentos proibidos, senão como “instrumentos de convivência social, onde muitas vezes a justiça deve ceder lugar à conveniência”, tudo a indicar que qualquer princípio

³ Com o mesmo relato fático, Cf. FLETCHER, George P. **With Justice for Some. Protecting Victim's Rights in Criminal Trials**. Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company, 1996, p. 133; CHIESA, Luis Ernesto. **Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia angloamericana**. In: Revista de Derecho Penal, nº 2. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 811-3; FERNANDES, “**Battered women's defense doctrine**”..., p. 11-2.

que se pretenda inserir como sistematizador deve atinar tratar-se de “uma sociedade real e não de um sistema simbólico”⁴.

Noutras palavras, o certo é que é absolutamente questionável que se possa reduzir a sistematização das causas de justificação a esquemas meramente organizativos, como se o sujeito fosse puramente um “indivíduo biológico, ou um subsistema social, ainda que compreendido no contexto das funções que possa desempenhar nesse sistema”⁵.

De certo modo, esse é o sentido estabelecido por Palma, quando afirma que a existência de um meio que possibilita a defesa particular contra agressões ilícitas exprime, sempre, um modo de resolução de conflitos entre os participantes num sistema social, através do qual é conferido aos indivíduos o poder de efectivar as regras do sistema sem recurso à autoridade das instituições⁶, indo, na mesma direção, a asserção de Malamud Goti, ao assinalar que “la antijuridicidad es el lugar sistemático donde deben captarse los conflictos sociales desde una perspectiva dinámica”, de sorte que não se deve procurar de antemão um “criterio fijo en virtud del cual pueda establecerse en abstracto qué es ilegítimo y qué no lo es”, senão que se impõe a apreciação do contexto em que a ação de alguém afeta os interesses de um terceiro⁷.

Isto serve para assentar que o contexto particular em que se realiza uma conduta, como a revelada por Judy Norman, permite integrar ao âmbito da legítima defesa argumentos de índole constitucional⁸, sem os quais, desde logo avançamos, o acesso a essa causa de justificação

⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 257-8.

⁵ TAVARES, Teoria..., p. 261.

⁶ PALMA, Maria Fernanda. **Provas de Agregação de Professores**. Lisboa: não publicado, 1999, p. 02.

⁷ MALAMUD GOTI, Jaime E. **Legítima Defensa y Estado de Necesidad: problemas sistemáticos de las causas de justificación**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977, p. 33.

dar-se-á em diversa medida, consideradas as peculiaridades físicas de homens e mulheres, vale dizer, em favor das últimas mostrar-se-á escassa a via de justificação nas hipóteses de agressões perpetradas por aqueles que ostentam, por razões naturais, uma maior força física.

A solução alvitrada por Chiesa não nos convence, e supomos que seu erro está na premissa. Aponta, com efeito, o autor, que se poderia meramente cogitar da justificação de um ataque preventivo, cometido pela mulher, naqueles casos em que se vislumbra ter o Estado olvidado o desenvolvimento de mecanismos de proteção alusivos às situações de violência doméstica, e, sob este ponto de vista, dir-se-ia se “el Estado incumple con su parte del contrato y deja a un individuo sin protección contra ataques injustificados futuros, dicho individuo se reserva el derecho de repeler por sí mismo de manera preventiva dichos ataques”⁹. Afigura-se, no entanto, desde logo equivocada a asserção crucial de que mecanismos protetivos não foram desenvolvidos, pois são diversas as legislações que passaram a tratar das situações de violência doméstica em variados países nos últimos anos. Seu outro argumento vai no sentido de que se a mulher supõe com firmeza os riscos de um ataque futuro, que já desta feita poderá causar-lhe graves danos ou mesmo a morte, ainda que carente a sua iminência, de igual maneira se poderia falar de uma defesa preventiva¹⁰.

Chiesa, contudo, refuta ambas possibilidades, sem prejuízo de sustentar a eventualidade de um afastamento ou uma redução de culpa, neste caso inclusive pelo reconhecimento de uma imputabilidade

⁸ Sobre o virtual ocaso dos paradigmas herdados em termos das causas de justificação, e particularmente da legítima defesa, Cf. COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 229-230, especialmente a nota 2.

⁹ CHIESA, **Mujeres maltratadas**..., p. 821.

¹⁰ CHIESA, **Mujeres maltratadas**..., p. 823-4.

diminuída, e o faz, retomemos a premissa que haveremos de profligar, aduzindo que “el problema más complicado que presentan casos como el de Judy Norman es si las acciones preventivas necesarias para evitar agresiones futuras deben considerarse justificadas”¹¹, sendo certo que, em seus próprios termos: “la legalización de acciones preventivas como las de Judy Norman podría deslizarnos por una peligros pendiente resbaladiza”, porquanto se acabaria por fomentar “la justificación de ataques en situaciones en que existen serias dudas en cuanto a si el empleo de fuerza letal es el único medio mediante el cual se pueden repeler las temidas agresiones futuras”¹². De ver-se que também Cunha apela a um afastamento da culpa, *rectius*: à aceitação de uma hipótese de desculpa supralegal, consistente no reconhecimento de uma designada “causa social e antropológica na criminalidade e na culpa de género”¹³.

Indagaríamos se deveras se está (i) a cuidar de um tipo de agressão preventiva, tendente a (ii) colimar um ataque futuro. Como muito há ainda por dizer, lançaremos dois exemplos sobre os quais voltaremos a falar no final deste tópico. São os seguintes, em breves palavras: determinada pessoa ou grupo se lança na prática de um sequestro e, como tal, apanha sua vítima e a priva de liberdade. Escoados que sejam alguns dias, num determinado momento em que dormia o sequestrador vigilante, a vítima apanha-lhe a arma e o alveja. Mata-o, e assim foge¹⁴. Na outra situação, a qual, reconhecemos, parece

¹¹ CHIESA, **Mujeres maltratadas**..., p. 827.

¹² CHIESA, **Mujeres maltratadas**..., p. 825.

¹³ CUNHA, Maria João Ribeiro da. **Diálogos de Medeia e a katharsis numa culpa de género**. Relatório apresentado no Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: não publicado, 2008, passim.

¹⁴ Se bem o entendemos, assenta FIGUEIREDO DIAS que, no caso do sequestro, a vítima pode reagir em legítima defesa, contra a privação da sua liberdade, enquanto durar o cativeiro. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 413.

similar, um indivíduo que foi reduzido à condição de escravo, nos moldes do artigo 149 do Código Penal brasileiro ou do artigo 159 do Código Penal de Portugal, no intercurso de certa madrugada percebe que seu algoz dorme e, para evadir-se, mata-o.

As razões pelas quais supomos justificadas ao nível da legítima defesa as duas mortes acima narradas adquirem ainda mais densidade num caso como o de Judy Norman. E elas resolvem, ademais, uma questão prática que não passou despercebida a Dressler; trata-se de que, em se alvitando uma solução no nível da culpa ou da culpabilidade, seja com a sua refutação ou com a sua redução parcial, num ou noutro caso o despertar do dormente, que lhe permite disparar um tiro e suprimir a vida de quem o pretendia atingir, revelariam, a seu favor, aí sim, a legítima defesa, da qual não se poderia valer acaso afirmado que Judy Norman estava, exatamente ela, albergada pela causa de justificação¹⁵. Mas se o sequestrador ou o feitor do escravo acordam a tempo de atingir quem lhes empunhava a arma, estariam em legítima defesa?

Decerto que a resposta formulada a essa indagação deve ter uma ressonância mais geral, e essa generalização talvez se encontre na circunstância de que a justificação das condutas não pode olvidar as hipóteses em que caracteriza o sujeito que age uma espécie de fragilidade. Fiquemos, entretanto, ainda distantes da generalização, para já assinalando ter razão Pizarro Beleza, ao tratar da situação específica que também nós elegemos como foco, qual seja a da atuação da mulher agredida em desfavor de seu companheiro ou cônjuge, quando diz que deveras a situação de desigualdade de força ou capacidade de reação pode existir em “situações em que se não ligue à ‘superioridade’ do

¹⁵ DRESSLER, Joshua. **Understanding Criminal Law**. New York-San Francisco: LexisNexis, 2001, p. 246.

género masculino”, como sejam as concernentes aos casos de “vítima idosa ou infantil, de género masculino ou feminino”, que no geral são vulneráveis “à pessoa, homem ou mulher, na plenitude da idade adulta”¹⁶.

Se é certo que a definição legal ou a dogmática das causas de justificação, e particularmente da legítima defesa, utiliza uma linguagem gramaticalmente neutra¹⁷, isto não a pode alhear de alguma compreensão da vulnerabilidade. Não se pode, pois, olvidar que numa perspectiva como a descrita por Dressler, segundo a qual, ademais da crença subjetiva do defendente de que a sua atuação é necessária, cumpriria ter-se, também, que “a reasonable person would also believe that it is appropriate under the circumstances”¹⁸, sempre ficará por se marcar que “the traditional description of the ‘reasonable person’ is in male - ‘reasonable man’ - terms”¹⁹. Não obstante, tratando de outro assunto, é semelhante o argumento de José Manuel Merêa Pizarro Beleza, para quem a arquitetura das relações sociais, ainda que na sua expressão cotidiana mais simples, continua a ser “dominada por uma espécie de «androtropia»”, de modo que o comportamento das mulheres – o autor alude também à sua sexualidade – não deixou ainda de “ser objecto de uma definição «masculina»”. Assim, em muitos domínios e em muitos sentidos, o que naturalmente se está a criticar, o homem “ainda é o centro forte do sistema e a mulher o seu satélite”²⁰.

¹⁶ PIZARRO BELEZA, Teresa. **Legítima defesa e género feminino: paradoxos da “feminist jurisprudence”**. In: Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Tipografia Guerra, 1995, p. 301.

¹⁷ PIZARRO BELEZA, **Legítima defesa**..., p. 289.

¹⁸ DRESSLER, **Understanding**..., p. 235.

¹⁹ DRESSLER, **Understanding**..., p. 236

²⁰ PIZARRO BELEZA, José Manuel Merêa. **O princípio da igualdade e a lei penal: o crime de estupro voluntário simples e a discriminação em razão do sexo**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 166.

Pizarro Beleza aponta que é um fato socialmente vivido como real, em ordem a se afigurar como uma inexcedível pré-compreensão, o de que, em geral, as mulheres têm “mais medo dos homens do que o contrário no que diz respeito a agressões físicas ou/e sexuais”, e que parece considerável a tendencial diferença “de força física entre a generalidade dos homens e das mulheres”²¹, que, tomados em conta, haverão de repercutir nos casos de agressão e defesa. Sinteticamente, não será um erro dizer que “men are more prone to violence than women are”²². Isto para não dizer que uma mulher vítima de violência continuada por parte de seu marido ou companheiro pode se dizer estar sempre em perigo iminente de dano na sua integridade física ou até na sua vida²³. Com base nisso, critica a autora uma decisão do Tribunal da Relação de Évora, pela qual, se bem que reconhecida uma redução da responsabilidade da ré, afastou-se a legítima defesa invocada por uma mulher que, após anos de maus-tratos físicos e sevícias sexuais, quando o marido dormia, depois de se embriagar e novamente forçá-la à prática de coito anal, extirpou-lhe a vida com dois golpes de machado²⁴.

A chamada *battered woman's defense* ou síndrome da mulher agredida se poderia conceber como a situação em que uma mulher sujeita a maus-tratos continuados, num dado momento se volta em desfavor de seu agressor, num ensejo não confrontacional, ou, para usar a dicção de Pizarro Beleza, a denominada “síndrome da mulher maltratada” revela uma série de traços comuns às mulheres que são vítimas de agressões conjugais continuadas e “se mostram incapazes de

²¹ PIZARRO BELEZA, **Legítima defesa**..., p. 292.

²² DRESSLER, **Understanding**..., p. 239.

²³ PIZARRO BELEZA, **Legítima defesa**..., p. 297, nota 5. No mesmo sentido, Cf. PIZARRO BELEZA, Maria Teresa Couceiro. **Mulheres, Direito, Crime ou A Perplexidade de Cassandra**. Lisboa: AAFDL, 1993, p. 306-7.

²⁴ PIZARRO BELEZA, **Legítima defesa**..., p. 299-300; PIZARRO BELEZA, **Mulheres**..., p. 311-2.

abandonar essa relação violenta, por dificuldades financeiras, por medo ou/e por interiorização de bloqueios psico-sociais”. Realmente, como diz Pizarro Beleza, uma mulher que tenha sofrido essa experiência pode, de um momento para outro, acabar por matar o seu marido “numa situação ou momento que, considerados isoladamente, não se prestam ao enquadramento nos pressupostos da legítima defesa”²⁵.

Mas quais hão de ser esses pressupostos, que somente seriam encontráveis no plano ordinário da lei penal?

4 A QUESTÃO DOS FUNDAMENTOS DA JUSTIFICAÇÃO

O reclamo a que fizemos alusão no título principal desta parte do trabalho não dispensa uma atenção, em nível constitucional, ao tema da ilicitude, particularmente considerada a sua exclusão por intermédio da legítima defesa²⁶.

Essa atenção, aliás, adquiriu especial relevância no estudo levado a efeito por PALMA, sob cujo pálio a autora desde logo indicou a constância com que haveria de se preocupar com a temática dos direitos fundamentais e com o “princípio da essencial dignidade da pessoa humana”, tudo em ordem a concluir que a legítima defesa ostenta um duplo fundamento: a insuportabilidade da agressão a um núcleo de bens essenciais em que se manifesta a dignidade da pessoa e a igualdade na proteção dos sujeitos jurídicos²⁷. Não deixa, pois, de ter relevo a

²⁵ PIZARRO BELEZA, **Legítima defesa...**, p. 298; PIZARRO BELEZA, **Mulheres...**, p. 308-9.

²⁶ Sobre as questões a respeito das provas admissíveis para o efeito da sua eventual demonstração, particularmente no sistema americano, Cf. DRESSLER, **Understanding...**, p. 240-1.

²⁷ PALMA, Maria Fernanda. **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos**. Volume I. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 13.

asserção de que remanesceu *subjugado* na dogmática da legítima defesa o “espírito do estado de direito democrático e a dogmática dos direitos fundamentais”²⁸.

É certo que não nos cumpre examinar as questões que levaram Palma a criticar uma postulação de “ilimitação da defesa”, cara a certa doutrina, máxime quando a defesa legítima esteja vocacionada à proteção de bens patrimoniais, mas, nem por isso, olvidaremos que, realmente, a relação entre o princípio da igualdade e a consideração como ilícita da agressão existe, na legítima defesa, porque a referida ilicitude é condição direta da licitude da própria defesa; se isto é verdadeiro, o juízo sobre a ilicitude da agressão serve como “uma delimitação recíproca da licitude das condutas e não pode, por isso, desvincular-se da exigência de equidade nas suas consequências”²⁹. Com efeito, a atribuição ou denegação de um direito de defesa tem dignidade constitucional porque “dela depende, de modo óbvio, a restrição de direitos, liberdades e garantias – do agressor ou do defendente –, sujeitos a um regime de *intensa* protecção pelo legislador constituinte”³⁰.

O inverso disso reclamaria, em nível de fundamento, a necessidade de defesa da ordem jurídica, através da qual se justificará que se “sacrifiquem bens jurídicos de valor superior aos postos em causa pela agressão; se justificará que, numa palavra, a legítima defesa não esteja limitada por uma ideia de proporcionalidade”³¹.

Palma, deste modo, refuta o ponto de vista pelo qual estaria a legítima defesa fundamentada numa defesa da ordem jurídica, aduzindo

²⁸ PALMA, **A justificação**..., p. 16.

²⁹ PALMA, **A justificação**..., p. 131.

³⁰ PALMA, **A justificação**..., p. 216.

³¹ FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal**..., p. 405.

que a gravidade da defesa somente não varia em função da gravidade da agressão se o valor resultante da defesa da ordem jurídica for inserido como elemento de “ponderação de valores”, o qual, no fim, acaba por permitir a “degradação absoluta da conduta imputável subjetivamente”³². Se a lemos corretamente, para a autora o bem ou o valor a que se reconduz a legítima defesa – “a legítima defesa vivifica uma ordem de valores hierarquizada”³³ - é a afirmação de uma ordem material de valores, a que subjaz uma certa hierarquia, e não apenas a autoridade da ordem. Isto, repetimos, permite-lhe explicar o porquê de carecer de justificação comportamentos que lesem bens importantíssimos, quando em causa bens de valor muito menos relevante³⁴. Para nós, permite explicar mais.

É que, se estamos de acordo com a afirmação de que a legítima defesa, pela gravidade das intervenções na esfera do agressor que permite, bem como pelo fim de proteção dos direitos fundamentais, a que conduz, regula um aspecto essencial da intersubjetividade, organizando “as relações de subordinação ou de coordenação, entre os

³² PALMA, **A justificação...**, p. 140. Assim é que o critério de justificação deve pautar-se pela mesma ideia de “igualdade entre os valores conflituantes, de modo que a defesa de um bem de valor inferior à custa de outro de valor superior do causador do perigo não corresponde já à igualdade na protecção jurídica”. PALMA, Maria Fernanda. **Justificação em Direito Penal: conceito, princípios e limites**. In: Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Tipografia Guerra, 1995, p.80.

³³ PALMA, **A justificação...**, p. 213.

³⁴ Contrariamente, Cf. FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal...**, p. 406-7 e p. 428. Também recusando essa concepção, Cf. TAIPA DE CARVALHO, Américo. **Direito Penal. Parte Geral**. Questões fundamentais. Teoria geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 358-360. E do mesmo autor, Cf. TAIPA DE CARVALHO, Américo. **A legítima defesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 425-7. Seja dito que TAIPA DE CARVALHO, ao menos em face do direito positivo português, expressamente diz ter alterado a sua posição. Cf. TAIPA DE CARVALHO, **Direito Penal...**, p. 397. A respeito dessa discussão, especificamente relacionada com uma ideia de necessária proporcionalidade, ou não, entre a defesa e a agressão, na doutrina portuguesa, Cf. BRITO, Teresa Quintela de. **Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade**. In: Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, volume I. Jorge de Figueiredo Dias e outros (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 189-206.

cidadãos, a propósito da defesa de bens essenciais”, tudo a permitir que se diga que “a legítima defesa é, materialmente, direito constitucional”³⁵, se estamos com isso de acordo, será invocável uma tal causa de justificação em favor do guardião do escravo quando este, para libertar-se, intentava suprimir-lhe a vida? Já não estaria este guardião, pela só circunstância de sê-lo, a perenizar um tipo de agressão que, se no momento fatídico não se fazia exteriormente, pelo menos como tal era vivenciada pelo escravo?

Uma afirmação em linha convergente ao reconhecimento da legítima defesa para esse caso levaria a que se não considerasse que a procura do sentido concreto da justificação deve tentar encontrar fontes e critérios “de definição universal do valor de um acto intersubjectivamente possível, de acordo com a igualdade entre os sujeitos jurídicos”, exatamente porque a referência do sentido da justificação a princípios “corresponde a uma tentativa de adquirir os critérios gerais de definição do valor dos actos”³⁶. Nesta medida, consoante Palma, a referência das causas de justificação à ordem jurídica, em sua globalidade, não dispensa que estejam conformadas a princípios, entendidos estes como “ideias jurídicas gerais que permitem considerar uma regulamentação normativa como conveniente ou bem fundada, por referência à ideia de Direito ou a valores jurídicos reconhecidos”; o ponto de vista da autora, seja dito, vai no mesmo sentido de algo que anteriormente já assinalamos, e poderíamos sintetizar a partir da compreensão de que os princípios “subjazem racionalmente a uma regulamentação, por esta só poder ser compreendida através deles”³⁷.

³⁵ PALMA, **A Justificação**..., p. 223, nota 54.

³⁶ PALMA, **A Justificação**..., p. 57.

³⁷ PALMA, **A Justificação**..., p. 65.

Não deixa de, neste aspecto, ser semelhante o alvitre de Fletcher, segundo o qual: “claims of justifications deny that conduct is wrong precisely in this sense of pre statutory, principled understanding of right and wrong”³⁸. Num caso assim como o do feitor de escravo, apenas uma personalização radical da legítima defesa dar-lhe-ia o abrigo da justificação; a sua conduta não deixa de se assemelhar com o protrair-se de uma ordem jurídica ilegalmente forjada que, emanada estatalmente ou de alguma instituição, colhe ensanchas a que se lhe oponha um qualquer direito de resistência. A consciência agressiva de seu comportamento pretérito, e mantida enquanto mantida a supressão da liberdade do escravo, traz como consequência a ideia de que um seu efeito defensivo dificilmente pode realizar qualquer valor jurídico³⁹. O suposto efeito defensivo, destarte, é, na realidade, uma “consequência da acção agressiva do ‘defendente’”, razão por que sendo, em certo sentido “motivo-porque da conduta, a defesa não revela qualquer coincidência com a articulação de direitos entre o agressor e o defendente projectada pelo legislador para as situações de legítima defesa”⁴⁰.

Essa, talvez, a intuição que moveu Malamud Goti a distinguir, no que diz respeito a um reclamo de proporcionalidade entre a defesa e a agressão, as situações em que se estariam, com o ataque, a afetar somente interesses materiais, e aquelas em que se está a agredir “la personalidad misma del que se defiende”; se, no primeiro caso, a medida de proporção para a defesa se lhe afigura plausível, dado que “el dueño

³⁸ FLETCHER, George P. **The Nature of Justification**. In: Action and Value in Criminal Law. Stephen Shute; John Gardner; Jeremy Horder (Ed.). Oxford: Clarendon Press, 2003, p. 186.

³⁹ Sobre isto, Cf. PALMA, Maria Fernanda. **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos**. Volume II. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 634.

⁴⁰ PALMA, **A justificação**..., p. 637.

de una resma de papel, puede evitar que un niño se apodere de un par de hojas, mientras no lo lesione”, pelo contrário, se o ataque é revelador de um “menosprecio que se extiende a la personalidad”, já aí admitir-se-iam “defensas que vayan más allá del proporcional, hasta el límite de lo necesario para hacer cesar el peligro o evitar las consecuencias del ataque”, visto que uma só proporcionalidade de bens “parece aquí como un criterio demasiado limitativo”⁴¹.

De sua parte, também Mantovani esclarece que “la proporzione (...) va determinata sulla base della gerarchia di valori espressa dallo stesso ordinamento e, innanzitutto, della Costituzione”, de modo a, para o autor, nem mesmo ser legítimo “uccidere né inferire una grave lesione personale per difendere un mero bene patrimoniale”, sob pena de que se transforme a legítima defesa “in una offesa ingiustificata ed in una scriminante «immorale»”⁴².

FLETCHER exemplifica que a força letal seria admissível para evitar um estupro, mas não para evitar um beijo, bem como que ferir o agressor seria aceitável para prevenir um roubo, mas não para frustrar uma tentativa ilegal de conseguir uma vaga para estacionar, e não deixa, nesta medida, de enfrentar a questão sobre a razão por que quem se defende, quando seus direitos são atacados, deveria preocupar-se com os interesses do agressor. A resposta, diz Fletcher, simplesmente é que o agressor é um ser humano, de maneira que mesmo que ele esteja engajado numa agressão ilícita, ninguém pode tratá-lo simplesmente como uma força intrusa que deve ser anulada a qualquer custo⁴³.

⁴¹ MALAMUD GOTI, **Legítima Defesa**..., p. 34-5.

⁴² MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**. Padova: CEDAM, 2001, p. 274.

⁴³ FLETCHER, George P. **O justo e o razoável**. Tradução de Paulo César Busato e Mariana Cesto. In: *Novos Estudos Jurídicos. Revista Quadrimestral do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Volume 09, nº 02, maio-agosto de 2004. Itajaí: UNIVALI, 2004, p. 200.*

Este tipo de reflexão não se afaz ao modo de conceber a legítima defesa como calcada na prevenção, como propugnado, por exemplo, por Taipa de Carvalho. Assenta o autor que o princípio da prevenção geral e especial reconduz-se à necessidade individual e social de advertência dos potenciais agressores, o que seria a prevenção geral, bem como do atual agressor, isto é a prevenção especial, no sentido de que “estão sujeitos às consequências resultantes da acção de defesa que for necessária para impedir a agressão ou a continuação desta”⁴⁴. A virtual de instrumentalização, e, portanto, uma ausência de proporção, apresentam-se, sob tal alvitre, ao âmbito da legítima defesa, se a ela é destacado um enfoque preventivo, sem contar as derivações tendentes a ampliar em demasia o campo de atuação das forças de segurança, sejam as públicas, seja aquelas que se exercem privadamente.

Neste aspecto, não deixa de ser eloquente que Roxin, para quem o argumento preventivo mostrar-se-ia como fundamental para a legítima defesa, assinala que, daí, seu exercício se possa realizar com independência do princípio da proporcionalidade, exceto em algumas situações de que logo falaremos, de tal maneira que o dano causado pode ser consideravelmente maior do que aquele que se impede – *“Auf das Rechtsbewahrungsprinzip ist es auch zurückzuführen, dass der Individualschutz nicht nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit, sondern grundsätzlich ohne Rücksicht darauf in der Weise gewährt wird, dass der angerichtete Schaden erheblich größer sein darf als der abgewehrte”*⁴⁵.

É bem verdade que Taipa de Carvalho alia, à ideia de prevenção, o “princípio da autoproteção individual” como fundamento para a legítima defesa; mas, já aqui, seria caso de dizer, na linha do que expõe

⁴⁴ TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal...*, p. 354-5; TAIPA DE CARVALHO, **A legítima defesa...**, p. 431-4.

⁴⁵ ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006, p. 655.

Hungria, que “tanto não é o *tenerrimus affectus* da própria conservação a *ratio essendi* da legítima defesa, que esta é condicionada à *injustiça* da agressão”, sendo que, ademais, não se limita “à autoproteção do indivíduo, ampliando-se à proteção de indivíduo a indivíduo”⁴⁶.

A recusa à prevenção, neste nível de fundamento para a legítima defesa, é, também, feita por ZAFFARONI, consoante o qual a legítima defesa não ostenta nenhuma função que a aproxime da pena, e “incluso su efecto preventivo es análogo al de la coerción directa y no al problemático asignado a aquélla como verdade dogmática”⁴⁷; daí que o argentino assinalará que “el que fusila al que le hurta la cartera com una pequeña suma de dinero no se defiende legitimamente, porque la defensa es tan insolitamente desproporcionada que genera un conflicto de mayor magnitud”, conflito este que “excluye su legitimidade aunque el medio fuese el único disponible”⁴⁸. O problema, contudo, é que o faz apelando a um “requisito de racionalidad”, deslocado de qualquer âmbito normativo, e fundado numa ausência de prioridades axiológicas.

Com efeito, ao solucionar o exemplo corriqueiro da pessoa inválida que somente tem uma arma à disposição, e que com ela mata quem lhe furtava maçãs, assinala Zaffaroni a impossibilidade da legítima defesa, não porque “el bien jurídico vida sea de superior jerarquia que el bien jurídico propiedad”, mas pela razão de que a ordem jurídica não pode considerar conforme “al derecho que para evitar una lesión de tan pequeña magnitud se acuda a un médio que, aunque necesario, por ser el único disponible, sea tan enormemente lesivo”⁴⁹.

⁴⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 277.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal. Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 611-2.

⁴⁸ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, **Derecho Penal**..., p. 615.

⁴⁹ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, **Derecho Penal**..., p. 613.

Sucedem que este apelo à racionalidade, e a recusa a uma asserção que se nos afigura decisiva no ponto de vista de PALMA – lembremos que já foi dito que a legítima defesa vivifica uma ordem de valores hierarquizada⁵⁰ -, acaba por não esclarecer se é de uma racionalidade do legislador ou do julgador de casos concretos que se está a tratar; a intangibilidade do critério, embora a conclusão do autor argentino não seja de desconsiderar, não reduz os riscos de uma exacerbação da discricionariedade e nem reclama argumentos situados em nível constitucional. Tanto é assim que, mesmo Roxin, situando a legítima defesa numa outra ordem de fundamentação, ao recusá-la diante da agressão irrelevante (*Der unerhebliche Angriff*), fá-lo convocando decisões axiológicas da Constituição (*Wertentscheidungen des Grundgesetzes*), consoante as quais seria de repelir a legítima defesa de quem causasse a morte de outro, que eventualmente estivesse a praticar meramente um furto de bagatelas⁵¹.

É de ser aduzido, sem que nos seja dado avançar nessa ordem de indagações, que, para Palma, são, então, os *princípios* que desempenham um papel fundamentador das causas de justificação, de modo que, ademais, podem contribuir para a definição dos respectivos limites; isto para não dizer da virtualidade de permitirem “explicitar causas de justificação não formuladas legalmente”. Os riscos de que daí se resvale numa arbitrariedade quanto à interpretação ou num tipo de “criação livre do Direito”, para dissiparem-se, cobram uma preocupação com o conteúdo material da justificação⁵².

Consequentemente, a possibilidade conferida pela legítima defesa de intervir lesivamente, de forma amplíssima, na esfera alheia, somente

⁵⁰ PALMA, **A justificação**..., p. 213.

⁵¹ ROXIN, **Strafrecht**..., p. 696-700.

⁵² PALMA, **A Justificação**..., p. 68.

“se poderá legitimar por uma profunda razão de Justiça”⁵³, razão essa que não a pode invocar o feitor de escravo, o sequestrador, ou mesmo aquele que, depois de realizada uma sessão de tortura contra um qualquer indivíduo resolve repousar, para descansado depois dar conta de seu trabalho torpe, de modo que o torturado, mesmo reduzido em suas forças, se levanta contra si, sendo porém surpreendido pelo despertar do torturador. Quem está a praticar tortura não pode invocar para si a legítima defesa.

Cumprе referir que, ao trazer para o plano dos direitos fundamentais a temática da legítima defesa, reconhece Palma que isto implica questionar a relação entre “a definição abstracta e *ex ante* desses direitos e o próprio conceito de causa de justificação presente na legítima defesa”, de sorte que se deve inquirir se “apesar da impossibilidade de identificação normativa de um direito, é possível o seu reconhecimento de outra forma *ex post* e em concreto”, sendo que ao isso suceder “implicará já a consideração da natureza justificadora da legítima defesa”⁵⁴.

No caso do escravo, que pretende se libertar de uma ignomínia, a situação concreta em que atua, considerado o rebaixamento de sua dignidade extensível no tempo, permite que essa consideração *ex post* seja empreendida, não o descolando da presença de uma causa de justificação. Dar-se-ia o mesmo com Judy Norman?

5 RETORNO AO CASO JUDY NORMAN

Nosso percurso até aqui se poderia supor frustrante, se observado for que a pergunta por último feita é em verdade persistente. Mas já incrementamos o nosso argumento com algumas reflexões não

⁵³ PALMA, **A Justificação**..., p. 76.

⁵⁴ PALMA, **A Justificação**..., p. 333.

despiciendas, e essa volta ou este círculo já não nos encontra na mesma posição.

Já podemos afiançar que se apresenta equivocado conceber-se a agressão ilícita meramente como um dado anterior à conduta justificada, como um pressuposto puramente objetivo, do qual depende a exclusão da ilicitude. Como diz Palma, não é, na verdade, indiscutível que uma conduta só adquira o estatuto de justificada “quando um certo *facto objectivo*, exterior a ela, se verificou”⁵⁵. Em outras palavras, sob o conceito de ilicitude da agressão esconde-se um problema elementar, qual seja o de “saber quando é que a ordem jurídica pode limitar os direitos de um para favorecer os de outro, reconhecendo ou recusando a legitimidade da defesa”⁵⁶.

Quando a situação que se visa a colimar reflete numa espécie de tirania, não pode o tirano invocar a seu favor a legítima defesa, sob pena de o seu modo de proceder ser legitimado pela ordem jurídica, e a respeito do caso de Judy Norman, são expressivas as palavras de Fletcher, no sentido de que “*the words abuse and mistreatment are too vague to capture these anti-human conditions. This was a gulag she called home*”⁵⁷.

É verdade que a sugestão de um tal tipo de problema não deixa de apelar para “tópicos, argumentos e referências que caem já fora do alcance dos princípios estruturais clássicos das causas de justificação, pelo menos na dimensão do seu entendimento tradicional”⁵⁸, mas não cremos, como parece crer Hassemer, que o alargamento dos referentes axiológicos conduza a uma regressão da dogmática da legítima defesa a

⁵⁵ PALMA, **A justificação**..., p. 665.

⁵⁶ PALMA, **A justificação**..., p. 31.

⁵⁷ FLETCHER, **With Justice**..., p. 134.

⁵⁸ COSTA ANDRADE, **Consentimento**..., p. 232.

algo como um estágio pré-positivo de argumentação e decisão⁵⁹, ou que, na linha do exposto por Costa Andrade, dificilmente se possa considerar este discurso como mantendo-se ainda nos limites da interpretação “do programa codificado e da sua estrita aplicação”⁶⁰ – Figueiredo Dias chega a falar em uma verdadeira “erosão da dogmática da legítima defesa”⁶¹.

Muito mais do que propender a uma redução da complexidade, operada pela positivação codificada, é a legítima defesa expressão normativa de um *valor*, que, entretanto, não está para além dos muros da ordem jurídica, senão que se concebe a partir de sua extração constitucional.

De se ver, justamente por isso, que o repúdio da ordem jurídica à escravidão ou à opressão doméstica não deixou de revelar, de uns tempos a esta parte é verdade, a edição de múltiplos diplomas normativos pelos quais essas condutas se fazem repreensíveis. São modos de atuação caracterizados por uma certa perenidade⁶², e por meio dos quais se exprime uma ideia de veemente desigualdade, na medida em que se não esconde uma consideração do outro como subalterno, reduzindo-o praticamente a objeto.

Sem que seja o caso de aprofundar todas as suas premissas, mostra-se relevante a afirmação de Westlund, para quem a violência doméstica ostenta uma configuração específica, similar a uma modalidade pré-moderna de controle, no sentido de se assemelhar a suplícios e castigos corporais outrora destinados ao condenado; por

⁵⁹ HASSEMER, Winfried. **Die provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts**. In: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978. Arthur Kaufmann (Hrsg.). München: Beck, 1979, p. 225-7.

⁶⁰ COSTA ANDRADE, **Consentimento**..., p. 235.

⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal**..., p. 407.

⁶² Sobre isso, com alguma estatística, Cf. FERNANDES, **“Battered women’s defense doctrine”**..., p. 14-6.

essa razão, inserir-se-ia numa lógica disciplinar, de maneira a se não apresentar como um acontecimento episódico, que resulte só por si de relacionamentos disfuncionais, senão que segue uma constante, que guarda relação direta com a assimetria de poder entre homens e mulheres⁶³.

O rechaço a essas práticas, que já o é da ordem jurídica, e portanto não transcendente, se realizado por quem nela vê-se como vítima não pode, lembremos que nosso agressor dormia e desperta, beneficiá-lo com a legítima defesa. É que o valor da defesa contra uma agressão ilícita depende do valor da necessidade de a repelir ou de “despromover agressões daquele tipo, dada a importância dos interesses lesados”⁶⁴, e, aqui, o que não se há de promover é a conduta do opressor. No fundo, a defesa que poderá atingir bens de valor essencial, como a integridade física e a própria vida, se fundamenta na proteção de bens que exprimem a dignidade da pessoa humana⁶⁵, e eram, tanto o marido de Judy Norman quanto o feitor de escravos, quem estavam a conspurcá-la.

Essa talvez seja a razão pela qual Palma afirma que nas situações em que (i) o efeito defensivo é o objeto da intenção e nas situações em que (ii) a mera consciência da situação de defesa, aliada à produção diretiva do efeito defensivo, não permite revelar um nexo entre a motivação agressiva e a ação, em ambos os casos, para a autora, inexistente “claramente, ação intencional agressiva, por força do efeito defensivo”; para as duas situações seria invocável, segundo a exposição

⁶³ WESTLUND, Andrea C. **Pre-modern and modern power: Foucault and the case of domestic violence**. In: Signs: Institutions, Regulation and Social Control, V. 24, N° 4. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 1045-1066.

⁶⁴ PALMA, **A justificação**..., p. 215.

⁶⁵ PALMA, **A justificação**..., p. 489.

de Palma, o “exemplo da mulher que, ao ser violentamente agredida pelo marido, o mata para se defender”⁶⁶.

Dáí que seja caso de refutar o alvitre de Figueiredo Dias, que desde logo clarifica ser decisiva, para a aferição da atualidade da agressão, a situação objetiva e não o que seja representado pelo agredido; e isto, fundado no receio de que o alargamento demasiado do conceito de atualidade pode ter como efeito a legitimação de formas privadas de defesa, em substituição da atuação das autoridades competentes⁶⁷.

As particularidades de uma situação como a violência doméstica não se confundem com a efemeridade das situações a que normalmente a legítima defesa se refere, e justamente ao abordar essa situação, Figueiredo Dias acaba colocando excessivo peso sobre as costas da vítima, *rectius*: da mulher, na medida em que assinala que nos casos de proximidade entre o agressor e o defendente “parece razoável sustentar que a necessidade de defesa diminui, ou mesmo em certos casos-limite, pode desaparecer”⁶⁸.

O seu argumento vai no sentido de que comprovada uma efetiva “proximidade existencial”, estará justificada uma maior “compreensão da agressão (limitada, por certo)”, em ordem a que o ameaçado deva “sempre que possível evitar a agressão, escolher o meio menos gravoso de defesa”, ainda que ele se apresente menos seguro para repelir a agressão e “renunciar a uma defesa que ponha em perigo a vida ou a integridade física essencial do agredido (a menos que tal se revele impossível face ao peso da agressão)”. Embora diga Figueiredo Dias que não vale contrariar essa posição com o argumento de que ela corre

⁶⁶ PALMA, **A justificação**..., p. 636.

⁶⁷ FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal**..., p. 411-2.

⁶⁸ FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal**..., p. 430.

ao arrepio dos esforços tendentes a combater os maus-tratos entre cônjuges⁶⁹, supomos nós que vale sim; e vale, porque sua afirmação de que a esse desiderato bastariam as “reformas legislativas do crime de maus-tratos ou de outros semelhantes” desconsidera, antes de tudo, que as agressões ao nível domiciliar não são algo que se possa repartir em condições equivalentes entre homens e mulheres. As vítimas, com efeito, são claramente definidas e a consideração de suas particularidades não se afigura írrita.

Donde a oposição de craveira amesquinhada para a configuração da legítima defesa em tais situações mostra-se, no fim, em desfavor de destinatário certo. E implicaria, como parece evidente, num reconhecimento de que a vítima é, justamente, quem se apresentava como o agressor. Como diz Fletcher: “appreciating women's responsibility for killing implies a recognition of men as victims”⁷⁰.

Além disso, a assunção de uma certa posição de *garante*, não poderia deixar à margem a noção de que a ela se relacionariam os dois polos da relação, de maneira que a violação sistemática pelo cônjuge agressor desse seu eventual papel já desobrigaria a sua manutenção pelo outro, a não ser que concebível fosse lhe impor tolerar por interregno não raras vezes extenso a profanação de seus direitos fundamentais. Segundo Roxin, exatamente sobre este ponto, não seria invocável para a esposa uma posição de garante, porquanto nenhuma esposa tem que suportar maus-tratos contínuos, ainda que leves, que denigam a sua dignidade e a convertam em objeto da arbitrariedade do marido. Numa tal situação, já se anularia a condição de garante, diante do comportamento ofensor do outro cônjuge, de sorte que a mulher já não lhe deveria a solidariedade da qual ele mesmo, o ofensor, havia se

⁶⁹ FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal**..., p. 431.

⁷⁰ FLETCHER, **With Justice**..., p. 139.

desligado⁷¹. Ao comentar decisão proferida pela justiça italiana, em que se afastou a legítima defesa da mulher que matou o marido enquanto este dormia, mesmo após sistemáticas agressões contra a esposa e a prática de violência sexual contra a filha, Marinucci e Dolcini dão conta de que, nestes casos, em que se tem um “tiranno di casa”, uma solução afirmativa da justificação poderia brotar “sia attraverso un’interpretazione estensiva del requisito dell’attualità del pericolo, sia attraverso l’estensione analogica della disposizione dell’art. 52 c.p.”⁷².

De uma outra forma, contudo, e para mais disso, poderíamos dar tratamento a essa questão.

7 UM ÓBICE E SUA REFUTAÇÃO

Em benefício de nossas lembranças, será caso de dizer que num dos Seminários, durante a Parte Escolar de nosso Curso de Doutorado, opôs, o Senhor Professor Augusto Silva Dias, uma objeção àquilo que desde aquela época estimávamos como cogitável, isto é, o beneficiamento de Judy Norman pela excludente da legítima defesa. E o fez, a memória que não nos traia, justamente indagando sobre o fato de carecer a alvitrada legítima defesa do requisito consistente na iminência – ou seria atualidade? – da agressão, em ordem a potencializar, e essa era a pergunta, uma possível invocação da excludente por seu marido, acaso acordasse a tempo de armar-se e livrar-se de seu destino.

Se de algum modo já externamos a este respeito o nosso ponto de vista, não obstante haveremos de nos lançar novamente no círculo, sob

⁷¹ ROXIN, **Strafrecht**..., p. 702.

⁷² DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Manuale di Diritto Penale. Parte Generale**. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 240.

duas perspectivas. A primeira dirá respeito ao efeito de se aludir, no modo como normalmente se o faz, à conduta da mulher agredida, num caso tal como o narrado, sob o influxo de uma exclusão ou redução de culpabilidade. A segunda, para dizer que os requisitos da legítima defesa não dispensam uma *interpretação conforme a Constituição*. É, pois, o momento, de recomeçar.

Sabido é que uma situação de violência conjugal requer, para como tal se caracterizar, que os maus-tratos infligidos assumam uma relação de continuidade, já que um episódio exclusivo de agressões físicas pode apenas configurar um crime de lesões corporais⁷³. Os efeitos perversos que lhe são relacionados, seja do ponto de vista da afetação feminina, seja no que revelado para o seio familiar, assinalaram a necessidade de, por diversas vias, aludirem os ordenamentos jurídicos a tais situações, inclusive a partir de uma perspectiva encontrável no âmbito internacional. Tratar-se-ia, isto, de uma mudança de paradigma, dado que “durante casi doscientos años el mensaje del sistema penal hacia las mujeres há sido muy claro: las violencias en el ámbito de las relaciones de pareja estaban justificadas o eran un problema menor, un problema del ámbito privado en el que el sistema penal no debía intervenir”⁷⁴.

Como questão de fundo, e que Bodelón refere cuidar-se, não obstante, de algo fundamental, está o fato de que a violência doméstica não se pode conceber como um tipo de lesões corporais agravada por razões de parentesco; em suas palavras: “las violencias machistas en el

⁷³ GONÇALVES, Rui Abrunhosa. **Agressores conjugais: investigar, avaliar e intervir na outra face da violência conjugal**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 14, número 4, Out-Dez 2004, Director Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 543.

⁷⁴ BODELÓN, Encarna. **Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012, p. 15.

ámbito de la pareja no son sencillamente lesiones, no tienen nada que ver con lo que el ámbito penal se conoce como lesiones, sino que son ‘violencias de género, violencia machista, violencia contra mujeres’⁷⁵.

A sua especificidade, portanto, reside na circunstância de estar em causa uma violação a direitos fundamentais, não somente à conta das agressões físicas ou psíquicas que são cometidas, mas, principalmente, por se tratar de “una manifestación de una discriminación social, de una estructura social desigual y opresiva contra las mujeres”⁷⁶.

Em certos casos, mesmo após o eventual rompimento da relação conjugal, persistem episódios reveladores de uma concepção pela qual o parceiro não compreenda na mulher a possibilidade de uma existência autônoma e livre; exemplificadamente no *stalking*, como indica Gonçalves, os cônjuges e “sobretudo os ex-cônjuges, intimidam as suas parceiras actuais ou passadas através de perseguições, ameaças telefónicas ou marcando a sua presença de forma directa (e.g. aparecendo ostensivamente em locais que sabe serem frequentados pela vítima) ou indirecta”, com o que se cria “uma atmosfera de terror que muitas vezes conduz a vítima a recuar nas suas intenções de separação ou mesmo de apresentar queixa criminal ou ainda retirando esta caso já tenha sido feita”⁷⁷.

Diplomas normativos como a Lei nº 112/2009, de Portugal, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas, a Ley Orgánica 1/2004, que na Espanha se destina à fixação de medidas de protecção

⁷⁵ BODELÓN, **Violencia de género...**, p. 16.

⁷⁶ BODELÓN, **Violencia de género...**, p. 17.

⁷⁷ GONÇALVES, **Agressores conjugais...**, p. 557. Mais detidamente sobre esta situação, Cf. GONÇALVES, Rui Abrunhosa; COELHO, Cláudia. **Stalking: uma outra dimensão da violência conjugal**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 17, número 2, Abr-Jun 2007, Director Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 271-302.

integral contra a violência de gênero – e em cuja exposição de motivos lê-se que: *“la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”*⁷⁸ -, bem como a mais recente legislação italiana, seja a oriunda do Decreto-Legge 14/2003, seja a Legge 154/2001, com a previsão de *“Misure contro la violenza nelle relazioni familiari”*, assemelham-se, no essencial, e aqui não nos cabe ingressar em pormenores, àquilo que igualmente no Brasil veio previsto a partir da edição da Lei 11340/2006, assim designada como Lei Maria da Penha.

De dizer-se, e valemo-nos das palavras do Ministro Luiz Fux, quando o Supremo Tribunal Federal brasileiro apreciou determinada controvérsia a respeito dessa normativa, na Ação de Inconstitucionalidade Nº 4424, julgada no ano de 2012, que uma Constituição que assegura a dignidade humana “não se compadece com a realidade da sociedade brasileira, em que salta aos olhos a alarmante cultura de subjugação da mulher”⁷⁹; segundo o Ministro: “a impunidade

⁷⁸ Não é, pois, sem razão uma asserção como a de que *“la violencia contra las mujeres en manos de la pareja o ex pareja masculina es probablemente la violación de derechos humanos más habitual de las que se cometen en el Estado español”*. BODELÓN, Encarna; CASAS VILA, Glòria; NAREDO MOLERO, María. **La utilización del sistema de justicia penal por parte de mujeres que enfrentan la violencia de género en España**. In: *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Encarna Bodelós (Org.). Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012, p. 27.

⁷⁹ Conforme MATSUDA, os números que revelam a violência contra as mulheres no Brasil “apontam para a existência de um problema agudo e de longa duração”, a tal ponto que “a violência fatal atingiu mais de 50 mil mulheres entre 2000 e 2010”, sendo que 40% delas, como afirma a autora, foram mortas em sua própria residência. MATSUDA, Fernanda Emy. **Muito além da punição: o direito das mulheres a uma vida sem violência**. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 22. Número 256. São Paulo: IBCCrim, 2014, p. 08.

dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (*Untermaßverbot*). E, desde a Declaração Sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher, proveniente da organização das Nações Unidas em 1993, inequivocamente se tem ampliado no âmbito internacional os documentos reveladores da importância dessa matéria, sendo meramente exemplificativos a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, assim chamada “Convenção de Belém do Pará”, de 1994 e o Convênio do Conselho da Europa sobre a prevenção e luta contra a violência em desfavor das mulheres e a violência doméstica, do ano de 2011.

Neste panorama, parece exato assentar, na linha do que expõem Creazzo e Palidda, que realmente os episódios de violência doméstica revelam “conductas profundamente lesivas de derechos humanos fundamentales”⁸⁰, o que, aliás, na Convenção de Belém do Pará antes apontada se aludiu às expressas, no sentido de que “a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentales e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades”; demais disso, e digamo-lo uma vez mais, tais práticas estão “profundamente signadas por la pertenencia de género”⁸¹, na medida em que encontram raiz numa visão de subordinação das mulheres e de sua sujeição à autoridade e ao controle masculinos⁸².

⁸⁰ CREAZZO, Giuditta; PALIDDA, Rita. **Cuando una mujer denuncia: las respuestas del sistema penal a las violencias machista contra las mujeres en relaciones de intimidad**. In: *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Encarna Bodelós (Org.). Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012, p. 300.

⁸¹ CREAZZO; PALIDDA, **Cuando una mujer...**, p. 298.

⁸² DOBASH, R. Emerson; DOBASH, Russel P. **Violence Against Wives: A Case Against Patriarchy**. New York: The Free Press, 1979, p. 33.

Se a questão aposta por Dressler, a respeito do despertar do marido de Judy Norman, numa condição tal que lhe permitisse atuar, é o que o moveu em direção à afirmação de uma *excuse*, de modo que o marido poderia estar *justificado* – “*if she is excused (partially or wholly) in killing him, however, he would be justified, in taking her life in self-defense*”⁸³ –, o efeito da afirmação da *excuse* não se pode desconsiderar. Tratar-se-ia de fornecer uma razão de desculpa, para alguns casos até cogitável, mas que não deixa de aproximar-se a uma ideia tradicional de insanidade ou capacidade diminuída, que vilipendia a dignidade da mulher. E a vilipendia não somente pela circunstância de se estar a funcionalizar o conceito de imputabilidade, mas, sobretudo, e fiquemos aqui apenas com o caso brasileiro, porque implicaria na imposição de medidas de segurança, entre as quais, no Código Penal brasileiro, estão apenas a internação em hospitais psiquiátricos ou o tratamento médico ambulatorial. Isto para não dizer que já para este efeito alvitra-se um juízo de periculosidade, que, assim, estará a recair justamente sobre a mulher que por largo interregno viu-se agredida⁸⁴.

⁸³ DRESSLER, *Understanding...*, p. 246.

⁸⁴ Mais amplamente, se bem que focada em regimes de *common law*, a propósito da legítima defesa “and the complexity of justification and excuse”, Cf. UNIACKE, Suzanne. **Permissible Killing: The Self-Defense Justification on Homicide**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 09-30. Dando conta da “persistente negação, no universo jurídico anglo-saxônico”, da distinção entre ilicitude e culpa, se bem que com temperamentos na atualidade, Cf. PALMA, **Justificação...**, p. 53, nota 8. Confirmando essa indiferença pela distinção, Cf. FLETCHER, **O justo...**, p. 187-9. A respeito da necessidade de se discernirem, dentro dos pressupostos do delito, as questões de justificação e de exculpação, não somente em favor da necessidade de um sistema dogmático preciso, mas porque assim se toma como ponto de referência uma escala valorativa, situando injusto e culpabilidade em planos distintos de valoração, Cf. HIRSCH, Hans-Joachim. **Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem**. In: *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*. Günter Kohlmann (Hrsg.). Berlin: Duncker&Humblot, 1999, p. 529-555. No geral, sobre os desenvolvimentos da legítima defesa em terreno europeu, destacadamente na Alemanha, e em países da *common law*, Cf. FLETCHER, George P. **Basic Concepts of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 132-145.

A ideia dos ciclos em que se desenvolvem os episódios de violência, desde um aumento da tensão conjugal até o culminar de uma agressão, com eventuais atos de arrependimento masculino, em razão dos quais a situação se minimiza até a retomada do ciclo⁸⁵, e as repercussões inolvidáveis que essas repetições produzem ao nível corporal e psíquico da mulher, não determinam, só por si, o afastamento da legítima defesa.

Consoante Wimberly, a ideia da *battered woman* foi desenvolvida para acabar com os mitos sobre a mulher agredida, e para ajudar a eliminar um certo caráter de preconceito sexual no Direito Penal – “*BWS was developed to dispel myths about the battered woman, and to help eliminate sex-bias in the criminal law*” -, sendo que, no entanto, em alguns casos se a maneja para reforçar os estereótipos das mulheres como vítimas que foram conduzidos à insanidade temporária quando matam os seus agressores. Isto implica que se acaba por abandonar a investigação sobre a razoabilidade de uma alegação de legítima defesa. Para essa autora, então, a *battered woman* presta-se para explicar o contexto das ações de uma mulher – “*BWS should instead be used to explain the context of a woman’s actions*” -, de maneira que a sua própria concepção como uma síndrome seria discutível, já que com essa se potencializaria o foco numa suposta patologia da mulher, e não na conduta do homem que agride⁸⁶.

⁸⁵ WALKER, Leonore E. A. **The Battered Woman**. New York: Harper & Row, 1979, p. 112. Mais recente, da mesma autora, sobre isto, Cf. WALKER, Leonore E. A. **The Battered Woman Syndrome**. New York: Springer Publishing Company, 2009, p. 85-105. A este respeito, ainda, Cf. FAIGMAN, David L. **The Battered Woman Syndrome and Self-Defense: A Legal and Empirical Dissent**. In: Virginia Law Review, Vol. 72, nº 03, Apr. 1986, p. 627-630; DRESSLER, **Understanding...**, p. 242-3.

⁸⁶ WIMBERLY, Mary Helen. **Defending Victims of Domestic Violence Who Kill Their Batterers: Using the Trial Expert to Change Social Norms**. Disponível em <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/domviol/docs/Wimberly.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2014. Igualmente, neste sentido, Cf. FAIGMAN, **The Battered Woman...**, p. 644.

Faigman, de sua parte, assevera que a situação de abuso da mulher deve ser considerada na apreciação dos casos em que vem a matar seu companheiro, sendo certo que, segundo diz, a prevaência de pontos de vista tendentes a tratar a *battered woman* como síndrome tem pouca capacidade de rendimento no exame da legítima defesa – “*the prevailing theories of battered woman syndrome have little evidentiary value in self-defense cases*”. Por isso, direciona a sua crítica ao modo, por assim dizer, voltado a uma ideia de patologização do comportamento com que labora Walker, não apenas por dar demasiada importância ao trabalho de peritos, mas também por desconsiderar a situação peculiar em que se via envolvida a mulher. Faigman tem razão ao apontar que os casos que envolvem mulheres agredidas representam um desafio significativo para a doutrina da legítima defesa – “*cases involving battered women clearly pose a significant challenge to self-defense doctrine*” -, e dele também não discordaríamos quando afirma que a aplicação mecânica dos padrões tradicionais dessa causa de justificação ressoaria excessivamente ríspida diante das particularidades que a envolvem – “*mechanical application of the traditional objective standard is unduly harsh because it fails to appreciate the forces at work in a battering relationship*”⁸⁷. Isto, contudo, impõe-nos aludir que a legítima defesa não se furta de uma interpretação conforme a Constituição.

Ao discorrer sobre a interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), esclarece Bonavides que, em rigor, não se cuida de uma metodologia concernente à interpretação do texto constitucional, mas, sim, de um “princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição”, o qual decorre não apenas da

⁸⁷ FAIGMAN, *The Battered Woman...*, p. 645-7.

rigidez constitucional e da hierarquia de suas normas, visto que de maneira relevante, para explicá-lo, está o “caráter de unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta”. Disto resultará, no que a interpretação da legislação ordinária há de estar em coerência com a normativa constitucional, que o “intérprete não perderá de vista o fato de que a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor”⁸⁸.

De sua parte, Kuhlen acentua que a interpretação conforme a Constituição possui, na atualidade, relevância inegável, na medida em que, por seu intermédio, estabelece-se a necessidade de buscar um sentido constitucional para as normas jurídicas, que, em certos casos, não é extraível com a mera leitura do texto legal⁸⁹. Mas este sentido, cumpre dizer, não consiste apenas numa verificação formal de compatibilidade com a Constituição, senão que se deve “determinar também a compatibilidade material”⁹⁰, o que significa, na linha do que expõe Hesse, que as normas constitucionais são mais do que puras normas de exame (*Prüfungsnormen*), uma vez que são mesmo normas materiais (*Sachnormen*) de aferição do teor da lei ordinária – “*In Rahmen verfassungskonformer Auslegung sind Verfassungsnormen also nicht nur ‘Prüfungsnormen’, sondern auch ‘Sachnormen’ zur Inhaltsbestimmung einfacher Gesetze*”⁹¹.

Assevera Hesse, nesta linha, que: “*Verfassungskonforme Auslegung’ stellt nicht nur die Frage nach dem Inhalt des zu prüfenden Gesetzes, sondern auch die Frage nach dem Inhalt der Verfassung, an*

⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 518-520.

⁸⁹ KUHLEN, Lothar. **Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen**. Heidelberg: C.F.Müller, 2006, p. 2-3.

⁹⁰ BONAVIDES, **Curso**..., p. 522-3.

⁹¹ HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Heidelberg: C.F.Müller, 1999, p. 31.

*dem das Gesetz gemessen werden soll*⁹², sendo certo dizer, em consequência, que a unidade da ordem jurídica e o “sistema de valores de que o ordenamento jurídico se acha impregnado” são elementos decisivos no aferir materialmente a constitucionalidade dos atos normativos⁹³, e de interpretá-los em conformidade com a ordenação constitucional.

Se chega VIOLA a afirmar que, para o efeito de uma interpretação em tal perspectiva postulada, se “introducono direttamente nel tessuto del diritto una serie di valori etico-politici che, in quanto tali, preesistono al patto costituzionale”, cremos nem seja necessário avançar tanto; com efeito, se parece adequado conceber a eminência de “valori che identificano, conferendovi una precisa fisionomia, la specificità costituzionale di un ordinamento sociale e giuridico”⁹⁴, estes, no caso da legítima defesa como o vimos abordando, reconduzem-se a uma vocação constitucional que esteja atenta ao princípio da igualdade, bem assim a particular situação de fato que a envolve, a qual, apontamos já, não sem razão motivou a edição de múltiplos diplomas normativos, inclusive no âmbito internacional.

Tais dados acabam por forjar uma pré-compreensão de que não se pode afastar o intérprete ao analisar um determinado caso. A base textual em que se expressa a justificação da legítima defesa é, assim, incrementada, pela influência das peculiaridades de um tipo de situação que reclama atenção a aspectos situados num plano que não é o da lei ordinária. Viola alude a uma “pluralità di livelli successivi, innescando un procedimento circolare del comprendere, che non ritorna semplicemente

⁹² HESSE, **Grundzüge**..., p. 33.

⁹³ BONAVIDES, **Curso**..., p. 524-5.

⁹⁴ VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Diritto e Interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del Diritto**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2011, p. 217.

e tautologicamente al suo punto di partenza, ma eleva ad un grado nuovo e maggiormente chiarificante la comprensione del testo”⁹⁵; e é nesta pluralidade em que estamos tentando nos mover. O contrário disso não seria, no fim das contas, relegar a incidência da causa de justificação a um modelo de subsunção?

8 A QUESTÃO DA IGUALDADE

Seja como for, cumpre-nos lançar algumas notas sobre a igualdade. Notas, seja dito, porque a vinculação da abordagem aqui feita diz respeito ao tema em análise, o qual se situa para além da conhecida postulação segundo a qual o princípio da igualdade dirigir-se-ia ao próprio legislador, determinando-lhe a criação de um direito igual para todos os cidadãos⁹⁶. É que, na esteira do que afirmado por Canotilho, o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que acabaria por permitir discriminações quanto ao conteúdo⁹⁷.

Nas palavras de Alexy, se o dever de igualdade na criação do Direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador, esse dever, entretanto, não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características

⁹⁵ VIOLA; ZACCARIA, *Diritto...*, p. 306.

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 426.

⁹⁷ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 427. De ver-se, apenas no contexto português, mas o mesmo dar-se-ia no caso brasileiro, que apesar de diversas Constituições assinalarem a igualdade, não obstante medidas variadas, em leis ordinárias, desfavoreciam a situação da mulher, a exemplo da necessidade de obter autorização do marido para tirar passaporte ou da possibilidade daquele devassar-lhe a correspondência. Sobre isto, com diversos exemplos, Cf. GARCIA, Maria Glória F.P.D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 78-81. Do mesmo modo, Cf. PIZARRO BELEZA, *Mulheres...*, p. 374-5.

naturais e estejam nas mesmas condições fáticas. Por isso, a igualdade, tal como dirigida ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos⁹⁸.

As considerações que faz Alexy a respeito da igualdade situam-na num plano valorativo, por intermédio do qual se há de exigir *prima facie* um tratamento igual, sem prejuízo de que, se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório (*Ungleichbehandlungsgebot*)⁹⁹.

Saber, porém, o que é uma razão suficiente para a convocação de um tratamento desigual não é algo que o próprio princípio da igualdade, enquanto tal, seja capaz de fornecer. Para tanto, fazem-se exigíveis outras ordens de consideração, que, conforme Alexy, também são valorativas. Essas competem ao intérprete.

Não a partir de suas concepções subjetivas¹⁰⁰, mas, sim, à conta da própria integridade constitucional, a qual, para a análise da legítima defesa que vimos empreendendo, permitiria dizer que não se a pode alhear essa questão de gênero.

Estaria este alvitre a encampar, todavia, uma ideia de *desigualdade*? Responderíamos uma tal objeção com Gianformaggio, para assentar que o pressuposto “non è costituito qui da una ‘diseguaglianza’. Si tratta evidentemente di una ‘differenza’, cioè di una componente dell’identità femminile”; será, então, no respeito à diferença

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 359-360.

⁹⁹ ALEXY, **Theorie...**, p. 372-3.

¹⁰⁰ Tratando do atendimento ao princípio da igualdade a partir da harmonia das decisões, em sede de Direito Penal, emanadas dos tribunais superiores, Cf. BACIGALUPO, Enrique. **Applicazione del Diritto Penale ed uguaglianza dinanzi alla legge**. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Nuova serie, anno XLVII, ottobre-dicembre de 2004. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 2004, p. 961-975.

que se realizará o princípio da igualdade, e que se o realizará no campo mesmo da possibilidade de acesso a uma causa de justificação como a legítima defesa. Para Gianformaggio, pensar que o princípio da igualdade seja respeitado somente quando tais diferenças sejam olvidadas “significa assumere a valore fondamentale non le particolari identità maschile e femminile, ma la *sameness* delle donne, cioè il loro conformarsi al modello maschile”; em última análise, significa “assumere quale paradigma, quale unità di misura, il corpo e la natura fisica dell’uomo”¹⁰¹.

Dir-se-ia, então, da necessidade de se questionar até que ponto a tendencial diferença de força física entre a generalidade dos homens e das mulheres deve ser tomada em conta para o efeito de se apreciar uma situação de legítima defesa; mas não só, ao menos para Pizarro Beleza, segundo quem, ademais do equacionamento em termos de força física, far-se-ia relevante notar o “treino social dos homens para a *agressividade* e das mulheres para a *passividade*”, ou seja, o “desenho psico-social do homem-agressor e da mulher-vítima”¹⁰². Inserem-se, ainda, nos casos de violência doméstica, algo como um processo de normalização, frequentemente associado a sentimentos de vergonha e culpa¹⁰³, a constituir algo como uma barreira, que “impede, dificulta o retrasa la decisión de denunciar las agresiones sufridas”, sendo certo que “este obstáculo tiene su origen en la cultura que normaliza relaciones amorosas marcadas por la sumisión y dependência de las

¹⁰¹ GIANFORMAGGIO, Letizia. **Eguaglianza, Donne e Diritto**. A cura di Alessandra Fachi; Carla Faralli; Tamar Pitch. Bologna, Il Mulino, 2005, p. 216-7.

¹⁰² PIZARRO BELEZA, **Mulheres**..., p. 303.

¹⁰³ Neste sentido, com estudos empíricos, Cf. BODELÓN; CASAS VILA; NAREDO MOLERO, **La utilización del sistema de justicia**..., p. 35. Igualmente baseada em dados estatísticos, mas em atenção à situação portuguesa, Cf. PAIS, Elza. **Homicídio conjugal em Portugal: Rupturas violentas da conjugalidade**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2010, p. 198-9. Mais genericamente a este respeito, Cf. FERNANDES, “**Battered women’s defense doctrine**”..., p. 32-3.

mujeres”, reduzindo à expressão mais grave e visível das agressões físicas¹⁰⁴, sem contar que algumas mulheres, di-lo de novo Pizarro Beleza, se mostram incapazes de abandonar essa relação violenta até mesmo por dificuldades financeiras, por medo ou “por interiorização de bloqueios psico-sociais”.

Por vezes, essa situação faz-se acompanhar da noção de inexistência de alternativas ou de ajudas externas, dada a pouca disponibilidade das forças policiais ou de estruturas de assistência social para solucionar a questão¹⁰⁵. Curiosamente, a postulação de um autor brasileiro já antigo, como o é Vergara, tem pertinência neste ensejo. É que, conforme refere, cumpre sempre não olvidar “as circunstâncias em que o evento se desenrolou”, circunstâncias essas que “não têm outro efeito do que indicar-nos o estado de alma do agente e a sua causa”. Vergara, no fundo, põe o tom na compreensão do defendente a respeito da situação que o envolve, e o faz não arbitrariamente, mas a partir da afirmação de que se devem observar os antecedentes do conflito, e também “o estado físico e o estado moral dos contendores (...), a sua idade, o seu sexo, as suas relações de dependência (...) as condições em que um se apresentou em face do outro; - os precedentes de cada um e especialmente os do agressor”, sendo certo que todos estes elementos cercam “o fato em si e nos revelam o seu elemento moral”¹⁰⁶.

Num dos votos dissidentes, relativamente ao caso Judy Norman, o Juiz Weisberg ostentou a mesma posição, que, contando com a concordância de Fletcher, dizia: “in the context of the doctrine of self-defense, the definition of ‘imminent’ must be informed by the defendant’s

104

¹⁰⁵ PIZARRO BELEZA, **Mulheres...**, p. 310.

¹⁰⁶ VERGARA, Pedro. **Da legítima defesa subjetiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1949, p. 251-4.

perceptions”¹⁰⁷, e, de sua parte, na outra dissensão, não deixou o Juiz Harry C. Martin de apontar que, levando em conta o comportamento de seu cônjuge: *“by his barbaric conduct over the course of twenty years, he reduced the quality of the defendant’s life to such an abysmal state that, given the opportunity to do so, the jury might well have found that she was justified in acting in self-defense for the preservation of her tragic life”*¹⁰⁸.

Tanto um como o outro destes pontos de vista, similares ao que alvitramos em conclusão¹⁰⁹, não necessariamente percorreram o caminho que, segundo pensamos, fosse devido percorrer. E que diz com uma tentativa de situar tal discussão sob um plano que não descure o constitucional.

Parafraseando Gianformaggio, se verdadeiramente quer-se permitir que homens e mulheres acessem em condições iguais a determinado âmbito normativo, deve-se considerar que entre o princípio da igualdade e a demarcação da diferença não sucede uma incompatibilidade¹¹⁰; dá-se, isto sim, o contrário, na medida em que a valorização “delle differenze non richiede che si ripudi l’eguaglianza, ma piuttosto cha la si prenda sul serio”¹¹¹.

9 CONCLUSÃO

¹⁰⁷ FLETCHER, *With Justice*..., p. 146.

¹⁰⁸ DRESSLER, *Understanding*..., p. 245.

¹⁰⁹ Que, aliás, é igualmente similar àquela de FERNANDES. Assim, Cf. FERNANDES, *“Battered women’s defense doctrine”*..., p. 38-9.

¹¹⁰ GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza*..., p. 46-7.

¹¹¹ GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza*..., p. 90. Assim também MAZZARESE, no prefácio desta mesma obra. Cf. MAZZARESE, Tecla. *Un monito a prendere sul serio l’eguaglianza*. In: *Eguaglianza, Donne e Diritto*. A cura di Alessandra Fachi; Carla Faralli; Tamar Pitch. Bologna, Il Mulino, 2005, p. 23.

Isto tudo implica, em favor de Judy Norman, o reconhecimento da legítima defesa.

10 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

BACIGALUPO, Enrique. **Applicazione del Diritto Penale ed uguaglianza dinanzi alla legge**. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Nuova serie, anno XLVII, ottobre-dicembre de 2004. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 2004.

BODELÓN, Encarna. **Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

BODELÓN, Encarna; CASAS VILA, Glòria; NAREDO MOLERO, María. **La utilización del sistema de justicia penal por parte de mujeres que enfrentan la violencia de género en España**. In: Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales. Encarna Bodelós (Org.). Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRITO, Teresa Quintela de. **Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade**. In: Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, volume I. Jorge de Figueiredo Dias e outros (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHIESA, Luis Ernesto. **Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia angloamericana**. In: Revista de Derecho Penal, n^o 2. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CREAZZO, Giuditta; PALIDDA, Rita. **Cuando una mujer denuncia: las respuestas del sistema penal a las violencias machista contra las mujeres en relaciones de intimidad**. In: Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales. Encarna Bodelós (Org.). Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

CUNHA, Maria João Ribeiro da. **Diálogos de Medeia e a kátharsis numa culpa de género**. Relatório apresentado no Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: não publicado, 2008.

DOBASH, R. Emerson; DOBASH, Russel P. **Violence Against Wives: A Case Against Patriarchy**. New York: The Free Press, 1979.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Manuale di Diritto Penale**. Parte Generale. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

DRESSLER, Joshua. **Understanding Criminal Law**. New York-San Francisco: LexisNexis, 2001.

FAIGMAN, David L. **The Battered Woman Syndrome and Self-Defense: A Legal and Empirical Dissent**. In: Virginia Law Review, Vol. 72, nº 03, Apr. 1986.

FERNANDES, Álvaro Roberto Antanavicius. **“Battered women’s defense doctrine”**: uma interpretação conforme o princípio constitucional da igualdade. In: Temas Criminais: A Ciência do Direito Penal em Discussão. Denis Sampaio; Orlando Faccini Neto (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FLETCHER, George P. **With Justice for Some. Protecting Victim’s Rights in Criminal Trials**. Massachussets: Addison-Wesley Publishing Company, 1996.

FLETCHER, George P. **The Nature of Justification**. In: **Action and Value in Criminal Law**. Stephen Shute; John Gardner; Jeremy Horder (Ed.). Oxford: Clarendon Press, 2003.

FLETCHER, George P. **Basic Concepts of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

FLETCHER, George P. **O justo e o razoável**. Tradução de Paulo César Busato e Mariana Cesto. In: Novos Estudos Jurídicos. Revista Quadrimestral do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Volume 09, nº 02, maio-agosto de 2004. Itajaí: UNIVALI, 2004.

GARCIA, Maria Glória F.P.D. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Eguaglianza, Donne e Diritto. **A cura di Alessandra Fachi; Carla Faralli; Tamar Pitch**. Bologna, Il Mulino, 2005.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa. **Agressores conjugais: investigar, avaliar e intervir na outra face da violência conjugal**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 14, número 4, Out-Dez 2004, Director Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa; COELHO, Cláudia. **Stalking: uma outra dimensão da violência conjugal**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 17, número 2, Abr-Jun 2007, Director Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Die provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts**. In: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978. Arthur Kaufmann (Hrsg.). München: Beck, 1979.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Heidelberg: C.F.Müller, 1999.

HIRSCH, Hans-Joachim. **Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem**. In: Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten. Günter Kohlmann (Hrsg.). Berlin: Duncker&Humblot, 1999.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

KUHLEN, Lothar. **Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen**. Heidelberg: C.F.Müller, 2006.

MALAMUD GOTI, Jaime E. **Legítima Defesa y Estado de Necesidad: problemas sistemáticos de las causas de justificación**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**. Padova: CEDAM, 2001.

MATSUDA, Fernanda Emy. **Muito além da punição: o direito das mulheres a uma vida sem violência**. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 22. Número 256. São Paulo: IBCCrim, 2014.

MAZZARESE, Tecla. **Un monito a prendere sul serio l'eguaglianza**. In: Eguaglianza, Donne e Diritto. A cura di Alessandra Fachi; Carla Faralli; Tamar Pitch. Bologna, Il Mulino, 2005.

PAIS, Elza. **Homicídio conjugal em Portugal: Rupturas violentas da conjugalidade**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2010.

PALMA, Maria Fernanda. **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos**. Volume I. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

PALMA, Maria Fernanda. **Justificação em Direito Penal: conceito, princípios e limites**. In: Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Tipografia Guerra, 1995.

PALMA, Maria Fernanda. **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos**. Volume II. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

PALMA, Maria Fernanda. **Provas de Agregação de Professores**. Lisboa: não publicado, 1999.

PIZARRO BELEZA, Teresa. **Legítima defesa e género feminino: paradoxos da “feminist jurisprudence”**. In: Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Tipografia Guerra, 1995.

PIZARRO BELEZA, José Manuel Merêa. **O princípio da igualdade e a lei penal: o crime de estupro voluntário simples e a discriminação em razão do sexo**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

PIZARRO BELEZA, Maria Teresa Couceiro. **Mulheres, Direito, Crime ou A Perplexidade de Cassandra**. Lisboa: AAFDL, 1993, p. 306-7.

ROXIN, Claus. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. **Der Aufbau der Verbrechenslehre**. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. **Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. **A legítima defesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

UNIACKE, Suzanne. Permissible Killing: **The Self-Defense Justification on Homicide**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

VERGARA, Pedro. **Da legítima defesa subjetiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1949.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Diritto e Interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del Diritto**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2011

WALKER, Leonore E. A. **The Battered Woman**. New York: Harper & Row, 1979.

WALKER, Leonore E. A. **The Battered Woman Syndrome**. New York: Springer Publishing Company, 2009.

WESTLUND, Andrea C. **Pre-modern and modern power: Foucault and the case of domestic violence**. In: Signs: Institutions, Regulation and Social Control, V. 24, Nº 4. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

WIMBERLY, Mary Helen. Defending Victims of Domestic Violence Who Kill Their Batterers: Using the Trial Expert to Change Social Norms. Disponível em <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/domviol/docs/Wimberly.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro.
Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2002.