

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO
DPM – DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL

LEGÍTIMA DEFESA:
UMA REVISITAÇÃO AO “EXCESSO ESCUSÁVEL” SOB A LUZ DA VIOLÊNCIA
CONTRA A MULHER

São Paulo – SP

2022

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO
DPM – DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL

MICHELLE PAOLA BALAGUER
Nº. USP 10258031

LEGÍTIMA DEFESA:
UMA REVISITAÇÃO AO “EXCESSO ESCUSÁVEL” SOB A LUZ DA VIOLÊNCIA
CONTRA A MULHER

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª Dr^ª Heidi Rosa Florêncio Neves

São Paulo – SP

2022

MICHELLE PAOLA BALAGUER
Nº. USP 10258031

LEGÍTIMA DEFESA:
UMA REVISITAÇÃO AO “EXCESSO ESCUSÁVEL” SOB A LUZ DA VIOLÊNCIA
CONTRA A MULHER

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

APROVADA EM __ / __ / __

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª Dr.^a. Heidi Rosa Florêncio Neves

Professor

Aos meus pais, ao meu irmão e às minhas amigas, Rebeca e Tauani, agradeço pelo apoio.
Aos professores Ana Elisa Bechara e Pierpaolo Bottini, pelas aulas de Direito Penal que despertaram meu interesse pelo tema no início do Curso.
À minha orientadora, por ter dedicado parte de seu tempo a contribuir com ensinamentos de que sempre lembrarei.

RESUMO

BALAGUER, M. P. **Legítima defesa: uma revisitação ao “excesso escusável” sob a luz da violência contra a mulher.** Monografia – Trabalho de conclusão de curso. Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Existem questões conflituosas que emergem da violência contra a mulher, quando, nesse contexto, ela se vale da legítima defesa. Será apreciada a fundamentação das decisões jurisprudenciais acerca dessa tese defensiva, a fim de aferir o tratamento conferido aos casos em que há a violação dos limites dogmáticos do instituto, dada a dificuldade da sua observância no calor dos fatos.

Serão abordados estudos doutrinários que reforcem a condição de vulnerabilidade da mulher nesses momentos, especialmente diante de um histórico de violações reiteradas, fim de corroborar a necessidade do acolhimento da excludente de anti-juridicidade, ainda que eivada de um excesso tido como punível nos moldes da redação atual do art. 23, p. único do Código Penal. Com efeito, a conclusão do trabalho consiste, justamente, em referendar a tese preliminar de que a redação do excesso de legítima defesa não é idônea para abarcar casos que possuem contornos próprios e que, embora não ilustrem uma discrepância entre sujeito ativo e passivo como comumente se observa em exemplos didáticos da doutrina, é digna de um tratamento menos inflexível e mandatório. Assim, será revisitada a tese do excesso escusável de legítima defesa, presente em trabalhos que antecederam a codificação atual.

Palavras-chave: violência contra a mulher; excesso escusável de legítima defesa.

ABSTRACT

BALAGUER, M. P. Self-defense: a reflection on justifiable excess from the perspective of gender-based violence. Monograph – Final work for obtention of graduate degree. Law School of University of São Paulo, São Paulo, 2022.

There are questionings that emerge from gender-based violence, when women manage to use self-defense as a recognized mechanism in criminal law to get away with an action that is considered crime. The aspects of the decisions in that matter will be analysed in order to conclude the treatment that is given to the situations that women go beyond the limits of self-defense that are prescribed by the law, since there are many difficulties that arise in that type of situation, concerning fear and desperate. These conclusions will be empowered by specialists' opinions about the vulnerable scenario that women go through, that show, among other things, that self-defense must be taken into account, even when it apparently transcends its boundaries.

To conclude, it will be demonstrated that the current legal description of self-defense is not enough to cover every situation, especially to make the situation between aggressor and victim less uneven. In Criminal Law, this can cause injustices such as condemning a woman for defending herself.

Key words: self-defense; gender-based violence.

Sumário

Introdução	10
1 – A violência de gênero	11
1.1 - A violência de gênero: conceito, história e repercussões atuais	11
1.2 - Violência de gênero: repercussões sobre o estado emocional da mulher e suas (re)ações	14
2 – Legítima defesa.....	16
2.1 - Fundamentos doutrinários e filosóficos da legítima defesa	16
2.2 - A tipicidade na Teoria do Delito	18
2.3 - Análise sobre a legítima defesa: contornos dogmáticos e doutrinários do requisito “agressão humana injusta”.....	21
2.4 - Elementos intrínsecos à violência de gênero sob a luz da legítima defesa pré-ordenada	22
2.5 - O desenvolvimento doutrinário sobre o excesso de legítima defesa: a disparidade flagrante entre vítima e agressor e as questões controvertidas	25
2.6 - A ausência de animus necandi nas reações à violência de gênero	27
2.7 - A teorias do erro acerca das causas de justificação: exclusão do dolo e da consciência de antijuridicidade	29
2.8 - Erro de cálculo, putatividade e erro de execução na ação defensiva: as dificuldades na dosagem da reação.....	31
2.9 - Espectro de abrangência da legítima defesa: o excesso escusável sob a luz da tipicidade dos tipos permissivos e da primazia do animus defendendi	34
3- Dolo e Culpa	36
3.1 -O dolo e a culpa nos sistemas penais	36
3.2 - O problema do dolo e da culpa na determinação do excesso: o desalinhamento entre o escopo da norma e sua aplicação	38
4 - Os problemas na aferição do excesso.....	41
4.1 - “Caso Ana Hickmann”	41
4.2- Os problemas de abrangência do “excesso punível” e a (in)existência de uma previsão implícita do “excesso escusável”.....	43
4.2.1- A presença do “excesso não escusável” no Código Penal Militar	43
4.2.2 - A construção doutrinária do “excesso escusável” com contornos próprios.....	46
4.3 - Recente tentativa de implementação do excesso escusável e os óbices na redação do Pacote Anticrime	47
4.4 - O “excesso escusável” em versões não oficiais do Código Penal.....	48
4.5- Possíveis explicações para a mudança na versão final.....	49
5 - Legítima defesa e gênero	50
5.1- A legítima defesa contra a importunação sexual.....	50

5.2 - A tentativa de disciplina dos estados emocionais do agente no Direito estrangeiro.....	53
5.3 - Análise dos julgados	55
5.4 - A tutela estatal da vulnerabilidade da vítima	61
5.4.1 - As medidas cautelares como reconhecimento da condição da mulher	61
5.4.2 - A evolução da proteção do Estado via ação pública incondicionada.....	63
5.5 - Tentativas recentes de disciplina mais exauriente como evidências da insuficiência do tratamento existente.....	65
5.6 - Legítima defesa da honra	66
5.6.1 - A dupla faceta da discriminação na violência de gênero	66
5.6.2 - A incoerência na condenação pelo excesso em caso de violência doméstica	68
5.7 - A importância da autodefesa para o ordenamento sob a luz do homicídio qualificado....	70
Conclusão	72
Anexo: resumo dos julgados	75
Referências bibliográficas	77

INTRODUÇÃO

O escopo da pesquisa é discorrer sobre as questões depreendidas da interpretação da doutrina e, principalmente, da jurisprudência sobre a aplicação do instituto da legítima defesa no contexto da violência contra a mulher, delineando o binômio justiça-impunidade, a partir da análise de decisões condenatórias e absolutórias referentes a mulheres acusadas de fatos penalmente típicos, e cuja tese defensiva reside na invocação da legítima defesa.

Assim, o trabalho se destina a verificar em quais termos e com qual frequência são tidos como legítimos os motivos pelos quais a acusada tenha violado os limites do excesso “doloso ou culposos” da legítima defesa, nos moldes convencionais. Será aferida, na análise dos fundamentos das decisões, a presença de preconceitos e incongruências no entendimento sobre as limitações que se impõem em uma situação concreta. Afinal, dosar a reação frente a atos injustos em um momento de grande aflição e desespero, pode ser tarefa árdua por essência, para quaisquer indivíduos e, mais ainda, em face da dependência emocional e afetiva em relação ao agente da ação injusta: as balizas do certo e do errado, do excessivo e do proporcional são tão facilmente depreendidas nesses casos?

Também será buscada a tendência da doutrina em reconhecer elementos indutores ou inibitórios de determinados comportamentos na empreitada defensiva, refutando ou confirmando a tese preliminar de que o Judiciário adota uma postura combativa, tendente a conferir reflexos jurídico penais às escolhas da mulher, culminando na condenação.

As pesquisas jurisprudencial e doutrinária, seja na parte dogmática (o que evidenciará uma repetição de exemplos de situações concretas mais triviais), seja na parte voltada à maneira como violência de gênero afeta as vítimas, seriam aptas a corroborar a ideia de que o instituto da legítima defesa e o respectivo excesso não contemplam as particularidades desse fenômeno. Assim, sugere-se uma delimitação dos aspectos que configurariam um “excesso de legítima defesa”, de maneira mais precisa e assertiva do que a simples alusão ao dolo e à culpa, que assegure a teleologia do instituto, sem distorções.

Assim, a conclusão consistirá em atestar se a previsão expressa do “excesso escusável” poderia conduzir a uma análise mais consentânea com a condição da mulher acerca dos comportamentos que, sob a redação atual, seriam configurados como excesso doloso ou culposos.

1 – A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

1.1 - A violência de gênero: conceito, história e repercussões atuais

A violência conjugal, que ficou cunhada como “intimate partner violence” ¹, compreende um padrão de comportamentos abusivos e coercitivos, incluindo ataques físicos, sexuais e psicológicos e coerção financeira, perpetrados contra o(a) parceiro(a).

No mesmo sentido, assinala Bodelón: trata-se de práticas que redundam em violações a direitos fundamentais, atribuíveis a uma questão de estrutura social. Trata-se de “uma discriminação social, de uma estrutura social desigual e opressiva em relação às mulheres” ².

A *Lex Julia de Adulteriis* reprimia o adultério - atribuindo o direito de ação correspondente apenas aos maridos e aos pais - e as relações sexuais com a mulher viúva, que configurariam atentado ao pudor ³. Por intermédio de um estímulo negativo, buscava-se coibir uma situação que seria grave a ponto de ter *status* de delito, o que ilustra a misoginia endossada pelo Estado e perpetrada por intermédio do paternalismo jurídico. Por fim, a mulher adúltera deveria ser transformada em prostituta ou morta ⁴.

No “Costume de Namur”, direito posto, vigente em Flandres, no século XIV, lia-se, em seu art. 18: “o marido pode bater na mulher, cortá-la de alto a baixo e aquecer os pés no seu sangue desde que a torne a coser e ela sobreviva” ⁵. Disso, depreende-se que era conferida ao marido a prerrogativa de, em última análise, valer-se de qualquer conduta – hoje, felizmente, tipificadas como delitos – desde que não se revelassem letais.

¹ COKER, Ann L.; DAVIS, Keith E.; ARIAS, Ileana; DESAI, Sujata; SANDERSON, Maureen; BRANDT, Heather M.; SMITH, Paige H., *Physical and Mental Health Effects of Intimate Partner Violence for Men and Women*. In *American Journal of Preventive Medicine*, 2002, p. 261.

² BODELÓN, Encarna. *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012, p. 16. Original: “manifestación de una discriminación social, de una estructura social desigual y opresiva contra las mujeres”

³ KLABIN, Aracy Augusta Leme. *Estudos sobre as leis caduciárias*. In *Revista da Faculdade da Universidade de São Paulo*, jan/1997, p. 29.

⁴ AZEVEDO, Sarah Fernandes Lino de. *O adultério, a política imperial, e as relações de gênero em Roma*. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 20.

⁵ WOLKMER, Antonio Carlos; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. XXIV Encontro Nacional do Conpedi – UFS, p. 180. (<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/405y75l2/6OvP07QWysJT6UIH.pdf>, acesso: 13/05/2022).

Já o art. 1.185 do Código Civil português de 1867 atribuía ao marido “a obrigação de proteger e defender a pessoa e bens da mulher, e a esta a obrigação de prestar obediência ao marido” ⁶. No Brasil, o Código Civil de 1916, por sua vez, considerava incapazes as mulheres casadas, na pendência da sociedade conjugal ⁷.

Essa previsão foi suprimida apenas com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), que continuou estabelecendo, contudo, a premissa de que “o marido é o chefe da sociedade conjugal”, incumbindo-lhe, por exemplo, a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, quando o regime matrimonial o determinar. O Estatuto foi exitoso em suprimir a indispensabilidade da autorização do marido para o exercício da profissão, disposta expressamente no art. 242 do Código Civil de 1916.

O aparato que endossava tais comportamentos foi, progressivamente, diluído no tempo, até atingir o ponto em que tais condutas ganharam dignidade penal. Nessa espécie de progressão em direção à reprimenda oficial e social que hoje é imputada aos delitos perpetrados em relações de gênero, disposições como aquela supracitada cederam lugar a outras embasadas em preconceitos das respectivas épocas, disfarçadas, porém, de preocupação do Estado em relação às vítimas.

Toma-se como exemplo a redação do crime de estupro do Código Criminal do Império de 1830: ao prever “cópula carnal por meio da violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta” ⁸, excetuava, de plano, da tutela estatal a mulher que fosse considerada desonesta. A expressão também foi empregada no delito do art. 224, que enunciava: “seduzir mulher honesta, menor de dezessete anos, e ter com ella copula carnal”.

O art. 225 ⁹ do mesmo Diploma isentava das respectivas penas os réus que se casassem com as ofendidas. Depreende-se, aqui, a ausência de bem jurídico que subsistisse autonomamente: se pena não há é porque o fundamento que a legitima - a violação causada na esfera alheia de direitos - era considerado não ocorrido, ou, pelo menos, relativizado. Sob esse

⁶ (<https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1664.pdf>, acesso 16/05/2022).

⁷ Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos ([art. 147, n. 1](#)), ou à maneira de os exercer:
II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

⁸ Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

⁹ Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

prisma, a gravidade não residia em atentar contra a dignidade sexual da mulher, mas em violá-la sem que a isso correspondesse o casamento, como se a mudança do estado civil pudesse aplacar os danos causados.

Delitos como o estupro e o assédio sexual foram tipificados apenas com as leis 8.069/90 e 10.224/2001. O último foi introduzido já com o elemento descritivo “alguém”¹⁰, ao invés de prever que a ação nuclear deveria ser perpetrada contra a “mulher honesta” ou, simplesmente, “mulher”, como ocorreu com caso do estupro, até a mudança advinda da Lei 12.015/2009.

A figura do então existente “atentado ao pudor mediante fraude” passou a prever a expressão “alguém”, ao invés de “mulher honesta” apenas com a Lei 11.106/2005. Apesar do paulatino distanciamento daquelas ideias nefastas e primitivas, a sociedade brasileira – tendo no Direito Penal um reduto de suas concepções e aspirações – ainda padecia de flagrantes dissonâncias em seus valores, dada a mentalidade equivocada estruturalmente, que, como tal, resistiria aos efeitos do tempo.

A mentalidade da sociedade e do Estado sobre gênero, portanto, assumiu diferentes contornos em função do tempo. Se, anteriormente, havia um preconceito institucionalizado pelo Direito posto, nos dias atuais, a violência se convolou em altos índices de fatos penalmente típicos. Em 2018, foram reportados 66 mil casos de estupro no Brasil¹¹. O total de atendimentos da Polícia Militar a mulheres vítimas de violência aumentaram 44,9% no estado de São Paulo entre março de 2019 e março de 2020, enquanto a quantidade de feminicídios, no mesmo estado e no mesmo período, passou de 13 para 19 casos¹².

A vítima, em situações de violência sistêmica, é acometida de medo que entrava sua capacidade de socialização e autoestima, aliado ao quadro dependência financeira que comumente se verifica. O agressor, na maioria das vezes, logra convencê-la de que deve manter unida a família que constituíram e de que precisa dele resolver os próprios problemas. Em

¹⁰ Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.” [\(Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001\)](#)

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. [\(Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001\)](#)

¹¹ BOND, Letycia. SP: violência contra mulher aumenta 44,9% durante pandemia. <https://crianca.mppr.mp.br/2020/03/233/ESTATISTICAS-Estupro-bate-recorde-e-maioria-das-vitimas-sao-meninas-de-ate-13-anos.html>, acesso: 21/03/2022

¹² COSTA, Gilberto. Estupro bate recorde e maioria das vítimas são meninas de até 13 anos. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-04/sp-violencia-contra-mulher-aumenta-449-durante-pandemia>, acesso: 21/03/2022)

tópico pertinente, serão tratados de forma mais exaustiva esses fenômenos e explicitados seus desdobramentos, que, por transcenderem o convencional do ideário popular acerca da violência, são, muitas vezes, relativizados quando a discussão ganha relevância jurídica, principalmente quando é suscitada a tese da legítima defesa.

Afigurando-se de forma autônoma, ou como desdobramento da violência física (a agressão por excelência), todos esses fatores, embora constituam manifestações menos óbvias de violência, são igualmente exitosas em dificultar a tutela estatal e o exercício da autodefesa.

1.2 - Violência de gênero: repercussões sobre o estado emocional da mulher e suas (re)ações

Para ilustrar as consequências da violência doméstica sobre a saúde mental de mulheres, estudos constataram que os índices de depressão e estresse pós-traumático diagnosticado era maior entre mulheres agredidas, representando 63% e 40%, respectivamente, do que em um grupo de mulheres em geral, que são acometidas por depressão na proporção de 9.3% ¹³. Além das tendências à depressão, foram constatadas outras alterações, principalmente no que se refere à percepção de que o agressor seria “onipotente” e no sentimento de culpa, que suplanta, nessas mulheres, o senso de si.

Os desdobramentos sobre o estado psicológico da vítima são tão expressivos que constituem verdadeiros indicativos de ocorrência dessa violência. Para identificá-la, apura-se a existência de ferimentos na cabeça ou no pescoço e de depressão.

Se essas evidências já representam uma tendência natural, é razoável inferir que, em um cenário de nova agressão, a perturbação de ânimo seria potencializada, podendo se refletir na ação defensiva. Isso corrobora a tese de que a legítima defesa em contextos de violência doméstica assume contornos particulares, clamando por uma disciplina própria.

A situação gera ainda mais distorções quando a mulher agredida tem filhos. Conclui-se que “mulheres agredidas que são mães se preocupam com a sobrevivência e o abrigo da família

¹³ CAMPBELL, Jacquelyn C.; LEWANDOWSKI, Linda A. *Mental and physical health effects of intimate partner violence on women and children*, p. 356.

se elas saíssem daquela casa em razão das agressões”¹⁴. Além da violência cometida pelo companheiro abusador, as mães, principalmente as provenientes de classes menos abastadas, temem por outras fontes de violência, como drogas, assaltos, abuso sexual e a postura da polícia (no caso de filhos pertencentes a grupos étnicos marginalizados).

Conforme introduzido, existem outras nuances da violência íntima, que não se manifesta apenas na agressão física. Ao abordar mulheres e homens, em menor proporção, supostamente submetidos a essa realidade, pesquisas investigaram a presença de itens como gritos e xingamentos, comportamento ciumento e possessivo, a prática de chamar a atenção da vítima e envergonhá-la perante terceiros, a conduta de obstar o contato da pessoa com a própria família e de inquiri-la constantemente sobre com está. As conclusões sobre esses pontos compõem a chamada “escala de poder e controle”¹⁵.

O estudo evidenciou que os sintomas apresentados por mulheres abusadas se assemelhavam aos sintomas inerentes à ansiedade e depressão¹⁶. Sabe-se, também, que o comportamento abusivo pode vir conjugado à violência física. Assim, a vítima, ao fazer frente a ela, incutirá na ação defensiva esse agregado de experiências traumáticas e o medo da figura onipresente do agressor, conforme já mencionado.

Existem muitas variáveis que podem imprimir na maneira como essa reação se afigura, podendo redundar, até, em ausência de reação. Assim, os mesmos motivos que fazem com que a mulher fique inerte em relação às ações injustas perpetradas contra ela – e seja muito julgada por isso – podem convergir para uma autodefesa inoportuna, esbaforida, desesperada, intempestiva. Com efeito, a maneira como cada vítima conduz a situação de violência não pode se traduzir em postulados de comportamento exatos e extensíveis à universalidade das vítimas.

Formular prescrições acerca de como a vítima deveria ter procedido diante de uma agressão ou do que deveria ter feito na sua autodefesa importaria desconsiderar a complexidade da vida material, com todas as repercussões biológicas, sociais, familiares e individuais capazes

¹⁴ CAMPBELL, Jacquelyn C.; LEWANDOWSKI, Linda A. Mental and physical..., cit., p. 359. Original: “battered women who are mothers worry about the long-term effects of all of these experiences”.

¹⁵ COKER, Ann L.; DAVIS, Keith E.; ARIAS, Ileana; DESAI, Sujata; SANDERSON, Maureen; BRANDT, Heather M.; SMITH, Paige H., *Physical and Mental Health...*, cit., p. 261.

¹⁶ COKER, Ann L.; DAVIS, Keith E.; ARIAS, Ileana; DESAI, Sujata; SANDERSON, Maureen; BRANDT, Heather M.; SMITH, Paige H., *Physical and Mental Health...*, cit., p. 265.

de influir nessa dinâmica. Aqui, mais do que nunca, evidencia-se que o Direito não é uma ciência exata.

Conforme asseverado pela doutrina, a eventual desproporção cometida nos meios empregados pode ser decorrente do medo, que acomete muitas mulheres, de que o meio escolhido não será efetivo, de forma que o agressor resista e volte a atacá-la ¹⁷. Nesse sentido, de ninguém pode ser exigido aferir com precisão a medida da ação defensiva necessária ¹⁸.

2 – LEGÍTIMA DEFESA

2.1 - Fundamentos doutrinários e filosóficos da legítima defesa

O presente tópico se destina a introduzir a parte do Trabalho que é voltada ao estudo, sob o ponto de vista dogmático, da legítima defesa. A ciência dos aspectos que fundamentam a instituto é um ponto fulcral para a compreensão das razões pelas quais esse instituto é legitimado pelo ordenamento, o mesmo que condena a ação de matar e de ferir a integridade física de outrem.

Na violência doméstica, a legítima defesa assume especial relevo, pois, quando suscitada, enseja uma discussão que pode conduzir a uma situação em que a mulher, vítima de um flagelo social, é responsabilizada por uma conduta cujo risco deve imputado a outrem, aquele que tentou, injustamente, turbar os bens jurídicos mais caros à esfera de direitos de outrem.

Na identificação desses aspectos, é conveniente apresentar os conceitos de antijuridicidade formal e material. A primeira contradiz o princípio incriminador, que é mandamental; a segunda não focaliza a transgressão à norma, visto que anterior a ela, mas a o dano efetivo ou potencial para a coletividade.

¹⁷ Self-Defense and Gender-Based Violence. In *General Recommendation of the Committee of experts of the MESECVI (No. 1)*, p. 11. (<https://www.oas.org/en/mesecvi/docs/RecomendacionLegitimaDefensa-EN.pdf>, acesso: 02/02/2022)

¹⁸ BERNHOLTZ, Shira. *The Law, Women and Self-defense*. In *Atlantis Vol. 15 No. 1*, Scarborough, Ontario, p. 31.

Para Reale Jr.¹⁹, o debate acerca antijuridicidade material foi suscitado por um cenário de ressurgimento da filosofia, a partir da insurgência neokantianista em relação ao cientificismo de base positivista, e da necessidade de suprir lacunas do ordenamento, principalmente em relação à caracterização da ação socialmente adequada. O neokantianismo, de corte social-democrata, representa uma crítica ao normativismo típico do Código de Bismarck, que, mais punitivista, se coadunava com o positivismo da época.

A Escola de Marburgo²⁰ se debruçou sobre as ações que, embora não justificadas legalmente, não poderiam ser consideradas injustas. Seria legítimo sacrificar um valor em favor de outro, para além das discriminantes já previstas, a partir de uma comparação entre os bens. Essa aplicação foi reconhecida pelo Supremo Tribunal em um caso de aborto no caso de risco de vida à mãe. Trata-se da incidência do princípio do “meio injusto para um fim justo” da dogmática italiana.

Segundo Mayer, o ilícito seria a infração a uma norma de cultura, tendo em vista que o ordenamento é uma ordem de cultura²¹, que endossa alguns elementos pré-jurídicos. Se não houver, nos costumes e na moral, uma norma que desaprove a conduta, ela não pode ser considerada como contrária ao dever. Nesse sentido, a supralegalidade deveria ter lugar apenas em relação às discriminantes, não se aplicando à incriminação de fatos e critérios de punibilidade. Do contrário, ocorrerá a subversão da realidade em favor de regimes totalitários, nos quais o Direito é instrumentalizado segundo a vontade do líder.

Assim, as discriminantes supralegais, segundo Juarez Tavares, têm os seguintes substratos²²: necessidade, solidariedade, proteção individual, confirmação do direito e direito preponderante, bem como certas causas de marginalização social, em se tratando de países latino-americanos.

De toda forma, as excludentes de antijuridicidade e, mais especificamente, a legítima defesa, são reconhecidas pelo ordenamento por imprimirem a seguinte premissa: o indivíduo faz jus a um patrimônio jurídico no qual “ninguém poderá penetrar pela força sem o risco de se

¹⁹ CARVALHO, Salo de. *A materialização da antijuridicidade na dogmática jurídico-penal*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, jan/2020, p. 414.

²⁰ CARVALHO, Salo de. *A materialização da antijuridicidade....* cit., p. 415.

²¹ CARVALHO, Salo de. *A materialização da antijuridicidade....* cit., p. 417.

²² CARVALHO, Salo de. *A materialização da antijuridicidade....* cit., p. 432.

ver repellido com a força necessária”²³. Em se tratando de bens jurídicos de terceiro, a legítima defesa tem assento no sentimento de solidariedade humana.

O instituto da legítima defesa se destina a assegurar a liberdade pessoal do agredido, marcadamente quando a ameaça decorre de “comportamento ilícito de outrem”²⁴. Miguel Reale, por sua vez, assinala que a legítima defesa se funda na possibilidade de reação direta do agredido, quando seus interesses não podem ser resguardados pela atuação tempestiva do Estado²⁵.

2.2 - A tipicidade na Teoria do Delito

A legítima defesa é uma das causas de exclusão de antijuridicidade²⁶; elide, assim, o perfazimento do delito, definido como um fato típico, antijurídico e culpável. Antes de ser apresentada a questão sobre o erro quanto à legítima defesa, denotando ausência de consciência de antijuridicidade, a ser tratada em tópico próprio, é cabível uma análise sobre a evolução da tipicidade na Teoria do Delito. Esta é importante para o objeto do Trabalho, tendo em vista que a conduta praticada sob alegação de legítima defesa continua sendo um fato típico, o que não significa, conforme restará demonstrado, que possua a mácula da antijuridicidade, uma das condições para que se configure o delito.

Típico é a qualidade de um fato que se amolda ao que foi descrito pela norma (o tipo penal), desde que haja uma relação de causalidade entre a conduta em questão e o resultado fixado, que, contudo, não redunde, necessariamente, em uma mudança no mundo exterior.

A antijuridicidade é a contrariedade em relação ao ordenamento, sendo objeto de uma análise específica justamente pelo fato de haver uma presunção relativa em relação à ilicitude

²³ (<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-exclusao-da-ilicitude/legitima-defesa>, acesso: 13/05/2022).

²⁴ DIAS, Jorge Figueiredo, (2007), Direito Penal, Parte Geral - Questões Fundamentais, A Teoria Geral do Crime, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra editora.

²⁵ SETUBAL, Carla. Alegações finais. (<https://memoriasdeumadvogado.jusbrasil.com.br/modelos-pecas/398097557/alegacoes-finais-pronuncia>, acesso: 15/05/2022)

²⁶ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - em estado de necessidade

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

do fato típico, que resta justificado quando verificada a presença de alguma das causas excludentes de ilicitude. Elas estão enumeradas no art. 23 do Código Penal: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

A culpabilidade é o fator constitutivo do crime, visto que determina a reprovação pessoal pela ação ou omissão típica e ilícita. Enquanto as excludentes de ilicitude se configuram por circunstâncias objetivas, da conduta, os aspectos a serem observados na culpabilidade relativos à autoria: imputabilidade, inexigibilidade de conduta diversa e potencial consciência do ilícito.

Desse modo, é desejável uma breve análise sobre a antijuridicidade em sua perspectiva histórica, passando, também, pela tipicidade, definida como a descrição a que se amolda determinado fato concreto, em razão do enquadramento de suas características aos elementos do tipo.

Segundo Juarez Tavares, a origem do tipo remonta às

“[...] obras de autores germânicos do século XIX, como STÜBEL e VON LISZT, especialmente este último, ao exigir como característica do crime a cominação legal de uma pena. Em todas essas obras, entretanto, o tipo é compreendido em sentido amplo, como o próprio delito, e não particularmente, como seu elemento fundamentador (TAVARES, 2000, p. 131)”.

Essa proposta evoluiu para o estágio em que se reconheceu a existência do aspecto objetivo (tipicidade e antijuridicidade) e do aspecto subjetivo (culpabilidade) do delito, culminando na noção de tipo como uma categoria autônoma constituinte do crime, com ele não se confundindo. Assim, o injusto consistiria no tipo, descritivo dos delitos, e na antijuridicidade, traduzindo a contrariedade ao ordenamento após uma valoração para aferir a eventual existência de norma justificante.

Então, sob a perspectiva de outros doutrinadores, a expressão “tipicidade” não mais designaria a soma de todos os fatores que, uma vez presentes, ensejariam a reprimenda como consequência do crime. Segundo Beling, a tipicidade (Tatbestand), na verdade, estaria adstrita aos elementos descritivos do crime, que, por sua vez, estaria desvinculado da culpabilidade e da antijuridicidade, daí a existência do tipo como neutro e infenso a valores. O tipo se resumiria

à “descrição da imagem externa de uma ação determinada” ²⁷. É essa desvinculação que explica a presença do “dolo” na culpabilidade, e sua concepção como *dolus malus*, conforme tratado no tópico referente ao dolo e à culpa na Teoria do Delito.

Progressivamente, deu-se o exaurimento dessa concepção clássica, pois insubsistente a explicação do injusto apenas por intermédio de elementos objetivos, tornando imperativa, logo, uma reestruturação das categorias do delito.

Para Mayer, a tipicidade seria a *ratio cognoscendi* ²⁸, um indicativo da ilicitude, mas não um componente indissociável desta última, como acreditava-se até então. Tratar-se-ia de presunção *iuris tantum*. A antijuridicidade conserva sua independência em relação ao tipo.

Segundo a doutrina majoritária, trata-se da teoria mais consentânea com o ordenamento brasileiro. Destarte, a existência de três elementos para a Teoria do Delito dita a análise a ser realizada pelo Judiciário, que deve considerar, primeiramente, a subsunção do fato à norma, que não será suficiente para perfazer o crime se, na segunda etapa da análise, restar concluído que o agente agiu sob uma das excludentes de antijuridicidade.

A crítica atual a essa doutrina é fundada no fato de que a ilicitude já existia quando da elaboração do tipo, já que ele tem lugar na proteção de bens jurídicos, assim reconhecidos pelo Legislativo, que incutiu na descrição a carga de valoração negativa. Assim, seria mais coerente a visão segundo a qual “o tipo é tipo de ilícito” ²⁹, nos dizeres de Figueiredo Dias.

Mezger, aderindo à teoria da *ratio essendi*, preconiza que o tipo, ao invés de indicador, seria verdadeiro portador da antijuridicidade ³⁰. Logo, configura-se o injusto tipificado “sempre que não exista uma causa justificativa”.

A adoção da *ratio essendi* inaugura a terceira fase da evolução do conceito de tipo, elidindo a “neutralidade valorativa” ³¹ do modelo de Beling, ao considerar a antijuridicidade como da essência da tipicidade. Como consequência, essa adstrição seria passível de ser

²⁷ PEREIRA, Gabriela Xavier. *A evolução histórica do tipo em Direito Penal da independência por Beling à concepção significativa de Vives Anton*. In Publicatio UEPG, abril/2008, p. 315.

²⁸ PEREIRA, Gabriela Xavier. *A evolução histórica do tipo...*, cit., p. 316.

²⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge De. *Direito Penal Parte Geral Tomo I, Causas de justificação*, p. 401.

³⁰ MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal I*. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: revista de Derecho Privado, 1955, p. 364-367. Original: “dicho tipo es el próprio portador de la desvalorización jurídico-penal que el injusto supone”.

³¹ PEREIRA, Gabriela Xavier. *A evolução histórica do tipo em Direito Penal da independência...*, cit., p. 316.

rompida pelas causas de justificação, que atuariam como elementos negativos do tipo, conforme foi cunhado por Bittencourt ³², tendo aptidão para excluir a antijuridicidade, uma vez verificados no caso concreto. Segundo os críticos da teoria, o problema reside, justamente, nessa relação quase indissociável entre os conceitos, o que implicaria, em última análise, em considerá-los como uma coisa só.

2.3 - Análise sobre a legítima defesa: contornos dogmáticos e doutrinários do requisito “agressão humana injusta”

O artigo 25 do Código Penal de 1940 dispõe: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

O primeiro requisito é da ação humana voluntária. Da pessoa posta em perigo por um ataque convulsivo epilético de outrem, por exemplo – considerado uma não ação – não se exige que suporte a correspondente ameaça, mas a conduta será regida pelos preceitos do estado de necessidade. Contudo, a voluntariedade não tem como consectário necessário o dolo, nem mesmo o eventual. Há controvérsias doutrinárias, mas a agressão pode decorrer “até mesmo de um comportamento imprudente ou até mesmo procedente de uma conduta de um inimputável” ³³. Destarte, a hipótese de o agressor inimputável não ter ciência desse caráter não elide a ilicitude da ação, que deve ser aferida de “forma objetiva” ³⁴.

Roxin admite a agressão humana na forma comissiva por omissão. Pode-se intentar uma ação de legítima defesa contra a inércia do garante no momento fulcral para o resultado pelo qual respondia. Por exemplo, seria possível que alguém intervenha para obrigar uma mãe a alimentar o filho recém-nascido quando, podendo, opta por não fazê-lo, violando seu dever jurídico de evitar o resultado ³⁵.

³² PEREIRA, Gabriela Xavier. *A evolução histórica do tipo em Direito Penal da independência...*, cit., p. 317.

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4ª. ed. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 303.

³⁴ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 152.

³⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoria Del Delito*. Madri: Civitas, 1997, p. 557,

O ordenamento isenta de antijuridicidade situação de putatividade (quando o indivíduo ataca outro que, anteriormente, lhe prometera a morte e leva a mão ao bolso para retirar objeto que, depois, constatou-se não ser uma arma), mas não aceita o inverso. Continua antijurídica a conduta de alguém que tem o ânimo de ferir alguém, sem que soubesse da agressão que o outro praticaria e que faria com que a conduta do primeiro, injusta, passasse a ser justa. Com efeito, Regis Prado disserta: “a citada legítima defesa subjetiva ou putativa não se constitui na verdade uma legítima defesa”³⁶.

Magalhães Noronha tem reservas quanto a esse entendimento, sustentando que a legítima defesa se perfaz se

“um criminoso se dirige à noite para sua casa, divisando entre arbustos um vulto que julga ser um policial que o veio prender e, para escapar à prisão, atira contra ele, abatendo-o, mas verifica-se a seguir que se tratava de um assaltante que, naquele momento, de revólver em punho, ia atacá-lo”³⁷.

Ao enfatizar que o assaltante ia atacá-lo, depreende-se que o autor prima pela necessidade da defesa, ainda que dela não tenha consciência o indivíduo. Aferir a efetiva intenção nesse sentido não é determinante, já que teria optado por reagir se soubesse da ameaça que se impunha. A ideia central é a de que a ausência do elemento subjetivo do tipo permissivo não tem o condão de obstar a acolhida da legítima defesa, já que ela tem como cerne a imprescindibilidade da defesa do próprio bem jurídico pelo seu titular.

2.4 - Elementos intrínsecos à violência de gênero sob a luz da legítima defesa pré-ordenada

Tanto a legítima defesa pré-ordenada quanto o excesso de legítima defesa considerado punível ocorrem ao largo de algum dos requisitos que o Código atribui ao tipo da legítima defesa: enquanto a primeira padece da falta de atualidade ou iminência, o segundo extravasa o que se entende pelo uso moderado dos meios necessários.

³⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral e Parte Especial*, 17ª ed.. Ed. Forense, 2019, p. 404.

³⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol. 1, 31ª. ed., Saraiva, p. 201.

Os efeitos que a violência de gênero opera em relação à vítima podem ser exemplificados a partir do caso Judy Norman ³⁸, que matou o marido após duas décadas e meia de casamento. Nesse ínterim, a mulher foi submetida a tratamento agressivo e degradante, tendo sido queimada com cigarros e obrigada a se alimentar com comida de cachorros. Na véspera do homicídio, fora espancada pelo marido, optando, contudo, por não registrar o ocorrido, em razão do medo de represálias.

A tese da legítima defesa pré-ordenada teria apoio nesses motivos que inibem a mulher de denunciar as agressões, já que eles refletem, justamente, as amarras do medo, da vergonha, ou do sentimento de culpa. Se, enfim, ocorre a tomada de consciência da necessidade de se defender – seja pela denúncia, ou, dada a urgência do momento, pelas próprias mãos – ela não deve ser acometida de um novo medo, agora, de que seu destino fique ao alvedrio daquilo que o intérprete concebe por excesso doloso ou culposos.

Justamente por isso, é imperativo um tratamento mais benevolente, sob pena de desencorajar a autodefesa – que, conforme restou demonstrado, já é naturalmente obstada por diversos fatores – e de chancelar flagrante injustiça, punindo a mulher por uma situação da qual foi, durante todo os eventos que culminaram com a reação, uma vítima.

Mirabete assevera que “não se concebe a legítima defesa sem a certeza do perigo, e esta só existe em face de uma agressão imediata, isto é, quando o perigo se apresenta *ictu oculi* como realidade objetiva” ³⁹. Na forma como definiu o requisito para o instituto, essa premissa poderia depor contra a tese da legítima defesa pré-ordenada, tendo em vista que a vítima, por ser a pessoa que irá suportar os efeitos da agressão, pode ser mais sensível a uma percepção de que está a ser agredida, mas que, não existe no mundo dos fatos.

Em se tratando de violência doméstica, especificamente, uma mulher estaria tendente a supor que estaria sempre na iminência de ser atacada, principalmente quando se considera a situação de violências sucessivas e o impacto que elas exercem sobre o estado psicológico e

³⁸ NETO, Orlando Faccini. *Uma análise sobre a legítima defesa e o caso das mulheres agredidas no ambiente doméstico*. In Revista Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, p. 213.

³⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 179, *apud* PARANÁ. Tribunal de Justiça. Recurso em sentido estrito 01205729. Comarca de Ortigueira. Relator Des. Oto Luiz Sponholz. Recorrente Moacir de Jesus Ribeiro dos Santos. Julgamento 6 de Junho de 2002.

emocional da vítima. Nessa esteira, Fletcher preconiza que, em sede de discussão da legítima defesa, ideia de “iminente” deve ser delineada a partir da perspectiva daquele que reage.⁴⁰

A franca expansão da legítima defesa pré-ordenada, contudo, poderia resultar em uma tendência à prática de ações preventivas pela própria vítima, em detrimento dos mecanismos estatais de prevenção franqueados às mulheres, criados pelo Poder Público. Também poderia ocorrer a justificação indiscriminada de fatos típicos – aqui, homicídios – nos quais a necessidade do meio letal como único apto a fazer frente a agressões futuras é controversa, dissonando demasiadamente dos contornos do instituto da legítima defesa.

Adotando uma postura refratária à tese da legítima defesa pré-ordenada, Noronha pontua que a legítima defesa não “existe contra agressão futura nem contra a que já cessou”⁴¹.

Diferenciando-se da legítima defesa pré-ordenada, a legítima defesa tida como excessiva, ao contrário, preenche os requisitos da atualidade ou iminência. Esse medo dificultaria a adstrição ao elemento do uso moderado dos meios necessários, podendo culminar na impossibilidade de determinar-se segundo essas métricas, já que não necessariamente foram concebidas para momentos de grande aflição por força das circunstâncias – daí a admissão do excesso, desde que não doloso e não culposos, e as previsões em outros diplomas, como tentativas de se conferir maior tolerância em casos obscuros e limítrofes.

Justamente para evitar tal cenário, tem-se a legítima defesa como a tônica da autodefesa da mulher vítima de violência de gênero. Se comparada à ausência do requisito da iminência, e, no limite, da própria existência da ameaça, a utilização de meios que transcendem o que se entende como necessário, por excelência, impacta de uma forma mais branda o instituto.

De toda forma, a lógica empreendida nos argumentos daqueles que militam em favor da legítima defesa pré-ordenada, e que se revela de maneira premente no caso Judy Norman, é mais um fator que reitera a necessidade de um tratamento mais exauriente sobre o excesso da legítima defesa.

⁴⁰ FLETCHER, George P. *With Justice for Some: Victims' Rights in Criminal Trials*, p. 146. Original: “in the context of the doctrine of self-defense, the definition of ‘imminent’ must be informed by the defendant’s perceptions”.

⁴¹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal – Introdução e Parte geral Volume 1*, 38ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 196.

No caso supramencionado, o medo de agressões futuras privou a vítima de confiar seus bens jurídicos ao Estado, mesmo em face do aparato que ele sabidamente mantém, em razão do *jus puniendi* ⁴², definido como a faculdade exclusiva de impor sanções. Ora, se a perturbação no estado emocional da mulher é tamanha nesses contextos de violência de gênero, é razoável suscitar que ela repercutiria nos outros desdobramentos do mesmo fenômeno.

2.5 - O desenvolvimento doutrinário sobre o excesso de legítima defesa: a disparidade flagrante entre vítima e agressor e as questões controvertidas

Feita a análise sobre a condição de vulnerabilidade em que se encontra a mulher vítima de violência doméstica, o presente tópico evidenciará que ela pode estar sujeita a uma segunda vitimização, em face de uma eventual condenação injusta, já que não é facultado à vítima da agressão injusta a possibilidade de reagir de forma indiscriminada. Não é consentâneo com a própria teleologia do instituto que assim fosse, mas é certo que os esforços envidados pela doutrina sobre o tema dizem respeito, na maior parte das vezes, a situações de disparidade mais convencionais entre os envolvidos no fato, mas que não se devem a um flagelo de cunho sociológico. O tratamento mais voltado aos exemplos já conhecidos, sem se imiscuir na aplicação do instituto à violência doméstica, revela a conflituosa relação entre os temas, a qual, muitas vezes, parece não ter solução.

No que tange aos requisitos para o reconhecimento da legítima defesa, deve ser empregado o meio necessário que, dentre os disponíveis à vítima, é o mais próximo do binômio “meio idôneo, e menos gravoso, para repelir a agressão” ⁴³, nas palavras da doutrinadora portuguesa Sara Leitão Moreira.

O meio necessário, assim, é o que se reputa “menos lesivo colocado à disposição do agente no momento da agressão”, nos termos de Fernando Capez ⁴⁴. A observância do requisito da necessidade não se confunde com a forma como é empregado; é possível conceber um meio

⁴² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro...cit.*, p. 98.

⁴³ MOREIRA, Sara Leitão. *A violência dita doméstica – fecha-se uma porta, trancam-se duas janelas?*, p. 9. (https://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/3.3.4_Sara_Filipa_Leitao_de_Maia_Moreira.pdf, acesso: 5/11/2021)

⁴⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Volume 1, parte geral*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 311.

necessário utilizado de maneira desmedida, assim como um meio mais lesivo utilizado de maneira moderada.

As lições doutrinárias, quando se propõem a tratar das características inerentes aos indivíduos envolvidos, concebem exemplos elucidativos – que, de tão ilustrativos e didáticos, são quase artificiais - de uma hipossuficiência manifesta de uma das partes. Diante disso, seria manifesta a necessidade uma flexibilização na análise do que configuraria um “uso moderado dos meios necessários”, afastando eventual excesso por culpa ou dolo, conforme prescreve o p. único do art. 23 do Código Penal.

Invoca-se o seguinte trecho da obra de Eugênio Pacelli e André Calegari: “o idoso, percebendo que estava na iminência de ser injustamente agredido pelo lutador, desfere um tiro de espingarda contra ele, matando-o”⁴⁵. Ainda que o lutador pretendesse atentar contra o idoso apenas em relação à sua integridade física, o meio utilizado pelo segundo era o único disponível para a garantia de seu bem jurídico.

Na esteira de exemplos mais caricatos e de fácil apreensão, Zaffaroni refuta a aplicabilidade da legítima defesa em um cenário hipotético da pessoa que, tendo somente uma arma à disposição, desfere um tiro em quem lhe furtava maçãs, sustentando que o Direito não poderia referendar o emprego de um meio “tão enormemente lesivo”⁴⁶ para evitar uma lesão pouco expressiva.

Contudo, carecem de um consenso doutrinário explícito nesse sentido os casos mais limítrofes, nos quais – pelo menos não *a priori* – não são tão díspares as condições e aptidões dos agentes envolvidos. Ao mesmo tempo, a incidência da letra fria da lei, em relação a eles, conduziria a uma série de iniquidades.

Em que pese os méritos no desenvolvimento desses exemplos, principalmente para fins didáticos, não se pode incorrer no erro de invocar um dos exemplos que exprimiriam uma conduta não culposa e não dolosa para concebê-la como a única. Não há um protótipo do

⁴⁵ PACELLI, Eugênio; CALEGARI, André. *Manual de Direito Penal Parte geral...*, cit., p. 329.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 613, *apud* NETO, Orlando Faccini. Uma análise sobre a legítima defesa e o caso das mulheres agredidas em ambiente doméstico.

excesso não punível que pressuponha a existência das variáveis descritas pela Doutrina em seus exemplos do mundo ideal.

Miguel Reale se aproxima de um desenvolvimento nesse sentido, ao afirmar que atingir a vida de quem agride com seguidos socos não é considerado desproporcional, ao contrário da conduta de atingir a tiros a criança que invade o pomar. É meritória por reafirmar os exemplos mais patentes e desenhar contornos de um excesso que não deveria ser enquadrado como desproporcional, embora essa conclusão seja menos patente ⁴⁷.

Não se pode ignorar a existência de condutas que diferem entre si e em relação às aquelas concebidas pela doutrina, mas que ocorreram nos moldes de um suposto excesso doloso ou culposo por circunstâncias não atribuíveis à vontade do agente. As condutas tidas por unanimidade como não culposas – do idoso debilitado que mata o lutador, por exemplo – também foram, afinal, moldadas pelo contexto ao qual elas se reportam; são, apenas, mais facilmente identificáveis.

No tópico a seguir, serão citadas as premissas que, no caso da violência de gênero, embasam a necessidade de uma análise mais condescendente em relação à essa disparidade, tendo em vista que a subjetividade do agente que se afigura quando a ação é impulsionada pela intenção de se defender é um dos elementos do tipo da legítima defesa, apesar de entendimentos minoritários que pregam sua dispensabilidade, conforme tratado anteriormente.

2.6 - A ausência de animus necandi nas reações à violência de gênero

Seja em decorrência dos instrumentos dos quais se vale a vítima ou da intensidade no emprego de tais instrumentos, as reações valoradas como excessivas, em muitos contextos de violência de gênero, não são produto de um processo deliberado de ultrajar um dos elementos da legítima defesa. Essas discrepâncias, na dogmática, constituem os chamados “erros”, na execução ou na avaliação das circunstâncias fáticas no momento da ação típica, que serão esmiuçados nos tópicos seguintes.

O excesso de legítima é punido tal como um fato típico por um motivo. Não se pode frustrar o que o instituto tem de mais característico: incentiva-se uma ação que opera como uma

⁴⁷ JUNIOR, Miguel Reale, *Instituições de Direito Penal*, 1ª. edição, Editora Forense, 2002, p. 159.

espécie de *longa manus* do Estado, que lhe faça as vezes quando ele não é capaz de proteger um bem jurídico cujo sacrifício seria injusto se exigir; ao mesmo tempo, evita-se que seja endossada, pelo ordenamento, uma conduta que resultará em dano maior do que o necessário para aplacar aquele que ameaçava o bem jurídico em questão, daí o estabelecimento, no tipo permissivo, das métricas a serem respeitadas ⁴⁸.

Destarte, a mera inércia não poderia ser exigida de alguém na iminência de uma turbação de seus bens jurídicos. Do contrário, a morte de um homem dada a outro homem configuraria, sempre, um homicídio, fato típico, antijurídico e culpável. Assim, não fossem as diferenças entre ações de dois contextos fáticos – uma injusta agressão que tenha precedido uma ação, mas não a outra - não haveria diferença no tratamento jurídico de resultados idênticos (a morte), suprimindo de um a mácula da antijuridicidade.

Tanto nos casos *Sauvage* e *R. v. Antley*, quanto nos casos *Norman* e *R. v. Cochrane*, ainda não mencionados, são comuns situações que discrepam do que o julgador concebeu como uso moderado dos meios necessários. Antes de uma conduta comissiva imbuída de *animus necandi*, um elemento anímico especial do dolo ⁴⁹ que se funda no propósito deliberado de agredir, o que se verifica é um fenômeno diverso. Trata-se de uma avaliação ou execução errônea, assumindo a forma de um dos tipos de erro descritos acima, por força de sensações que se impõem no momento do fato, como implicação natural de todo o contexto de violência que culminou na autodefesa e na conduta que motivou a reação.

Nesse sentido, imperativos os ensinamentos de Bechara:

“A aplicação da proporcionalidade transparece em suas diferentes vertentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) no sentido de determinar que: (i) se a conduta do agente retrata uma ação eminentemente interna, socialmente irrelevante por não revelar qualquer ameaça a um bem jurídico, o Direito Penal não será desde logo um meio adequado a coibi-la [...]”⁵⁰.

⁴⁸ JUNIOR, Miguel Reale. *Instituições de Direito Penal...*, cit., p. 161.

⁴⁹ Nesse sentido: “O *animus necandi* é definida como a “vontade livre e consciente de realizar a conduta dirigida à produção da morte de outrem”. PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral e Parte Especial*, 17ª ed. Ed. Forense, 2019, p. 759.

⁵⁰ BECHARA, Ana Elisa. *Bem jurídico penal*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014, p. 196.

Por isso, é preciso preservar o instituto da legítima defesa, que consiste em tornar justa uma conduta típica e, conseqüentemente, excluir a persecução penal que recairia sobre ela. Pela mesma lógica do princípio da proporcionalidade e de outros que dele decorrem, por exemplo, o princípio da insignificância enquanto excludente de tipicidade material, o Direito Penal não deve se imiscuir nas questões em que não se há o *animus necandi*.

A legítima defesa, principalmente sob o enfoque da violência doméstica, não tem o condão, sequer, de violar injustamente um bem jurídico. Assim, se o Direito Penal não se revela adequado para coibir certas situações que representam transgressões muito pequenas em relação a sanção cominada, isso ocorre, com mais razão, em face de uma conduta cuja antijuridicidade foi excluída, e, portanto, não perfaz o delito, segundo a concepção tripartite do delito (o delito como sendo um fato típico, antijurídico e culpável), conforme exposta anteriormente.

2.7 - A teorias do erro acerca das causas de justificação: exclusão do dolo e da consciência de antijuridicidade

É pertinente uma análise acerca da consciência de antijuridicidade sob o ponto de vista dogmático, tendo em vista que sua ausência pode decorrer de um erro acerca das discriminantes putativas, entre as quais se inclui o erro sobre a legítima defesa. Destarte, no que toca ao objeto do Trabalho, é muito recorrente o erro sobre os limites da legítima defesa, mais precisamente, na dosagem dos meios necessários para fazer frente à agressão, conforme tratado em tópicos anteriores.

A legítima defesa tem respaldo no ordenamento por não ser exigível que o bem jurídico de quem não concorreu para sua turbacão ceda em favor do bem jurídico daquele que o fez, com uma ação contrária ao ordenamento. Justamente por isso, alguém que age em legítima defesa não possui, com razão, consciência de antijuridicidade, justamente pelo comportamento em questão ser endossado pelo Estado, que não comina pena para um fato típico cuja antijuridicidade foi excluída.

Em consequência, aquele que pensa agir em legítima defesa também não tem consciência do caráter ilícito da conduta, mas não logra afastar a antijuridicidade porque o cenário tal qual foi concebido e que motivou a defesa não tem correspondência na realidade fática. Assim, a putatividade – ausência de conduta injusta a ensejar a defesa – e o erro no

dimensionamento da conduta em questão, se considerados justificáveis, serão considerados erros aptos a provocar efeitos tais como os descritos a seguir.

Destarte, a doutrina ⁵¹ é pacífica no sentido de que o erro relativo à existência de uma causa de exclusão da ilicitude e o erro relativo aos limites de uma causa de exclusão da ilicitude configuram erro de proibição indireto. Então, será tecida uma breve descrição acerca da relação entre o erro, a exclusão do dolo e a exclusão da culpabilidade.

Segundo Claudio Brandão a consciência da antijuridicidade consiste na percepção, prévia ao acontecimento no mundo dos fatos, do caráter ilícito da ação. O doutrinador assinala que Direito brasileiro acolhe a consciência da antijuridicidade material, em que a apreensão desse caráter ilícito se deve ao agregado de experiências da vida em sociedade, sem pressupor o conhecimento da norma que condena a ação. O indivíduo, conforme seu crescimento, vai construindo um código de comunicação, que proporciona um senso acerca do que é querido pelo Direito e do que não é querido, culminando na consciência da antijuridicidade.

O dolo e a culpa serão objeto de tópico próprio, não obstante, é imperativa uma breve introdução sobre a evolução desses conceitos na teoria do delito para possibilitar a discussão sobre os efeitos da ausência de consciência da antijuridicidade sobre o perfazimento do delito.

Com os postulados de Von Litz, a consciência da antijuridicidade atribuída ao dolo um elemento normativo, que fazia com que o dolo, ainda pertencente à culpabilidade, deixasse de ser entendido como uma simples vontade. Com o finalismo, diante da noção de que toda a ação humana é dirigida a um fim, o dolo passou a integrar o tipo, enquanto a consciência da antijuridicidade “é a própria culpabilidade” ⁵², de forma que a ação e a vontade a ela inerente se convoem em ação e vontade culpável.

Os finalistas adotam Teoria Estrita da Culpabilidade, pela qual a ausência de consciência da antijuridicidade é, invariavelmente, um erro de proibição. Como consequência, o erro quanto às discriminantes putativas excluiria, sempre, a culpabilidade. Sob a perspectiva da Teoria Limitada da Culpabilidade, o erro que incidir sobre os limites da causa de justificação

⁵¹ (<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/erro-de-proibicao#:~:text=O%20erro%20de%20proibi%C3%A7%C3%A3o%20C3%A9,pois%2C%20de%20excludente%20da%20culpabilidade>, acesso: 08/06/2022)

⁵² BRANDÃO, Cláudio. *A consciência da antijuridicidade*. In Revista de Informação Legislativa, out/dez 1997, p. 58.

provocarão o mesmo efeito; se, contudo, disser respeito à própria existência da causa de justificação, será equiparado ao erro de tipo, excluindo o dolo.

De toda forma, a consciência da antijuridicidade não estaria inserida na antijuricidade propriamente dita: a segunda seria um juízo de reprovação sobre o fato; a primeira, um juízo de reprovação sobre o autor do fato. Assim, é possível que um fato seja antijurídico e não seja culpável, uma vez afastada a consciência da antijuridicidade, mas o contrário não é verdadeiro: não há que se falar em juízo de culpabilidade se não há, sequer, juízo de antijuridicidade.

Para a Teoria Estrita do Dolo, contudo, a consciência da antijuridicidade é elemento de dolo. Assim, o erro de tipo exclui o elemento psíquico do dolo (a vontade de praticar o fato típico), enquanto o erro de proibição exclui o elemento normativo do dolo (a consciência da antijuridicidade).

A Teoria Limitada do Dolo também concebe a consciência da antijuridicidade como elemento do dolo, mas reconhece que ela pode ser apenas potencial. Assim, é dispensável, para configurar o dolo, a consciência da antijuridicidade quando a conduta do autor é “incompatível com uma concepção sã, de conforme ao direito e de contrário ao direito”⁵³, encerrando uma “cegueira jurídica”.

Foi feita uma exposição sobre a posição em que se situa a antijuridicidade para evidenciar que, quando ausente, seja por convolar-se em erro de proibição, seja na forma de erro de tipo, convergir, para o não perfazimento do crime. A depender de cada uma das principais teorias desenvolvidas, a ausência de consciência de antijuridicidade terá uma repercussão em categorias diversas da teoria do delito, redundando, em qualquer caso, na não incidência de pena.

2.8 - Erro de cálculo, putatividade e erro de execução na ação defensiva: as dificuldades na dosagem da reação

De posse das informações a respeito do reflexo da violência de gênero sobre as atitudes e condições psicológicas da mulher agredida, bem como dos critérios para se reconhecer

⁵³ BRANDÃO, Cláudio. *A consciência da antijuridicidade...* cit., p. 60.

determinada conduta como legítima defesa, convém discorrer sobre a maneira como eventual excesso é classificado pela dogmática.

Cogita-se, em primeiro lugar, da “negligência no dever de cuidado objetivo, em mero erro de cálculo”⁵⁴ no uso dos meios. A segunda circunstância indicativa de excesso residiria em uma modalidade de legítima defesa putativa. A terceira hipótese ilustra uma espécie de excesso de execução.

No primeiro caso, a mulher mensura de forma fidedigna a intensidade da agressão. A violação da noção de proporcionalidade também não está na execução, mas há uma mácula na escolha dos meios necessários, ou seu uso moderado, para fazer frente à referida agressão. Isso ocorre, cumpre pontuar, de maneira súbita e instintiva.

Em se tratando da violência de gênero, o fato de a acusada não estar no pleno domínio de suas emoções – por força dos fatores já mencionados – pode fazer com que ela incorra no erro de acreditar – no desprezível interregno de tempo que ela possui para calcular seus próximos passos – que determinado meio seja necessário, quando, na verdade, é desproporcional.

Invocar a evitabilidade nesses casos é totalmente refratário à dignidade humana, às premissas das problemáticas de gênero e aos próprios preceitos que a norma penal buscou resguardar. Tal erro seria inevitável, por ter sido motivado pelos fatores já mencionados. Eles, além de não serem atribuíveis à acusada e não estarem no âmbito de seu controle, inclusive, a tornam vítima, não apenas da ameaça de agressão injusta (o fato típico), mas da própria realidade material contra a qual ela se insurgia mediante autodefesa.

Se houve boa fé no sentido de que determinado meio fosse necessário – quando a maior preocupação da vítima é de que ele não fosse insuficiente – eventual excesso não seria, afinal, condenável a ponto de ensejar a reprimenda. O fato de o meio empregado ter sido, posteriormente, em uma análise fria e impessoal, reputado desproporcional não elide a legitimidade dos esforços empreendidos para resguardar bens jurídicos de tamanha monta.

⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 70077169639. Relator Luiz Mello Guinardes. Julgamento 26 de abril de 2018.

Caso frustrada a demonstração fática de que sempre fora essa a intenção da ação defensiva, que se faça valer a tese supramencionada: a razoabilidade da ponderação inerente à legítima defesa milita em favor da pessoa que teve, em primeiro lugar, o bem jurídico injustamente ameaçado.

Pode-se cogitar de uma segunda situação, em que a violação do dever de cuidado objetivo precedeu o cálculo do sopesamento dos meios, que seria, em si, correto para a agressão, caso esta tivesse ocorrido tal qual fora imaginada pelo sujeito que pretende se defender.

Seria o caso da mulher que, ao se valer da legítima defesa, executa sua ação em total adstrição à reação que considerou necessária. Não haveria, assim, nenhum excesso na passagem entre a maneira como a ação defensiva foi concebida pela pessoa que se defende e a sua execução. Na verdade, o descompasso ocorreu entre a gravidade da ação injusta que efetivamente ocorreu e o potencial lesivo que a vítima atribui a ela.

Na hipótese levantada, o indivíduo não erra quanto a uma situação inicial de legítima defesa, visto que os pressupostos fáticos da causa de justificação estavam, de fato, presentes, embora não na dimensão considerada pela vítima da ação injusta. Não seria o caso, propriamente de legítima defesa putativa, que consiste em um erro quanto aos pressupostos fáticos da causa de justificação, provocado pela falsa percepção da realidade. Trata-se de um *excessus defensionis*, uma defesa que ultrapassa a medida da necessidade que, originariamente, endossava sua aplicabilidade, sendo caso de crime culposos, no qual a excludente sequer se afigura⁵⁵.

De toda forma, esses equívocos, sejam na aferição da gravidade da agressão atual ou iminente, sejam na ponderação da maneira como ela deve ser repelida, configuram erro de tipo, que, se invencível, excluirá o dolo e a culpa, isentando o agente de pena. Se tal erro for “vencível”⁵⁶, poderá ser punido pelo excesso cometido a título de culpa.

A terceira hipótese seria uma espécie de “erro de execução”, que não está relacionada aos tipos incriminadores, mas à legítima defesa, em que a mulher agredida tem ciência daquilo que configuraria o uso moderado dos meios necessários, sem que haja nenhuma deturpação no

⁵⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentário ao Código Penal*, vol. I, tomo II, 5ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2018, p. 236.

⁵⁶ JESUS, Damásio de. *Direito penal, parte geral*. 31a. ed. São Paulo: Saraiva, p. 436.

juízo sobre a intensidade da agressão e nenhum descompasso entre essa e a que o sujeito entende como necessária para a reação, ou entre a ação desejada [proporcional] e a produzida. Trata-se de uma hipótese em que o sujeito não consegue determinar sua conduta naqueles moldes.

Tal excesso não poderia ser enquadrado no âmbito da putatividade, já que não aduz aos elementos do tipo permissivo, seja na intensidade da agressão atual ou iminente ou o uso moderado dos meios necessários, mas residiria em um hiato entre a representação psicológica, que precede a ação, e a maneira como ela se concretiza.

2.9 - Espectro de abrangência da legítima defesa: o excesso escusável sob a luz da tipicidade dos tipos permissivos e da primazia do *animus defendendi*

Em face da evolução do tratamento da antijuridicidade na Teoria do Delito, é cabível discorrer sobre a abordagem que deve ser conferida aos seus institutos, a fim de que seja preservada sua teleologia.

Segundo David Teixeira de Azevedo, a tipicidade, além de um princípio que deve informar as normas incriminadoras, por ser indissociável dos preceitos do Estado Democrático, se aplica aos tipos permissivos da parte geral. No mesmo sentido, Helena Regina Lobo da Costa, dissertando sobre a obra de Miguel Reale Junior: esses institutos “devem ser tomados como modelos típicos relativos a uma ação concreta”⁵⁷.

Assim, a legítima defesa não se afigura sem a constatação de que havia consciência e vontade sobre todos os elementos do tipo permissivo. Em outras palavras, quem age em legítima defesa precisa ter a intenção de repelir injusta agressão, atual ou iminente, valendo-se do uso moderado dos meios necessários.

Destarte, há que se observar o *animus defendendi*: não obstante seu caráter objetivo, a legítima defesa não prescinde, em quem reage, da vontade de defender-se⁵⁸. No tocante aos

⁵⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Discurso em homenagem a Miguel Reale Júnior*. In: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014.

⁵⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 380-380.

elementos imperativos subjetivos e objetivos dos tipos permissivos, Mestieri leciona: “o atuar para se defender (reação) integra o tipo subjetivo”⁵⁹.

Segundo Liszt, a ação de legítima defesa, além de ser não punível, seria conforme o Direito, o que assume especial relevo na situação de violência doméstica. Nesse caso, a legítima defesa seria um meio do qual se vale a mulher para aplacar a situação de conflito e vulnerabilidade em que vivia e da qual, pela própria essência, tem dificuldades de sair.

Dessa forma, um tipo permissivo, que torna justa a conduta típica, deve albergar o maior número possível de situações materialmente justas, de forma a evitar a incriminação. Isso não importa emprego da analogia, em detrimento da legalidade, tão cara ao Direito Penal, que prescreve que a norma jurídica deve ser escrita, clara, certa e extensa quanto a ação delituosa.

O que se verifica é, justamente, o contrário. Padece do mesmo problema de tipicidade, esvaziando sua própria teleologia, um instituto que se destina a excepcionar a incidência da norma incriminadora, mas não engloba situações que, em uma análise mais profícua e consoante à dignidade da pessoa humana e à condição da mulher, ensejaria absolvição. Destarte, punir alguém que, pelo menos segundo a justiça material, é inocente é pior do que ser permissivo com alguém que merece ser punido.

Por isso, um olhar mais condescendente do julgador não consistiria em analogia, de forma a inserir no miolo do tipo um outro bem jurídico que reporta a valores a serem reformulados pelo agente através da reprimenda. O que se verifica é um propósito diametralmente oposto, estendendo a absolvição - reafirmando a lógica da pena como *ultima ratio* - para suportes fáticos não contemplados pela forma excessivamente condensada do art. 23, parágrafo único: “o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.

⁵⁹ FRAGOSO, Christiano. *Sobre a necessidade do animus defendendi na legítima defesa*. (<http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/08/arquivo1.pdf>, acesso: 15/03/2022).

3- DOLO E CULPA

3.1 -O dolo e a culpa nos sistemas penais

Convém discorrer sobre o dolo e a culpa, por serem esses os aspectos que ensejam a responsabilização do agente pelo excesso da legítima defesa, muito recorrente no contexto de violência doméstica, justamente em razão dos danos gerados à vítima e das repercussões sobre suas reações, conforme exposto anteriormente. O excesso, tendo apenas o dolo e a culpa como métricas, é passível de ser caracterizado como doloso ou culposo quando, na verdade, não o é, ensejando as condenações injustas de mulheres vítimas dessas situações.

Por isso, é cabível que seja traçados seus contornos, a fim de reforçar o fato que as situações que constituem o objeto do trabalho – de legítima defesa como decorrência de ameaças e agressões reiteradas – em muito se diferenciam daquelas que convencionalmente seriam tidas como eivadas de dolo ou culpa.

O p. único do art. 23 do Código Penal enuncia que, em se tratando de qualquer excludente de ilicitude, dispostas no *caput* do dispositivo, o agente “responderá pelo excesso doloso ou culposo”. Então, antes de introduzir o tema da violência doméstica, como substrato à análise da adequação da atual previsão do “excesso de legítima defesa”, será tecida uma breve descrição sobre a evolução dos institutos do dolo e da culpa no Direito Penal.

O Código Penal dispõe, em seu art. 13, que “o resultado, de quem depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”. Assim, foi concebida, no ordenamento brasileiro, a causalidade regida pela teoria da equivalência dos antecedentes e da conditio *sine qua non*, segundo a qual a ação ou omissão e as causas concorrentes são condição *sine qua non do resultado*, uma vez que o nexo causal entre este e a conduta subsiste “pela interferência cooperante de outras causas”⁶⁰.

Para fins de responsabilidade penal, a ação ou omissão será causa do resultado quando, mediante um processo de supressão hipotética, o resultado *in concreto* não teria ocorrido. Uma vez ultrapassado o crivo da objetividade da imputação, incidem o dolo e a culpa *stricto sensu*, limitando o conceito de “causa” e inibindo a regressão infinita às condições antecedentes.

⁶⁰. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol. 1... cit., p. 117/118.

O dolo é a vontade livre e conscientemente direcionada ao resultado antijurídico, podendo ser direto, quando promove um ato de vontade para a consecução de um resultado que prevê como certo, ou eventual, quando assume o risco de um resultado que tem como provável ou possível. Segundo o art. 18, I, do Código Penal, o crime é doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Para o finalismo, o dolo assume a forma de *dolus naturalis*; para o sistema causal-natural, *dolus malus*, imbuído da consciência, pelo agente, de que infringe norma moral, costumeira ou jurídica. Tratava-se da “pura direção finalística da vontade, ético-juridicamente neutra” ⁶¹, que, como tal, é parte integrante da ação voluntária. A falta de consciência atual da ilicitude exclui, invariavelmente, o dolo e, logo, a culpabilidade.

Com o finalismo, a ação deixa de consistir em um simples movimento corpóreo voluntário, assim preconizada pelo sistema causal-natural. Restou concluído que a ação tende a um fim juridicamente relevante; o tipo penal não é um modelo jurídico imune a valores, de forma que a tipicidade da ação depende de um elemento que encerra a subjetividade do agente, daí a relevância do que se convencionou tratar por “desvalor do ato” ⁶².

Assim, o que até então pertencia à “culpabilidade” passa a integrar a ação realizada pela vontade, de forma que “constituiria um pleonismo falar em ação dolosa” ⁶³. Destarte, o dolo pertence ao tipo penal subjetivo, ao lado do objetivo (que encampa elementos descritivos e normativos) e da culpa, que é elemento normativo do tipo penal. A antijuridicidade constitui o aspecto objetivo, enquanto a culpabilidade se funda em aspecto subjetivo, redundando em reprovabilidade caso verificadas a potencial consciência do ilícito e a inexigibilidade de conduta diversa.

Com efeito, sob o prisma da teoria extremada da culpabilidade, de raiz finalista, o erro de tipo exclui o dolo, que deve recair sobre todos os elementos do tipo; exclui, logo, a própria tipicidade, já que o dolo já se encontra - como elemento subjetivo (consciência e vontade da ação) - incutido no tipo penal. É permitida, contudo, a responsabilização a título de culpa, já que o dolo não estaria adstrito a uma consciência atual da ilicitude, mas potencial.

⁶¹ HUNGRIA, Nelson. *A teoria da ação finalística no Direito Penal*. In Revista do Ministério Público, 1995, p. 16.

⁶² TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, 4ª. Ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 165. .

⁶³ HUNGRIA, Nelson. *A teoria da ação finalística no Direito Penal...* cit, p. 16.

O sujeito age com culpa quando deixa de empregar a atenção ou diligência necessárias para evitar a lesão de bens jurídicos alheios previstos (culpa consciente) ou previsíveis (culpa inconsciente). Não se fala em culpa se o advento do resultado “escapava à previdência comum”, nem de dolo, em face de coação irresistível ou erro essencial. O crime se diz culposos “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”, nos termos do art. 18, II, do Código Penal.

3.2 - O problema do dolo e da culpa na determinação do excesso: o desalinhamento entre o escopo da norma e sua aplicação

Conforme mencionado acima, o legislador brasileiro se vale de um conceito dogmático da Parte Geral do Código para explicar um tipo permissivo - também da parte geral - que tem como escopo, justamente, a adequação de determinados aspectos da realidade fenomênica, transplantando suas peculiaridades para a análise realizada pelo julgador, na recomposição dos fatos, assegurando um tratamento mais equânime a casos que não comportam punição.

Esse exercício não prescinde de ponderações sobre a realidade das relações humanas, que são imbuídas de medo, impulso, desespero, fragilidade, etc. Assim, seria mais profícuo à verificação da censurabilidade e a evitabilidade do excesso, na recomposição do contexto, que tais elementos fossem pontuados na redação da excludente. Ao invés disso, temos um modelo que condensa todos esses pontos em uma única expressão (“excesso doloso ou culposos”), na expectativa de que todas essas variáveis fossem apreendidas pelo julgador.

No cenário em que subsistem ideias conservadoras e machistas, não se peca pelo excesso ao incutir, na redação da excludente, um indicativo daquilo a que o julgador deve se atentar em sua análise.

O art. 23, parágrafo único, do Código Penal se resume a dispor que o agente “responderá pelo excesso doloso ou culposos”; ao prever a ausência de dolo e culpa como o polo do qual se irradiarão as métricas de uma ação conforme o Direito, claudica na sua própria missão, de conferir tratamento jurídico que guarde pertinência com a realidade fenomênica. Dela, é possível depreender o dolo e a culpa apenas de forma mediata, o que pressupõe a interpretação de sentimentos humanos.

É sob o prisma do que de fato ocorreu que deve ser analisado o caráter censurável de uma determinada reação, já que o contexto de sucessivas agressões em contexto de violência de gênero, conforme exaustivamente mencionado, exerce grande influência na conduta de qualquer pessoa e, mais ainda, daquelas que se encontram na iminência de sofrer uma turbacão em seus bens jurídicos mais primados.

Com efeito, Reale Júnior reconhece que, não obstante a defesa não possa transcender o que seria absolutamente necessário para ela, a necessidade deve ser julgada do ponto de vista daquele que realiza a ação defensiva, e não do agressor ⁶⁴. O problema é que o Código não fornece o instrumental mais adequado para se apurar se a utilização de determinado meio foi resultado de um intento deliberado da vítima da agressão ou das circunstâncias nas quais ela se encontrava.

O autor reconhece a existência do excesso doloso, culposo, derivado de caso fortuito, derivado de erro ou exculpante.

O fato de terem sido enumerados esses fenômenos, citando o caso fortuito, o erro ou o fato exculpante como motivos aptos a justificar a defesa tida como excessiva, pode ser encarado como indicativo de uma insuficiência na redação do excesso do Código Penal. Se o autor não se contentou em mencionar a [ausência de] dolo ou culpa, é porque essas expressões não são suficientes para esgotar as variáveis do corte excesso punível - não punível.

O excesso passível de responsabilização depende da presença da culpa; como consequência, tudo o que não é culposo é não punível. Um tema de tamanha importância, especialmente por ser regido pela análise do caso concreto, mereceria tratamento mais exauriente.

Assim, seria mais consentâneo com o princípio da segurança jurídica e com a natureza do próprio instituto que houvesse critérios que, de fato, pontuassem as características de um excesso não punível, ao invés de deixá-lo a cargo de uma explicação de natureza residual, que, em razão disso, também acaba se tornando demasiadamente subjetiva. Para ilustrar esse ponto,

⁶⁴ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal...*cit, p. 93.

recorre-se à definição de excesso exculpante estabelecida por Junqueira e Vanzolini ⁶⁵: trata-se do excesso que decorre de perturbação, medo ou susto.

Destarte, na ausência de uma explicitação, os sentimentos como os supracitados não redundariam, necessariamente, em excesso não punível, já que o aplicador do Direito pode interpretar que o fato de o agente não estar em seu perfeito ânimo quando da ação defensiva não elide o seu caráter doloso ou culposos. Juízes mais punitivistas exigiriam uma situação excepcionalíssima, quase ficcional, para relativizar a estrita proporcionalidade e a necessidade da legítima defesa segundo o Código, na ausência da delimitação de outros vetores.

Essa conduta dos Tribunais é alvo de crítica em parte da doutrina francesa, com o caso Jacqueline Sauvage como pano de fundo, a mulher que matou o marido, um “alcoólatra violento” ⁶⁶, com três tiros nas costas, após quatro décadas de abusos contra ela e seus filhos. Se existe um lapso temporal entre a reação e a conduta humana agressiva que a ensejou, os tribunais tendem a afastar a legitimidade da defesa, interpretando-a como vingança.

Essa interpretação mais estrita, que exige a reação imediata do agredido denuncia a ausência de uma revisitação, pelos julgadores, de certos preconceitos e impropriedades. Questiona-se, por exemplo, por que uma mulher se valeria de um mecanismo tão violento para assassinar o próprio marido, após tantos anos de violência. Não por acaso, essas concepções equivocadas também são atribuídas, pela Doutrina Francesa, à ausência de disciplina, no respectivo código, do instituto da legítima defesa que incorporasse a “perda de controle” ⁶⁷.

A defesa sustentou que a reação defensiva, que transcendeu os parâmetros ordinários prescritos pela legislação, deveria ser analisada sob a luz dos abusos sofridos na constância do casamento. Consequentemente, o requisito da imediatidade deveria ser expandido até a medida em que fosse consentâneo com a atuação de uma mulher abusada.

Em resumo, o julgador estaria menos compelido a acatar esses fatores como suficientes para afastar a hipótese da culpa. Seria mais difícil contestar a decisão, já que os parâmetros que

⁶⁵ FONSECA, Barbara Machado Moura. *O excesso na legítima defesa em razão do medo, emoção ou surpresa*. In Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v.16, n. 35, nov/2021, p. 108.

⁶⁶ (<https://www.rfi.fr/br/franca/20161228-presidente-frances-perdoa-mulher-condenada-por-marido-que-abusava-da-familia>, acesso: 13/05/2022)

⁶⁷ FITZ-GIBBON, Kate. *Domestic Violence and the Gendered Law of Self-Defense in France: The case of Jacqueline Sauvage*. In: Science + Business Media B.V, nov/2017, p. 316.

a tornariam ilegal têm assento em preceitos como a proporcionalidade e a dignidade humana, o que não é depreendido imediatamente da letra fria do Código.

Destarte, como as únicas métricas do excesso são o dolo e a culpa, a única coisa que se pode afirmar é que o excesso não punível resulta na não-culpa e no não-dolo. Assim, não haveria violação manifesta e direta ao texto caso alguns aplicadores do Direito atribuam status de culpa aos fenômenos, na análise objetiva, exorbitem dos critérios do art. 25 do Código Penal.

4 - OS PROBLEMAS NA AFERIÇÃO DO EXCESSO

4.1 - “Caso Ana Hickmann”

No presente capítulo, os potenciais erros na ação defensiva serão ilustrados a partir de um caso real. As análises realizadas pelo julgador têm acontecido à revelia dos ditames da justiça material e da equidade, sendo muito mais mandatórias acerca daquilo deveria ter sido feito, do que parcimoniosas na busca pela reconstrução dos fatos e pelos desdobramentos que eles teriam na esfera psicológica e na atuação da mulher. Na verdade, nas palavras de Fletcher, “responsabilizar a mulher por matar importa atribuir ao homem o status de vítima”⁶⁸.

Destarte, “o papel do jurista não é manter os conteúdos normativos estabelecidos pelo poder, mas substituí-los por outros conteúdos mais condizentes com as exigências da justiça e voltados para a realidade social”⁶⁹.

Com efeito, a explicitação de outros elementos, além da ausência de dolo ou culpa, na delimitação de um excesso aceito pelo ordenamento, a ser subsumido ao caso concreto, pode ser desejável, também, em outros casos. Trata-se daqueles não inseridos no recorte de gênero, mas que não integram aquele grupo de exemplos doutrinários comumente citados para fins didáticos, por serem emblemáticos, chegando a ser ilustrativos, de tão claros que são os seus elementos.

Nos casos mais limítrofes e complexos, não é cristalino se uma vítima se defendeu de uma agressão enquanto imbuída de um sentimento de raiva ou ódio, ou de medo, susto, emoção,

⁶⁸ FLETCHER, George P. *With Justice for Some: Victims' Rights in Criminal Trials*, p. 146. Original: “appreciating women’s responsibility for killing implies a recognition of men as victims”.

⁶⁹ COELHO, Luís Fernando. *Lógica Jurídica e interpretação das leis*. São Paulo: ed. Malone, 2004, p. 388.

aflição e outros tidos como não censuráveis, para empregar a terminologia da doutrina portuguesa.

Um exemplo que elucida essa questão é o “Caso Ana Hickmann”, no qual o réu efetuou disparos de arma de fogo que resultaram na morte da vítima, para repelir agressão praticada por ela, que, portando uma arma de fogo, rendeu o réu, sua esposa e sua cunhada, Ana Hickmann. A tese de que o réu agiu em legítima defesa – que, em uma análise apriorística, aparenta ter exorbitado dos limites do instituto – é conflituosa, aqui, pela resistência ao reconhecimento do *animus defendendi*..

Foi sustentado que o denunciado estava imbuído “da vontade de matar”, o que seria evidenciado pela lesividade da conduta autodefensiva, visto que ela provocou a morte da vítima. Assim, o excesso que se verificou no mundo dos fatos não subsiste senão em face do “*animus necandi*”, não se cogitando das dificuldades na dosagem da reação enquanto uma causa apta para ensejar o excesso, que, seria, portanto, escusável.

Justamente por ser um tema intimamente relacionado ao deslinde do acontecimento, eventual excesso não pode ser considerado como punível sem que se proceda à reconstrução dos fatos, sob pena de se penalizar uma iniciativa que seria empreendida por qualquer homem médio.

O caráter escusável do excesso em casos como este fica patente, então, a partir do depoimento do réu, que é, na verdade, a maneira de aferir, com fidedignidade, a perturbação mental causada pela agressão injusta e suas repercussões sobre a atitude do réu. Se ela foi condizente à maneira como o réu – justificadamente - assimilou aquele cenário no qual estava envolvido, não há razão fundada para se punir o excesso.

De fato, não há que se falar em erro vencível diante de acontecimentos como os narrados: a vítima não soltava o gatilho; gritava ‘eu vou te matar’, mesmo após os pedidos para que soltasse a arma; ‘contornou’ a arma para atingi-lo. Não há motivos para duvidar de que o excesso, nesse caso, se deve a fatores outros que não a emoção, o medo e o instinto de salvar a própria vida, na iminência de novas agressões.

A maior evidência disso está no fato de que o réu efetuou três tiros, quando acreditava ter desferido dois, apenas. Destarte, a perícia concluiu que o réu “proferiu os tiros de modo

sequencial e imediato”⁷⁰. O julgador, sem ter experimentado tamanha pressão, que enquadra como inescusável uma reação frente a uma circunstância como a narrada está, em última análise, negando a própria natureza humana, que, ao contrário, não é capaz de se despir de toda essa carga de sentimentos ao realizar uma ação.

Acertada, então, a decisão do Tribunal, ao afastar a hipótese de excesso culpável: “o réu esteve sob forte tensão, juntamente com sua esposa e sua cunhada, por quase 20 (vinte) minutos, sob a mira de um revólver portado por uma pessoa que demonstrava estar completamente desequilibrada”.

Essas distorções na apreciação judicial são ainda mais prováveis, em se tratando da violência contra a mulher. Esta, além de ser caracterizada por uma relação de vulnerabilidade entre os envolvidos, é potencializada por aspectos históricos e sociológicos e, além disso, possui contornos próprios em cada caso. Os fatos típicos perpetrados nesses contextos de violência, contudo, são especialmente indicativos de que a redação do excesso, além de não contemplar todas as possibilidades da vida material – tanto em situações ordinárias, quanto de violência de gênero – claudica na garantia de isonomia que deve nortear todo o ordenamento.

No caso dos crimes contra a dignidade sexual, por exemplo, é recorrente uma crença de que eles não seriam dotados de lesividade; não fariam jus, assim, à gravidade das penas cominadas. A premissa de que essas condutas não ferem a expectativa social na intensidade em que o fazem outros fatos típicos é um reflexo da mentalidade iminentemente machista e conservadora no Brasil, que, não raramente, invoca lugares comuns que contribuem, inclusive, para culpabilizar as próprias vítimas.

4.2- Os problemas de abrangência do “excesso punível” e a (in)existência de uma previsão implícita do “excesso escusável”

4.2.1- A presença do “excesso não escusável” no Código Penal Militar

A tese de que a ausência de positivação sobre o excesso escusável pode ser um dos óbices ao seu reconhecimento pelo Judiciário é reforçada por um caso julgado pelo STM (STM – Apelação (FO): APELFO 48692 – AM 2001.01.048692-5). Nele, o autor, que

⁷⁰ Tribunal de Minas Gerais, AC 1.0024.16.091114-5/001. Relator do acórdão Des.(a) Júlio César Lorens. Julgamento 10/09/2019, p. 3.

pleiteava a legítima defesa, e vítima eram irmãos, soldados do Exército. A decisão majoritária concedeu, em vários momentos, o benefício da dúvida ao acusado, preconizando que:

“O excesso, caso tenha ocorrido, está amparado pela emoção, que é essencialmente subjetiva. Exigir que o agredido pense bem, reflita, delibere num desses terríveis momentos (veemente emoção e completa abolição da consciência), é o mesmo que exigir que ele se deixe vencer pelo adversário [...] Reconhecida a legítima defesa e o excesso escusável”

Foi empregada uma fundamentação muito robusta acerca do tratamento que deve ser dispensado ao excesso, o que fica evidenciado, inclusive, pela utilização da denominação “excesso escusável”, tal como consta no Código Penal Militar, em seu artigo 45, parágrafo único.

Seguramente, existe uma cultura de enobrecimento dos militares no Brasil, vistos como um contraponto à desordem e à impunidade. Ainda que o “excesso escusável” não estivesse positivado, existiriam muitas variáveis que tendem a um julgamento mais condescendente, inclusive quando não se trata de crimes propriamente militares. Inclusive, a Corte se vale a doutrina alemã segundo a qual

“os requisitos legais da legítima defesa, em favor de quem a invoca, não devem ficar na dependência da prova extrema de dúvidas (zweifelsfrei feststehen), impondo-se a absolvição, desde que não possa refutar as alegações do acusado de que tenha agido em legítima defesa” (Eduard Kern).

Até mesmo a existência desse posicionamento, talvez, se deva à previsão legal que existe nesse sentido. Conforme será tratado em capítulo próprio, o Código Penal Alemão enumera um conjunto de circunstâncias subjetivas daquele que faz uso da legítima defesa. A ausência de previsão legal semelhante no ordenamento brasileiro inibe o desenvolvimento de trabalhos nesse sentido; reforça, então, as mesmas preocupações sobre a desproporcionalidade, com aqueles exemplos doutrinários sobre a diferença no porte físico dos envolvidos, por exemplo, para ilustrar o excesso culposos.

Seja pela ausência do dispositivo no ordenamento brasileiro, seja pelos marcadores culturais de abordagem, o mesmo tratamento dificilmente é replicado quando da análise da doutrina brasileira acerca da legítima defesa na violência doméstica.

Pode-se suscitar a hipótese de que o “excesso escusável” já estaria implícito no ordenamento, visto que poderia ser depreendido, por um critério residual, no enunciado que prevê o excesso punível. Restaria ao julgador, apenas, reconhecer a ausência de dolo e de culpa e afastar a punibilidade do excesso.

Essa hipótese também tem apoio na tese de que o legislador teria optado pela redação que melhor explicitasse que é do julgador a atribuição de verificar o excesso doloso ou culposos, de posse da matéria fática. A proporcionalidade que imprime na utilização moderada dos meios necessários “será identificada mediante análise conjuntural das circunstâncias que contribuíram para as ocorrências da agressão e da reação” ⁷¹.

Destarte, o legislador não poderia antever todas as circunstâncias possíveis. É meritória, contudo, a intenção de evitar que um indivíduo - que já se encontra em uma situação de fragilidade, vulnerabilidade ou hipossuficiência em relação ao autor da agressão injusta - encontre, no próprio direito, um óbice ao tentar fazer frente a ela.

Para não perder seu escopo, é desejável que o tipo permissivo seja flexível na mesma medida em que o caso concreto destoe do estado de coisas concebido pelo legislador, sob pena de, em última análise, se aceitar que alguém fosse punido - já que a antijuridicidade subsistiria - por força de circunstâncias alheias à sua vontade. Ocorre que, em alguns casos, essa salvaguarda ocorre apenas em teoria. Essa pretensa flexibilidade é substituída por uma postura combativa e intolerante, conforme restou demonstrado nos acórdãos.

Os crimes cometidos contra a condição da mulher reforçam o argumento de que a noção do excesso não doloso e não culposos não é suficiente. O problema reside, justamente, na utilização de conceitos como dolo e culpa, que não contemplam todos os fatos da vida material, podendo, pela ausência de outros contornos, atuar como um vetor que se molda ao que pretende o legislador em cada caso, podendo, inclusive, guarnecer seus preconceitos e incorreções. De

⁷¹JESUS, Damásio de. *Direito penal...cit.*, p. 390.

toda sorte, a positivação é um fator relevante para que a sentença absorva as finalidades dessa modalidade de excesso, resultando em um tratamento mais condizente.

O “excesso escusável”, naturalmente, está em consonância com a dignidade humana, com a isonomia e com a própria teleologia da legítima defesa. Contudo, isso não corrobora a tese de que haveria uma previsão implícita e, ao mesmo tempo, mandatória e autoaplicável, no sentido de impor a análise dos elementos subjetivos. Segundo essa óptica, a falta da sua enumeração não seria uma lacuna, mas uma forma de evitar redundância; não geraria, assim, efeitos práticos dignos de preocupação.

4.2.2 - A construção doutrinária do “excesso escusável” com contornos próprios

A própria definição do excesso culposos evidencia que o excesso “não culposos”, por um critério residual, não é supedâneo de outras modalidades. O primeiro consiste, segundo a doutrina, em uma situação em que

“o indivíduo seja atacado por alguém desarmado [...] Exibindo o agressor compleição física avantajada, o agredido se apossa de um pedaço de madeira para rechaçar os socos que receberia. Por falta de cuidado, no entanto, acaba atingindo a cabeça do agressor, que falece em virtude dos ferimentos”

Esse exemplo ilustra a mesma situação que a Doutrina costuma retratar para ilustrar os conceitos, ao explicitar que o agressor possuía “compleição física avantajada” ⁷². Além disso, prevê a imprudência no erro de cálculo ou de execução, que é uma outra etapa da ação, posterior à análise da gravidade da ameaça que ensejará a defesa.

Assim, é razoável concluir que não existe expressamente uma modalidade de excesso que seja mais precisa para a análise de um caso em que o agente (I) superdimensiona a agressão iminente e (II) está em uma situação hipossuficiente que não se deve apenas ao porte físico, mas a um histórico de ameaças e abusos físicos e psicológicos, como ocorre na situação da mulher vítima de violência doméstica.

⁷² (<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-exclusao-da-ilicitude/excesso>, acesso 29/03/2022)

Ademais, há entendimentos doutrinários que reconhecem que o excesso escusável enfrenta “certa dose de rejeição pela doutrina e jurisprudência”⁷³. Isso atesta que o Judiciário é permeado por tendências punitivistas e que a previsão atual não encampa o excesso escusável, já que, se o fizesse, os intérpretes não teriam tamanha facilidade em rejeitá-lo.

Afirma-se, também, que a situação de excesso exculpante – definido corretamente como relacionado a “profunda revolta de ânimo que acomete o agente” – pode ter a “culpabilidade afastada por inexigibilidade de conduta diversa”. O reconhecimento do instituto da exigibilidade da conduta diversa como apto a justificar um excesso não atribuível à culpa, será verificado em outros julgados.

4.3 - Recente tentativa de implementação do excesso escusável e os óbices na redação do Pacote Anticrime

O Projeto, anunciado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, propunha a inclusão de um segundo parágrafo no referido art. 23, que trata da legítima defesa, com a seguinte redação: “o juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção”.

As críticas ao dispositivo aludem a quatro aspectos. Primeiramente, de que há um erro técnico no emprego da expressão “deixar de aplicá-la” no que se refere à pena, uma vez que remeteria ao instituto da punibilidade, sendo que a discussão envolve aspectos fundantes da legítima defesa, uma das causas de exclusão da ilicitude. Uma vez que a ilicitude é afastada, não há, sequer, que se falar em crime.

Em segundo lugar, muitos argumentavam que seriam demasiadamente vagos ou imprecisos os elementos de que se valeu o responsável pelo Projeto para isenção ou redução da pena cominada ao agente pelo crime que restou configurado. Isso sustentáculo legal a abusos perpetrados por policiais, que já são muito recorrentes no Brasil, convergindo para o aumento da impunidade desses agentes.

Por último, ressaltar o medo, a surpresa e a violenta emoção das hipóteses que configurariam o excesso da legítima defesa seria tornar factível o cometimento de atos ínsitos

⁷³ Masson, Kleber. *Direito Penal – Parte Geral – Esquematizado – Vol. 1*, 8ª. Ed., 2014, p. 447.

a situações interpessoais problemáticas (principalmente as afetivas), que se manifestam, justamente, por esses elementos. Seria o caso, por exemplo, dos crimes passionais ou da legítima defesa da honra.

Não há que se falar em imprecisão de tais críticas. As duas últimas, em face da tradição patriarcal e do racismo que ainda assolam o Brasil, são particularmente assertivas. Contudo, há que se reconhecer a parte louvável: prever o medo, a surpresa e a violenta emoção, enquanto exemplificativos de uma situação excepcional, a ensejar tratamento consoante à excepcionalidade, pode ser uma maneira de conferir supedâneo legal à parte mais vulnerável dessas relações.

Está a se falar, justamente, daquelas mulheres que precisam proteger seus bens jurídicos ante a omissão da sociedade e do Estado, sem que o medo da reprimenda lhes prive de dispensar esforços para se defender da maneira que elas acreditavam ser cabível, nas circunstâncias consideradas em seu conjunto e nas condições do momento.

4.4 - O “excesso escusável” em versões não oficiais do Código Penal

O dispositivo atinente à legítima defesa tal como consta atualmente no Código Penal, com a reforma da Parte Geral de 1984, reproduz a descrição do tipo permissivo em sua redação original, no Código de 1940. Esta apresentou uma evolução em relação ao modelo de 1890, que, em seu art. 34, exigiu a impossibilidade de receber socorro como um pressuposto para a legítima defesa, que não teria lugar senão “em proporção da agressão”, o que praticamente obstaría uma reação “ex improviso”.

O Código de Motivos do Código de 1940, em contrapartida, enunciou que seria “dispensada a rigorosa propriedade dos meios empregados, ou sua precisa proporcionalidade com a agressão”. Não obstante, esse modelo não figurou na versão que efetivamente entrou em vigor, citada acima.

O Anteprojeto de Nelson Hungria para o Código de 1969, revogado pela Lei 1978 antes de entrar em vigor, foi pioneiro na menção expressa ao “excesso não punível”. O fenômeno foi conceituado como aquele que resulta de “escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação”. A ideia, obviamente, não foi efetivada, já que o referido Código foi

revogado pela Lei 1978 antes de entrar em vigor; não representou, assim, uma quebra de paradigma.

Urge questionar por qual motivo uma delimitação sobre o excesso não punível – inclusive o próprio emprego do termo – tenha sido recorrente em Exposições de Motivos e nos projetos, mas não se convolou em norma nos respectivos Códigos. A redação, de fato, é passível de interpretações que distanciam o instituto de um de seus escopos legítimos, tratado neste Trabalho: o de conferir isonomia a uma situação de violência particularmente conflituosa em razão de uma hipossuficiência que, além de manifesta em razão de características biológicas, se reporta a fatores psicológicos e sociológicos.

4.5- Possíveis explicações para a mudança na versão final

Uma parcela da doutrina assevera que uma redação que delimitasse as características de uma ação tida como não punível (medo, surpresa, perturbação de ânimo) facilitaria que ações verdadeiramente reprováveis assumissem contornos de legítima defesa. Ao alegarem que estavam imbuídos dessas exatas emoções no momento da ação, agentes lograriam excluir o caráter antijurídico da ação. Para mantê-lo, ou, pelo menos, para a culpabilização a título culposo por força do excesso incorrido, seria preciso, necessariamente, provar que o agente não estava submetido a esses fatores.

Em contrapartida, se não houvesse a previsão expressa desses fatores como conformadores da legítima defesa, o autor da conduta, para afastar o dolo e/ou a culpa, teria a difícil tarefa de provar a proporcionalidade de sua defesa em relação à agressão, já que essa é a relação é o cerne da legítima defesa. Não haveria que se falar em legítima defesa sem a “proporção da agressão” (nos termos do Código Penal de 1890) ou o “uso moderado dos meios necessários”, segundo a redação atual.

As discussões ideológicas acerca do grau de tolerância no julgamento de condutas pretensamente defensivas dos agentes de segurança pública podem ter convergido para a redação atual, como forma de evitar a situação conflituosa que a redação nos moldes do Anteprojeto de Nelson Hungria poderia representar. As discussões mais recentes sobre o tema ajudam a elucidar como o receio da impunidade desses agentes, que alegariam ter agido sob

violenta emoção, pode ter contribuído para a opção de que ela não constasse expressamente como uma causa apta a caracterizar o excesso não punível.

A relação entre a legítima defesa dos policiais e a repressão de crimes é tão estreita que as mais recentes mudanças pretendidas nesses aspectos se deram em meio a um contexto muito específico, de uma campanha de valorização dos agentes de segurança pública. Não por acaso, o Pacote Anticrime, que conferia mais autonomia a esses agentes, como um endosso estatal da sua atuação, se reporta a uma agenda político-eleitoral que preponderava naquele momento e aos conflitos que culminaram na intervenção federal do Rio de Janeiro.

A tese de que os parlamentares, à época da tramitação dos Projetos de Código, simplesmente decidiram não incorporar as redações mais completas por julgarem-na desnecessária não merece prosperar. Essa opção, mais provavelmente, proveio de um processo deliberado de, intencionalmente, suprimir o “resto” da redação, já que isso aconteceu mais de uma vez. Como essa ideia persiste nos dias atuais, ensejando diversas divergências, é provável que os envolvidos tenham concebido a legítima defesa como um instituto que inspira cuidados, de forma que deveriam evitar efeitos colaterais sobre outros males.

5 - LEGÍTIMA DEFESA E GÊNERO

5.1- A legítima defesa contra a importunação sexual

Conforme mencionado acima, maneira como se dá a abordagem da sociedade frente aos fatos típicos contra a dignidade sexual é um produto das raízes históricas tratadas anteriormente neste Trabalho. No âmbito jurídico, o desvalor incutido nas relações que envolvem a condição da mulher implica, inclusive, responsabilidade penal da própria mulher, como se concorresse para o fato do qual foi vítima. O delito da importunação sexual, via função preventiva da pena, se destina a coibir os atos atentatórios à dignidade sexual, reverberando a tese, muitas vezes reprimidas, de que a violência ainda persiste.

Ademais, o delito, que como tal, enseja legítima defesa, dado o seu caráter injusto, é mais uma evidência da insuficiência do excesso de legítima defesa tal como previsto nos moldes do Código Penal, ao encerrar a questão do excesso não punível apenas no dolo e na culpa.

No caso *R. v. Cochrane*, foi considerado que a situação na qual se encontrava uma vítima de estupro não era conflituosa o suficiente para se recorrer a uma arma. Premissas como essa, que são, talvez, o que a cultura machista tenha de mais representativa, são, muitas vezes, oriundas da relativização acerca da natureza do atentado de cunho sexual, que não é, necessariamente, visto “publicamente como um ato de violência”⁷⁴.

Comumente resta concluído, por exemplo, que a vítima estava “mentindo” ou “exagerando”⁷⁵. É essa mentalidade que, quando incutida na discussão sobre a legítima defesa, resultando na caracterização do excesso pelo aplicador do Direito, que não deixa de ser integrante da sociedade.

A influência de preconceitos sobre a violência de gênero é ainda mais determinante em se tratando de conceitos como “razoável” e “proporcional”, cuja concepção é individual. Com efeito, “um jurado, no Tribunal do Júri, que nunca temeu um ataque pode superestimar o patamar de calma que em que uma pessoa se encontra por ocasião de uma ameaça”⁷⁶, tornando muito difícil a empreitada, do acusado, de convencer outrem de que agiu de forma razoável segundo as circunstâncias.

Do exposto, infere-se que deve ser despendida uma particular atenção à determinação do excesso de legítima defesa no recorte de gênero, em face da importância do deslinde desses casos para o aspirado tratamento isonômico e das peculiaridades que denunciam as mazelas da redação do tipo – que serão expostas oportunamente.

Não obstante, o que se verifica é uma postura ainda mais reticente e combativa. O fato de o abuso contra o gênero feminino ter sido endossada legalmente ao longo da História faz com que ele seja, muitas vezes, desconsiderado, pelo menos enquanto variável apta a influir nos comportamentos da vítima.

O fato das agressões e violências serem reiteradas pode, inclusive, contribuir para esse fenômeno: ainda que seja reconhecida a gravidade do abuso, ele não é passível de ser alegado pela vítima, segundo entendem alguns jurados e juízes, que presumem que ela merecia tal

⁷⁴ ⁷⁴ Tribunal de Minas Gerais, AC 1.0024.16.091114-5/00...cit., p. 3.

⁷⁵ BERNHOLTZ, Shira. *The Law, Women and self-defense*, p. 31.

⁷⁶ BERNHOLTZ, Shira. *The Law, Women...*cit, p. 33. Original: “a jury member who has never been fearful of attack may overestimate the degree of calm which a person would maintain despite the threat”

sofrimento por ter permanecido na relação com o agressor. Raciocínio semelhante foi estabelecido no primeiro dos julgados a serem analisados a seguir.

A primazia da isonomia assume especial relevo diante de um delito em particular, da importunação sexual. Além de contemplar fatos que são diversos entre si, o tipo penal não é capaz de antever todas as condutas do mundo fenomênico, tendo em vista que seu contexto de criação envolveu, justamente, a dificuldade de tratamento jurídico de um fato socialmente reprovável, mas que não era passível de ser subsumido a um tipo então existente.

No que tange à legítima defesa, há um agravante: como realizar a ponderação no caso concreto, em relação aos meios necessários para repelir a injusta agressão, quando há um hiato entre a conduta em si considerada e o dano ao bem jurídico tutelado? A ação humana, que não envolveu violência, seria, em teoria, fácil de ser repelida, já que o homem permaneceu imóvel e a mulher, ausente qualquer impacto físico, foi surpreendida pela ejaculação do agente.

Contudo, as sensações causadas, de tão expressivas, poderiam inviabilizar qualquer reação. Em um caso hipotético em que a vítima tivesse se valido da legítima defesa, como se aferir a legitimidade dessa reação que, seja ela qual fosse, certamente teria sido mais complexa, do ponto de vista mecânico, em comparação à conduta do agressor?

O crime de importunação é ilustrativo dos desafios do instituto, principalmente no que se refere ao fato que suscitou a necessidade de tipificação, o caso do ônibus. Trata-se de um tipo que se resume a um verbo nuclear único que pode redundar em diversas ações (“praticar”) e um complemento definido por “ato libidinoso”, de forma que não é possível exaurir, mediante abstração, os fatos da realidade material que se subsumiriam a esses crimes. As características da ação realizada pelo agente no próprio “caso do ônibus” ilustram que a imaginação humana para delinquir é imbatível.

Nessa situação, como se aferir a proporcionalidade de eventual reação? A redação atual do excesso da legítima defesa permitiria a justiça no caso concreto? Uma previsão que contemple outras variáveis - aliada, logicamente, à evolução na mentalidade da sociedade e dos indivíduos à frente dos órgãos persecutórios - parece ser de suma importância nesse caso.

5.2 - A tentativa de disciplina dos estados emocionais do agente no Direito estrangeiro

O tratamento do excesso de legítima defesa no Direito estrangeiro, por fornecer balizas que tornam mais fácil a visualização do excesso, evidencia o tratamento excessivamente sucinta do Código Penal brasileiro. O Código Penal alemão prevê em seu art. 53, que o excesso de legítima defesa provocado por “perturbação, medo ou terror”⁷⁷ isenta de pena.

O Código Penal português, por exemplo, em seu art. 33, enuncia: “o agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis”⁷⁸. A doutrina portuguesa preconiza que o excesso pode resultar de dois tipos de estados de afecto, que são estados passionais. Trata-se do estênico, que remete a “qualquer ódio reprimido ou raiva”⁷⁹ e do astênico, que isenta de pena quando não é censurável. Cogita-se que esse último é o descrito pelo art. 33.

É forçoso reconhecer que a redação do Código Português, embora possa, igualmente, ser fonte de arbítrio do julgador, fornece, pelo menos, balizas – em comparação ao Código Penal brasileiro.

O elenco de substantivos que seriam indicativos de um excesso não censurável pode nortear o julgador para que atinja uma interpretação conforme o escopo do instituto. Assim, o julgador deve se atentar àqueles elementos e a outros que, embora não constantes da redação do tipo, seriam análogos, aptos a provocar também o excesso inevitável. Essa enumeração, ao mesmo tempo que pode sugerir outros aspectos, nortearia a exclusão, de pronto, de outros estados passionais que, seguramente, não seriam contemplados pela moldura do legislador.

Se não se presta a promover a “justiça no caso concreto” em sua plenitude, o tipo, pelo menos, é apto a evitar um mau maior. A enumeração sugere tais contornos e, ao fazê-lo, limita a abrangência do instituto. O legislador português, ao empregar a expressão “não censurável”, alude, provavelmente, aos mesmos fenômenos que o legislador brasileiro quis evitar por intermédio do emprego da expressão “não decorrente de dolo ou culpa”: uma intenção deliberada ou excessivamente descuidada de violar os requisitos do tipo da legítima defesa.

⁷⁷ VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Traduzido por Dr. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 189, p. 232.

⁷⁸ (<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/C34949EF9518565E802580C000502A27>, acesso em: 13/05/2022)

⁷⁹ LEITÃO, Sara Felipa. *A violência dita doméstica – fecha-se uma porta,...cit*, p. 11.

Com efeito, as palavras são dotadas de vagueza. Existem zonas de certeza e zonas cinzentas. Pode-se afirmar que o sentimento da pessoa traída – assumindo a forma de ciúmes, raiva, ódio, rancor, ressentimento – não se subsumem à acepção da palavra “terror”, por exemplo, prevista no Código Penal alemão, nem da palavra “medo”, comum aos diplomas de ambos os países.

Foi essa preocupação, provavelmente, que motivou a ressalva feita pelo legislador brasileiro, no art. 28 do Código Penal ⁸⁰. O dispositivo, antes de negar um olhar mais condescendente ao agente aflito, se destina, na verdade, a elidir a possibilidade de justificação de fatos típicos movidos por sentimentos como esses.

Por conseguinte, é razoável inferir que o Judiciário nesses países estaria menos propenso a acolher teses como a da legítima defesa da honra, que, quando invocada e acolhida, se transmuta em uma das facetas da violência contra a condição da mulher. Esse mérito da redação do excesso de legítima defesa no ordenamento alemão é reconhecido pela doutrina, que destaca que a isenção de pena “não pode ser ampliada a outras causas de excesso na defesa que a lei não contempla, e nomeadamente às chamadas emoções positivas ou esthénicas não mencionadas, como a cólera” ⁸¹.

Não se pugna pela tese de que a redação nesses moldes seria a solução para todos os problemas atinentes à (des)penalização da autodefesa nessa seara, até porque eles são, conforme já discorrido, eminentemente estruturais.

Nesse sentido, invoca-se as constatações de outros doutrinadores: “talvez fosse mais profícua uma regulamentação específica das perícias médico-legais nos casos que tenham como precedente o cometimento de um crime, mormente nos casos de violência doméstica” ⁸². Seja qual for a solução, da regulamentação infralegal ou da mudança de redação da excludente, essa sugestão evidencia a importância da reconstrução dos fatos, determinando, de forma mais precisa possível, o estado emocional da mulher em face de uma injusta agressão e dessa repercussão sobre a respectiva reação.

⁸⁰ “Art. 28: Não excluem a imputabilidade penal:

I- a emoção e a paixão”

⁸¹ VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*...cit p. 232.

⁸² LEITÃO, Sara Felipa. *A violência dita doméstica – fecha-se uma porta*...cit, p. 4.

5.3 - Análise dos julgados

O presente Capítulo não tem o condão de se imiscuir no mérito, nem de fazer análise exaustiva sobre a fidedignidade do suporte probatório. Mais importante do que atestar a efetiva ocorrência do excesso doloso ou culposo em cada caso concreto é a fundamentação da qual o julgador se valeu. Ainda que com apoio em aspectos probatórios, os argumentos evidenciam várias dissonâncias que, se reproduzidas em todos os casos, obstariam o reconhecimento da legítima defesa.

5.3.1 - Apelação criminal 15000340-85.2019.8.26.0491⁸³

Neste julgado, a ação da mulher, de fato, assumiu caráter pré-meditado: “denunciada e vítima eram namorados e, na data dos fatos, discutiam, quando ela aproveitou-se de ter ele se virado para desferiu um golpe com uma faca em suas costas, deixando o local”. Assim, afastou-se de plano a incidência da excludente de ilicitude.

Da fundamentação do acórdão, também consta: “[...] ainda que se considere o histórico agressivo da vítima, há indícios de que o comportamento, contínuo e previsível, era tolerado pela apelante, a qual, a despeito dos meios legais para evitá-lo, permaneceu em sua companhia”.

Aqui, o relator questiona a violação, por ambos, das medidas de distanciamento, como se estivesse a acolher uma espécie *venire contra factum proprio* (vedação ao comportamento contraditório) no Direito Penal, segundo o qual uma mulher, em situação de genuína fragilidade e vulnerabilidade, fosse menos digna da salvaguarda da excludente – em casos antecédidos por uma agressão injusta - por ter estado em contato com o agressor.

Deslegitimar os motivos de foro íntimo que contribuíram para esse contato é, também, um componente da desigualdade e uma maneira de perpetuar as violências. Não se está a tratar, aqui, do Direito Civil, em que uma das “partes” deve se ater ao comportamento que dela se espera em razão de uma postura inicialmente adotada para que possa reclamar seus direitos em face da outra parte.

⁸³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Comarca de Rancharia. Relator Roberto Porto. Apelante Priscila Aparecida dos Santos. Julgamento 21 de fevereiro de 2021.

Essa constatação assume especial relevo quando se analisa o histórico da ação penal da violência contra a mulher, que, até a mudança de paradigma provocada por posicionamento do STJ, era condicionada à representação, conforme tratado no tópico anterior.

Com efeito, enuncia Pizarro Beleza, ao tratar da “síndrome da mulher agredida”: é comum que mulheres vítimas de agressões conjugais continuadas se mostrem “incapazes de abandonar essa relação violenta, por dificuldades financeiras, por medo ou/e por interiorização de bloqueios psicossociais”.

O Relator do caso também preconiza que “existindo medida judicial protetiva em seu favor, a apelante teria o recurso de acionar a polícia militar, desde a aproximação da vítima”. Cumpre ressaltar que o Código de 1940 não referendou o caráter subsidiário da excludente que vigorava até então, de forma que ela não subsistiria se a agressão que a motivou pudesse ter sido contida mediante atuação da autoridade pública.

5.3.2 - Apelação Criminal 0003593-52.2014.8.26.0291⁸⁴

No julgado, o Relator assevera que “nos crimes cometidos com violência doméstica, muitas vezes praticados na clandestinidade, a palavra da vítima, se coerente e em harmonia com outros elementos de convicção existentes nos autos, assume especial importância”.

Essa percepção estaria em total congruência com os ditames da justiça, não fosse o fato de o julgador ter descartado a própria tese para imputar à mulher “excesso evidente em eventual situação de defesa”, deixando de conferir a fidedignidade necessária aos relatos da acusada, que cravou uma faca na região torácica da vítima em um contexto que o Relator classificou como “discussão corriqueira de casal”.

Foi estabelecido que, ainda que a vítima tenha confirmado que as agressões eram mútuas, “não se sustenta que o pleito defensivo pelo reconhecimento da legítima defesa. A reação da apelante foi deveras desproporcional, vez que atingiu a vítima no tórax”.

Como sustentar que goza de credibilidade palavra da vítima de violência doméstica (no presente caso, a acusada) e, ao mesmo tempo, considerar que violência doméstica não há? É

⁸⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Comarca de Jaboticabal. Relator: Grassi Neto. Apelante Josefina Pereira. Julgamento 30 de janeiro de 2020.

inócuo sustentar a credibilidade da palavra da vítima em situação de violência doméstica se, primeiro, é necessário ultrapassar o sarrafo da própria existência da violência doméstica.

O problema reside no critério que o Relator utilizou para tanto, estabelecendo uma relação de implicação entre o fato de a reação ter atingido o tórax do homem e a desproporcionalidade. Não se considerou que o resultado da reação pode ser imputado a muitos outros aspectos e que a facada poderia ter se dado, de fato, em um contexto de ameaças, ainda mais porque ambos estavam em estado de embriaguez. A testemunha, inclusive, reconheceu que eram frequentes os desentendimentos entre o casal.

A ameaça de estupro, que poderia legitimar a reação da mulher, não foi mais invocada pela mulher no deslinde da demanda. De fato, apenas a reconstrução dos fatos pelos meios probatórios disponíveis permitiria aferir se havia, ou não, uma agressão injusta que ensejasse a referida reação. Por isso, essa análise não tem como escopo aferir se a ação da apelante era, de fato, antijurídica.

Ainda que essa ameaça não tenha se verificado, o fato de o julgador ter definido o contexto como de “discussão corriqueira de casal” pode contribuir para reforçar a máxima popular de que os envolvidos devem resolver entre si os seus desentendimentos. Apesar de a decisão ter sido meritória em reconhecer, em abstrato, a importância a ser conferida à palavra da vítima, sentenças como essa podem, também, contribuir para a descrença na Justiça, principalmente das pessoas que estão envolvidas no abuso ou opressão.

5.3.3 - Apelação Criminal 0024438-89.2015.8.26.0576⁸⁵

Aqui, a tese defensiva da legítima defesa foi afastada pela análise de um robusto conjunto probatório. Contudo, assim como no julgado anterior, mais importante do que o desdobramento do caso é a fundamentação empregada pelo julgador. Ela denuncia muito da mentalidade corrente no Judiciário, que, uma vez estendida a casos nos quais não houvesse provas que depusessem contra a versão alegada pela mulher acusada, de certo dificultariam a acolhida da tese da legítima defesa.

⁸⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Comarca de São José do Rio Preto. Relator Luiz Fernando Vaggione. Apelante Francislaine Heloíza Ferreira. Julgamento 28 de maio de 2020.

É dito, pelo magistrado, que

“o fato de a recorrente ter desferido diversos golpes com um guarda-chuva contra o ofendido, a ponto de ocasionar-lhe fraturas, sem falar nos demais ferimentos, seria suficiente para a prova do excesso doloso no uso dos meios necessários para afastar a suposta agressão injusta”.

Presumindo que, de fato, a mulher tenha escolhido um meio desproporcional, nem sequer é cogitada a hipótese de que ela o fez por um descuido, ensejando, assim, excesso culposos, e não doloso.

Tais fundamentos revelam que o magistrado aferiu a presença dolo a partir da gravidade das lesões provocadas por aquele que invoca a legítima defesa. Aqui, não deve haver uma implicação natural entre esses dois pontos, tendo em vista que a presença de lesões graves não é indicativa, por si, da ausência de legítima defesa, visto que ela ocorre na medida da gravidade que a vítima atribui à ação que visa combater ou evitar. O fato de o exame de corpo de delito e a perícia médica terem atestado a presença de lesões corporais graves indica, meramente, que a mulher provocou tais lesões em seu companheiro; contudo, não é capaz de certificar que tais ações não gozam de explicação legítima, tendo sido motivadas por *animus necandi*.

Assim, é acertada a concepção, reconhecida também no caso anterior, de que “nos crimes praticados em ambiente doméstico ou familiar, a palavra da vítima tem especial relevância na reconstrução dos fatos, não podendo, evidentemente, ser desconsiderada se em consonância com os demais elementos de prova dos autos”.

Ao mesmo tempo, o magistrado parece não estender o raciocínio às mulheres, para quem essas premissas teriam ainda maior importância, tendo em vista seu histórico de violências e a falta de credibilidade de que padecem.

Por força desse raciocínio – aplicado apenas ao homem vítima de lesão corporal grave – é descartada a versão da acusada, que narrou que o companheiro “passou a ofender a interrogada chamando-a de ‘louca, ladra, oportunista e traidora, e veio para cima da declarante com a mão erguida [...]”.

5.3.4 - Apelação Criminal 0009037-56.2013.8.26.0047⁸⁶

No julgado, será analisada a valoração que o Ministério Público confere à conduta das vítimas nesses contextos. A acusação sustentou que, enquanto seu ex-companheiro agredia sua mãe, caída no chão, existiam outras pessoas no local poderiam ter ajudado na legítima defesa de terceiro, de tal sorte que a acusada teria incorrido em excesso ao se valer de uma faca, o que resultou na morte do homem.

Exigir que a vítima se eximisse de agir como agiu, sustentando que ela deveria ter recorrido às demais pessoas no local importaria negá-la o status de agente do Estado, ao que foi alçada excepcionalmente, quando a atuação do Estado se revela aquém do necessário para coibir uma agressão atual e injusta, cuja reação não traduz mera faculdade, mas um dever. Assis Toledo assevera: trata-se de uma “situação de fato na qual o direito se impôs diante do ilícito”⁸⁷, para a defesa do bem jurídico ameaçado e reiterar a própria ordem jurídica.

Com efeito, urge invocar uma premissa, a ser empregada no sistema de precedentes da *commom law*, desenvolvida no caso R. v. Antley. Quando da definição dos parâmetros que regeriam a força permitida, restou concluído que não se verifica o requisito de que a pessoa racionalize ou especule a possibilidade de ajuda de um terceiro, antes de tomar a iniciativa de defender sua integridade física⁸⁸.

5.3.5 - Apelação 0010327-87.2014.8.26.0624⁸⁹

Neste, conjugando o depoimento do ofendido com as provas testemunhais, conclui-se que a apelante havia desferido um tapa no rosto da vítima, seu companheiro. Portanto, o homem apenas segurou a mulher para imobilizá-la, evitando uma agressão, de forma que a facada que se seguiu não teria sido uma reação contra agressão injusta.

A relatora, coerentemente, afastou a tese de legítima defesa. Contudo, assim como na Apelação 0003593-52.2014.8.26.0291, não houve pronunciamento sobre o contexto em que

⁸⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Jusiça. Comarca de Assis. Relator Lauro Mens de Mello. Apelante: Aline Taiara da Silva. Julgamento 13 de agosto de 2020.

⁸⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 192.

⁸⁸ *The Law, Women and Self-Defense...cit.*, p. 31. Original: “there is no requirement that a person reason or speculate as to whether a companion might assist him/her before defending his/her own bodily integrity”.

⁸⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Comarca de Tatuí. Relatora Jucimara Esther de Lima Bueno. Apelante: Raquel Cirino da Mota. Julgamento 16 de março de 2022.

estavam inseridos os envolvidos. No julgado em questão, o histórico de brigas constantes é reconhecido pelo próprio companheiro: “disse que a apelante sempre foi agressiva e ambos brigavam muito” (p. 5).

Se o julgador silencia sobre esse ponto, certamente desconsiderou a potencial repercussão do contexto sobre a agressão sob análise. Se essa discussão ficar sempre à margem da fundamentação da decisão, dificilmente será reconhecido o excesso não punível, nos casos em que a mulher realmente possuísse razões idôneas para reagir de forma aparentemente descabida, o que tornaria inexigível a exata conformidade com os postulados do art. 23.

É possível supor que, anteriormente, em uma dessas brigas reiteradas, o homem tenha procedido da mesma forma antes de agredir a ré, de forma que ela teria, de fato, motivo para temer a atitude do companheiro, desencadeando a facada. No caso em questão, por exemplo, a vítima afirma que estava “com medo”. Como a análise não se presta à discussão sobre matéria probatória, não há que se discutir a veracidade dessa afirmação.

O que se sabe é que cada caso possui circunstâncias próprias. A conclusão acerca dos fatos do caso em questão, obviamente, não permite inferir qualquer juízo sobre a matéria fática de outros casos e sobre os relatos das respectivas rés. Justamente por isso, é alarmante a generalização contida na fundamentação da Relatora:

“de qualquer sorte, o acolhimento da excludente invocada demandaria a presença dos requisitos previstos no artigo 25, do Código Penal, quais sejam, agressão injusta, atual ou iminente, a bem jurídico próprio ou alheio, bem como necessidade e moderação dos meios empregados, o que não se verifica no caso dos autos”.

Essa passagem reitera a premissa de que, necessariamente e em todos os casos, é inegociável a adstrição com os requisitos da necessidade e moderação dos meios necessários para que mereça acolhida a tese da legítima defesa invocada pelas mulheres envolvidas. Como não houve qualquer ressalva, parece que a Relatora não concebe nenhuma circunstância, como o estado emocional da pessoa, que justificaria uma relativização.

5.4 - A tutela estatal da vulnerabilidade da vítima

5.4.1 - As medidas cautelares como reconhecimento da condição da mulher

São comuns no ordenamento dispositivos que determinam que os envolvidos em determinada situação não podem dispor da presença do Estado. Muitos, inclusive, são criticados pelo excessivo paternalismo.

Um exemplo desse cuidado do legislador, justamente pelos bens jurídicos que visa garantir, é o art. 92, II, do Código Penal, determinando a perda o poder familiar como efeito da condenação por crime cometido contra filhos ou outros integrantes do núcleo familiar ⁹⁰. Isso decorre da condição de vulnerabilidade desse grupo e da gravidade desse tipo de violência, que, uma vez realizada, deve ensejar o rompimento da convivência. Não cogita-se a vítima da agressão o quisesse ou não: o afastamento é imperativo.

As medidas disciplinadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, desde o recolhimento em caso de perigo, até a colocação em família substituta, seguem a mesma lógica: a proteção à integridade física e psíquica das crianças deve prevalecer sobre eventual direito à escolha dessas crianças, considerando, também, que qualquer direito que o agressor pudesse ter sobre as crianças e adolescentes sob a sua responsabilidade se esvai por ocasião da agressão.

O art. 92 do Código Penal determina, como efeito extrapenal, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo quando o crime for praticado “com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração”. Verifica-se, aqui, uma hipótese de violação do dever de garante, assim como na violência contra crianças e adolescentes.

Ademais, a demissão, que produz efeitos semelhantes à perda da função, é uma das sanções aplicadas no próprio processo administrativo disciplinar, prescindindo, portanto, provocação do Judiciário. Na valoração da conduta, o legislador achou por bem impor a

⁹⁰ Art. 92 - São também efeitos da condenação:

II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado;

demissão, já que o contraditório e ampla defesa em âmbito judicial cederiam em favor da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do erário e da necessidade de inibir a possibilidade de ocorrência de novos delitos.

Não são previstas medidas semelhantes para outros crimes. Não seria lógico ou proporcional que fosse determinado o afastamento do agente de um crime de furto, por exemplo, do local onde se deu a ação, a fim de prevenir novos atentados contra o patrimônio uma vez violado.

Foram invocados tais exemplos para ilustrar que o fundamento para o tratamento diferenciado reside na condição de vulnerabilidade das vítimas e na susceptibilidade de novas agressões, justamente, pela peculiaridade de que elas são cometidas no bojo da própria convivência. O agressor se vale de uma situação de superioridade, do controle que exerce sobre os bens jurídicos tutelados ou sobre a própria pessoa da vítima, no caso dos crimes perpetrados contra crianças ou adolescentes e mulheres.

Assim, a violência contra as mulheres obedece à mesma lógica. A esse respeito, é digna de nota a mudança na Lei Maria da Penha, que passou a prever que o agressor poderá ser imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, inclusive, pelo policial, “quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia”⁹¹.

O dispositivo reconhece a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima e busca contorná-la com essa medida, que passou a incidir, inclusive, aos casos de violência psicológica. Nesse sentido, trata-se de um dispositivo que refuta a tese de que a violência, para se configurar, deve ser física, prevenindo, também, que a modalidade psicológica sirva de substrato para outras violências cometidas pelo mesmo agente, aproveitando-se dos danos já causados em âmbito psicológico.

⁹¹ Lei 11.340/2006, Art. 12-C, II: Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

É possível que a vítima, ao reportar determinado fato, não identifique, com clareza, a situação de abuso psicológico na qual se encontra, o que é inerente à própria noção de abuso. Então, o Estado se faz presente, por intermédio de seus agentes, identificando uma situação de alerta e providenciando para que ela não evolua para condutas ainda mais graves.

Dessa discussão sobre a presença do Estado para coibir os atentados em contextos específicos, ainda que as medidas não sejam requisitadas pelas vítimas, que, muitas vezes, não têm consciência da gravidade desses contextos, ou mesmo possibilidade de fazer com que eles cheguem às autoridades. O exemplo mais elucidativo é o das crianças e adolescentes, daí a figura, por exemplo, dos Conselhos Tutelares.

As delegacias da mulher desempenhariam papel análogo em alguns aspectos. Ocorre que elas são acionadas, muitas vezes, quando as agressões já são recorrentes e já ensejaram reações legítimas por parte da mulher, o que motiva o escopo do presente Trabalho. Essas reações poderão ser valoradas pelo Judiciário, o que não aconteceria nos crimes previstos no ECA. Assim, embora as dificuldades para a investigação dos delitos sejam parecidas, com um agravante para a plena repressão dos crimes contra a mulher, redundando, muitas vezes, na culpabilização da vítima.

5.4.2 - A evolução da proteção do Estado via ação pública incondicionada

O presente tópico tem o condão de evidenciar que existem mecanismos, institutos e mudanças legislativas que, progressivamente, convergem para um Estado menos omissivo e indiferente à violência de gênero. Se, antes, o aparato estatal até referendava a violência, conforme depreendido da análise acerca da produção legislativa, nos dias atuais, a Justiça se faz presente, por exemplo, a partir da indispensabilidade de representação da ofendida para o processamento dos crimes nesse contexto.

Em 2009, foi decidido pelo STJ que a violência contra a mulher, mesmo em se tratando de lesões corporais leves e culposas, teria status de ação pública incondicionada, prescindindo da representação da vítima para a instauração do inquérito policial e para o ajuizamento da ação penal. Verifica-se, primeiramente, uma discriminação positiva, motivada pelas peculiaridades dos casos de violência contra a mulher e dos cuidados que eles inspiram. Destarte, a lesão

corporal leve e culposa em contextos “genéricos”, se procede mediante representação ⁹². Os delitos são passíveis, inclusive, da transação como instituto despenalizador, já que a eles é cominada pena máxima de um ano ⁹³.

Ainda, cumpre ressaltar a presença de uma nova qualificadora para a lesão corporal, no art. 129, § 13º, que disciplina a lesão praticada contra a mulher, “por razões da condição do sexo feminino”, fazendo remissão ao dispositivo sobre o feminicídio. Pela incidência da qualificadora, a pena máxima superior sugere a preocupação do Estado com a igualdade de gênero e a dignidade da pessoa humana, e o maior desvalor atribuído a essa violação, segundo a função preventiva da pena.

Também é razoável associar essa dispensabilidade a uma tutela da vítima por parte do Estado, que reconhece a condição de vulnerabilidade e abuso em que vive a mulher agredida. Destarte, os motivos já expostos – financeiros, emocionais, familiares – e a culpa por dar causa à perseguição do agressor ou, até mesmo, pela própria agressão sofrida, eram suficientes para que muitas mulheres resistissem a oferecer a representação.

A medida da interferência do Estado na garantia desses valores, em colisão com eventual direito de outrem, é polêmico. Por exemplo, o processamento via ação pública incondicionada para as lesões corporais leves e culposas contra menor de dezoito anos ou incapaz provocadas por alguém de sua convivência, conforme proposto no PL 4.767/16, foi vetado pelo Presidente Bolsonaro.

Da mesma forma, conforme exposto em capítulo próprio, muitos grupos discordam dos intentos do Pacote Anticrime, no que tange a eventuais abusos de legítima defesa pelos agentes de segurança pública. Enquanto muitos temem que a previsão de despenalização poderia ensejar abusos, outros primam por esse afastamento do estado, já que a necessidade de assegurar valores tidos como prioritários em determinada agenda (a repressão do crime) teria primazia.

Essa discussão, bem como a iniciativa do PL 4.767/16 e o veto, ilustra a profundidade da discussão e as variáveis e forças ideológicas que atuam nas decisões político-legislativas

⁹² Lei 9.099/95, Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

⁹³ § 6º Se a lesão é culposa:

Pena - detenção, de dois meses a um ano.

sobre a violência contra a mulher e outras pessoas pertencentes a grupos vulneráveis. O desfecho varia em função do viés que prevalecente em cada caso. Assim, a decisão que impôs processamento via ação pública incondicionada, a despeito das controvérsias atinentes à intimidade e a autodeterminação das mulheres, pode ser interpretada como um grande triunfo dos movimentos de enfrentamento da violência contra a mulher – pelo menos dos que defendem o acionamento do Estado.

5.5 - Tentativas recentes de disciplina mais exauriente como evidências da insuficiência do tratamento existente

As pretensas mudanças legislativas dos últimos anos, a fim de se delimitar mais precisamente os parâmetros de análise da conduta de uma pessoa que teria incorrido em excesso legítima defesa, pode ser tido como uma evidência dos problemas que podem ser causados pelo tratamento atual, que não consegue suprir a ausência de uma previsão expressa do “excesso escusável”.

Em primeiro lugar, aceitar que um chamado “excesso não culposo” faria as vezes do excesso escusável importaria esvaziar de significado toda a discussão recente acerca do tema, que culminou com a noção de “violenta emoção” do Pacote Anticrime.

Se a previsão atual já contemplasse as circunstâncias que eximissem o agente da exata observância da proporcionalidade e da necessidade, a vigência ou a rejeição da inclusão da “violenta emoção” como justificadora do excesso não seria uma preocupação de tantos grupos: aqueles refratários às mudanças não teriam motivos para temer a “legítima defesa da honra” e os abusos da polícia, da mesma forma que os apoiadores não precisariam invocar uma nova previsão legal para que a atuação dos policiais em situações desafiadoras fosse justificada pelo Direito. Em resumo, as modificações na redação legislativa propiciam, sim, impactos na vida material.

Em segundo lugar, se a previsão atual já suprisse todas as lacunas, seria desnecessária e tecnicamente equivocada a previsão de uma causa de diminuição de pena que reproduz essa situação, na Parte Especial do Código. No art. 129, § 4º, enuncia: “se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção,

logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

Diante dessa previsão, afasta-se a hipótese de inclusão implícita da perturbação de ânimo, medo ou surpresa na excludente da legítima defesa, já que isso excluiria a própria antijuridicidade da conduta e não haveria que se falar em pena a ser diminuída.

Se o “excesso escusável” não fosse uma lacuna, também não haveria sentido na diferenciação das modalidades de excesso em artigos do sítio eletrônico oficial: “a doutrina em geral classifica o excesso em doloso, culposo, acidental ou exculpante, sendo que apenas os dois primeiros estão positivados no Código Penal. O Código Penal Militar, por sua vez, trata também do excesso escusável (art. 45, parágrafo único)”.

5.6 - Legítima defesa da honra

5.6.1 - A dupla faceta da discriminação na violência de gênero

O fenômeno estava presente, enquanto uma excludente de legítima defesa, no Livro V, título XXXVIII, das Ordenações Filipinas ⁹⁴. Em que pese a ausência de supedâneo nos diplomas posteriores, a ideia sempre foi endossada por boa parcela da sociedade; continuou, portanto, sendo levada a efeito pelos tribunais, como uma espécie de excludente de ilicitude extralegal.

A naturalidade com que foram aceitas as decisões absolutórias que invocaram o falacioso instituto é alarmante, na medida em que denuncia os valores retrógrados e machistas que, infelizmente, ainda permeiam o Judiciário brasileiro. O ponto de inflexão foi o julgamento da ADPF 779 ⁹⁵. O Ministro Dias Toffoli (Relator) defendeu que a traição se reporta à seara ética e moral, não devendo ensejar direito subjetivo à violência.

Um dos pontos do voto despertou uma grande polêmica. Segundo o Ministro, referida tese não pode ser invocada, ainda que indiretamente, pelo juízo ou pela defesa, acusação, autoridade policial, nas fases pré-processual ou processual ou no julgamento perante o Tribunal

⁹⁴ (<https://www.scielo.br/j/ref/a/PSxRMLTBcrfkf3nXtQDp4Kq/?lang=pt>, acesso: 15/05/2022)

⁹⁵ STF ADPF 779 Ref-MC. Relator Min Dias Toffoli. Reqte. Partido Democrático Trabalhista. Julgamento 15 de março de 2021, DF.

do Júri, o que acarretaria sua nulidade. A decisão declara inconstitucional não apenas a legítima defesa da honra e sua aceitação, mas também o direito de alegação do acusado. Ao aplacar uma tese defensiva, o voto, nesse aspecto, violaria a plenitude da defesa, segundo uma parcela da doutrina ⁹⁶.

Havia, em 2019, entendimento do STJ no mesmo sentido. Segundo o Ministro Rogério Schietti Cruz:

“Em um país que registrou, em 2018, a quantidade de 1.206 mulheres vítimas de feminicídio, soa no mínimo anacrônico alguém ainda sustentar a possibilidade de que se mate uma mulher em nome da honra do seu consorte” ⁹⁷.

Essa realidade suscita sérios desafios atinentes a uma premissa tão cara ao ordenamento jurídico brasileiro, a de intervenção penal mínima. O Direito Penal é tido como um instrumento de caráter pontual e subsidiário que visa tutelar bens jurídicos indispensáveis à convivência social mediante a privação de liberdade dos transgressores, com fulcro na expectativa de que reformulem seus valores.

Assim, retirar a mácula da anti juridicidade de uma conduta típica, que, como tal, fere frontalmente alguma expectativa social pressupõe que esta tenha sido cometida para fazer frente a uma outra que seja, por sua vez, anti jurídica. É justamente em razão dessa premissa que a doutrina uníssona descarta, de plano, hipotéticas alegações acerca de “legítima defesa da legítima defesa”, já que, por sua própria essência, esta não é anti jurídica; incide, justamente, tornar justa da pessoa irredimível diante da ameaça a bens jurídicos mediante agressão injusta de outrem.

Por conseguinte, um homem que lança mão do homicídio da parceira ou daquele com quem ela mantém relações não deve fazer jus à salvaguarda da legítima defesa, já que ela não se prestou a resguardar, rigorosamente, bem jurídico penal algum. O dano à sua honra seria apenas reflexo; o valor violado, diretamente, pela conduta da mulher adúltera é, na verdade, a

⁹⁶ PINTO, Ana Carolina Martins. Decisão do STF sobre legítima defesa da honra mostra evolução no Judiciário. ([https://www.conjur.com.br/2021-mar-31/opinio-decisao-stf-legitima-defesa-honra#:~:text=Em%20sess%C3%A3o%20virtual%2C%20por%20unanimidade,Preceito%20Fundamental%20\(ADPF\)%20779](https://www.conjur.com.br/2021-mar-31/opinio-decisao-stf-legitima-defesa-honra#:~:text=Em%20sess%C3%A3o%20virtual%2C%20por%20unanimidade,Preceito%20Fundamental%20(ADPF)%20779), acesso: 15/05/2022)

⁹⁷ (<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-repudia-tese-de-legitima-defesa-da-honra-em-caso-de-feminicidio.aspx>, acesso: 02/22/2021)

fidelidade. Justamente porque não existe uma tutela penal para a fidelidade – daí o motivo pelo qual o adultério não é um tipo penal – não há que se falar em ação injusta.

É ampla a doutrina que se limita definir agressão injusta como aquela contrária ao ordenamento jurídico, de tal sorte que “os bens passíveis de defesa são todos aqueles interesses juridicamente protegidos” ⁹⁸, sem que estes estejam adstritos, necessariamente, ao Direito Penal. Contudo, há razões para dissentir desse entendimento, quando o meio que se empregado para pôr a salvo tais bens – não penais, embora, sob esse prisma, jurídicos – é a morte de outrem.

Ainda que se acolha a tese da violação da honra da pessoa traída como uma decorrência praticamente natural sentimento provocado pela traição, a tese da legítima defesa da honra importaria aceitar que a vida pudesse ceder em face de bem jurídico de menor monta, fundado no elemento normativo da “honra”. O mal contra o qual se insurge a vítima, o cônjuge traído, é aquém daquele que a autodefesa provocará na agressora.

No mesmo sentido, Miguel Reale Júnior, apesar de não defender a tese de que o bem sob ameaça deve ser igual ou superior ao bem sacrificado na empreitada defensiva, afirma que este último não pode ser atingido de forma manifestamente desproporcional. Este seria o caso, é razoável concluir, da mulher é assassinada pelo marido traído ⁹⁹.

5.6.2 - A incoerência na condenação pelo excesso em caso de violência doméstica

A situação, nos casos de violência doméstica, exaustivamente tratados, é diversa, visto que a eventual desproporção decorreu, no máximo, de um erro de cálculo ou de percepção que o próprio agressor, na sua conduta agressiva reiterada, desencadeou. Aqui, o homicídio é produto de um processo decisório, que não pode ser atribuído a outro sentimento senão à vaidade do agressor, que claramente intenta neutralizar o fato extirpando a existência da transgressora.

Welzel, a despeito de classificar como “defensáveis” todos os bens jurídicos, incluídos corpo, vida, liberdade, honra, compromisso matrimonial, ressalva: há que ser considerada a

⁹⁸ PACELLI, Eugênio; CALEGARI, André. *Manual de Direito Penal Parte geral*, 3ª. ed. São Paulo: Atlas, p. 324.

⁹⁹ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, 1ª. edição, Editora Forense, 2002, p. 159.

proporção dos valores referentes aos bens jurídicos que estão em colisão: resta justificada, apenas, a ação que salva o direito de maior valor em relação daquele de menor valor ¹⁰⁰.

Segundo Zaffaroni, o problema reside no emprego de um meio que seja “tão enormemente gravoso” ¹⁰¹ para fazer frente a uma lesão relativamente pequena. Destarte, a legítima defesa, que, apesar de justa, não deixa de ser lesiva na esfera alheia, só seria admitida em moldes amplísimos “por uma profunda razão de Justiça” ¹⁰².

Verifica-se uma depravação do escopo da legítima defesa, seja pela violação ao requisito da ação injusta, seja pela desproporcionalidade, em prol de valores que, além de não serem dignos da excludente, reforçam o que os tempos passados tinham de pior.

A racionalidade daqueles que acolhem a tese da legítima defesa da honra ocorre ao alvedrio de outro elemento do tipo permissivo, a imediatidade, subsistindo apenas enquanto “durar a ameaça que a autoriza”. Ainda que fossem abstraídas todas as outras problemáticas suscitadas acima sobre ao subprincípio da necessidade (tendo em vista o impacto provocado na esfera jurídica alheia), a legítima defesa da honra se revelaria inidônea já na primeira consideração a ser feita, no que toca ao subprincípio da adequação.

Eventual conduta do companheiro traído contra aquele que causou tal repulsa teria contornos eminentemente de vingança, antes de qualquer ímpeto de fazer cessar eventual ameaça à honra, já que a ameaça se concretizou no momento em que a traição ocorreu, não quando a pessoa traída tomou ciência dessa realidade.

Ora, se foi tolerada, durante tantas décadas, a inconstitucionalidade patente que se verifica nesses casos, como se cogitar o caráter injusto de uma conduta praticada por uma mulher imbuída de consciência e vontade de, simplesmente, se defender de uma violência, entre as várias que compõem um conjunto de agressões reiteradas?

¹⁰⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. Santiago do Chile: Juridica del Chile, 1976, p. 98. Original: “se debe tomar en consideración la proporción de valor de los bienes jurídicos que están en colisión: la justificación juega solamente, si la acción salva en derecho de mayor valor a costa del de menor valor”.

¹⁰¹ ZAFFARONI; Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General...*cit , p. 613.

¹⁰² PALMA, Maria Fernanda. *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1990, p. 76.

5.7 - A importância da autodefesa para o ordenamento sob a luz do homicídio qualificado

A necessidade de uma releitura do excesso de legítima defesa é premente quando se analisa, por exemplo, uma das qualificadoras do homicídio, que ilustra, justamente, a importância que o Estado confere à possibilidade de autodefesa. Segundo o § 2º, IV, do art. 121, o homicídio é qualificado pela “traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”, importando pena de reclusão de doze a trinta anos.

É sabido que a pena é tida como um mecanismo de prevenção, seja como consequência da violação de bens jurídicos cuja positividade se quer garantir, seja como meio para que o transgressor reformule seus valores. Assim, se a impossibilidade da defesa enseja um aumento do quantum da pena, é possível afirmar que o ordenamento concebe a oportunidade da defesa, de certa forma, como um bem jurídico digno de tutela. Invocam-se os postulados de Figueiredo Dias:

“Os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal se devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e econômica. Sendo por esta via que os bens jurídicos se transformam em bens jurídicos dignos de tutela penal [...]”¹⁰³.

O raciocínio empreendido da decisão legislativa de se punir de forma mais gravosa o crime cometido por um meio que dificulte a defesa, remete, justamente, ao desvalor atribuído à ação que se qualifica por tolher de alguém, que está sob ameaça de injusta agressão, a possibilidade de defesa. A preocupação do legislador deveria, sob o mesmo fundamento, ter reflexos diretos sobre a situação daquele que irá se valer do permissivo.

Com efeito, se a violação ao bem jurídico da vítima foi tida como qualificada em razão da dificuldade que se impôs à defesa, a conduta de uma pessoa que se encontre em uma situação hipotética oposta deveria ser valorada conforme a mesma *ratio*. Em outras palavras: se o direito,

¹⁰³FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa*. In: *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário*. Organizada por Luís Greco, Antonio Martins. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 252.

ou a oportunidade de se auto defender, é tão importante, por que não reforçar a garantia a que faz jus à pessoa que tenha dificuldades na auto defesa, por circunstâncias alheias à sua vontade?

Da mesma forma que se pune de maneira mais gravosa o ofensor, que turba a possibilidade da defesa, deve-se assegurar que a vítima de eventual agressão não sofrerá as consequências jurídico-penais de não ter conseguido moldar a sua conduta às métricas construídas pelo aplicador para aferir o excesso doloso ou culposo mencionado pelo art. 25. É justamente o que se verificou nos tópicos anteriores: a mulher acometida pela violência conjugal extravasa os limites do que fora abstratamente concebido como uso moderado dos meios que, em uma leitura fria e apriorística, seriam considerados necessários e, logo, os únicos aptos a perfazer a excludente.

CONCLUSÃO

Da fundamentação tecida para determinar o desdobramento dos casos submetidos à apreciação do TJ-SP, restou comprovado que o dispositivo referente à legítima defesa é propenso a perpetuar injustiças e iniquidades. Isso não significa, contudo, que os agentes do Estado, no julgamento dos casos submetidos à sua apreciação, se valham, consciente e deliberadamente, de uma redação falha e incompleta para conferir status legal aos seus preconceitos e equívocos.

O que se pode afirmar, apenas, é que tal modelo é falho na atribuição de soluções equânimes e pode dar substrato à mentalidade que, pela questão estrutural anteriormente descrita, muitos adotam. Trata-se de um modelo que, por não ser suficientemente indicativo dos preceitos que própria noção de excesso não punível visa resguardar, não é capaz de inibir a repercussão, para o âmbito jurídico-penal, de valores que existem por inércia na sociedade.

O tipo permissivo da legítima defesa, tal qual descrito pelo Código Penal de 1940, não se sustenta em face de condutas reativas inseridas em contextos que exprimem determinadas peculiaridades – que, aqui, serão atinentes à violência de gênero. A doutrina considera que existe a aplicação automática de um padrão objetivo, que é deletério porque “desconsidera as forças que atuam na dinâmica de um relacionamento violento”¹⁰⁴.

Na esteira dos estudos citados acima, depreende-se que essas circunstâncias exercem na mulher uma influência que faz com que suas reações a uma dada agressão injusta exorbitem, aparentemente, do uso moderado dos meios necessários. O entorno, o “ponto de partida” daquela mulher, enquanto agente de um fato típico, não é equivalente ao que foi pensado pelo legislador ao conceber o tipo permissivo, justamente porque possui particularidades que o difere dos outros contextos em relevo quando da análise do tipo permissivo.

Conforme mencionado, o cerne dos exemplos doutrinários, que elucidam o excesso não punível, é uma diferença circunstancial entre o sujeito que empreende a ação injusta e o que se defende, recorrendo a um meio nitidamente desnecessário. No caso da violência de gênero, a disparidade entre sujeitos não pode ser abstraída, sob pena de se desnaturar suas próprias

¹⁰⁴ FAIGMAN, David L. *The Battered Woman Syndrome and Self-Defense*. In Virginia Law Review, Vol. 72, No. 3, abril/1986, p. 645. Original: “mechanical application of the objective standard is unduly harsh because it fails to appreciate the forces at work in a battering relationship”

características. Em resumo, se, nesse contexto, atuam variáveis diversas daquelas comumente associadas à legítima defesa, não seria razoável utilizar a mesma régua para se aferir o caráter justo ou injusto da ação.

Nesse sentido, falta uma delimitação dos contornos de excessos que possam ser interpretados como eivados de dolo ou de culpa, embora em essência não o sejam. Há que se fazer valer o que análise da violência doméstica tem de mais caro: eventual descompasso não advém de qualquer tipo de processo racional e decisório com finalidade de transgredir limites; seria, na verdade, um resultado invariável dessas circunstâncias.

O tratamento do excesso se resume à uma leitura a contrario sensu do artigo supramencionado, de forma que seriam excluídas de antijuridicidade, além dos sujeitos que fazem uso dos meios necessários, aqueles que transcendam o uso moderado dos meios necessários quando este excesso decorre de elementos outros que não o dolo ou a culpa.

Por esse motivo, a impossibilidade de agir conforme a métrica em face de um conjunto de agressões sistêmicas, perpetradas por aqueles que projetam em suas ações a pretensa superioridade sobre o gênero feminino, deveria ser objeto de ressalva no Código, com tratamento discriminado que fosse ilustrativo dessa peculiaridade. Somente assim o conflito em questão - entre os bens jurídicos do autor da agressão injusta, o bem jurídico a ser sacrificado e o direito à autodefesa sem represália estatal – não se reverterá no excesso que o ordenamento considera punível.

Faltou sensibilidade e discernimento ao legislador que, no conforto de seu ofício, julgou que essa forma de redação seria apta a determinar o caráter justo ou injusto da conduta praticada por aquele que, imbuído de aflições e desespero, reage a uma ação injusta, que é mais temida quanto mais elevada a envergadura dos bens jurídicos que tende a violar. Por extensão, a dificuldade em dosar determinada reação, para manter adstrição com os requisitos de tipicidade estabelecidos, também é maior.

Assim, a forma como incidem o uso moderado, os meios necessários, o dolo e a culpa sobre cada parte decomponível e penalmente relevante da ação típica fica a cargo do julgador. Em última análise, é possível que uma apreensão estritamente literal dessas métricas triunfe em detrimento da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e do próprio escopo do instituto.

Nesse sentido, Tavares preconiza que as causas de justificação seriam decorrentes “dos direitos fundamentais, aos quais se devem subordinar”¹⁰⁵ e que se reportam não a um sistema simbólico, mas, conforme preconiza Malamud Goti, a uma “sociedade real”, o que faria da antijuridicidade um “lugar simbólico, do qual se depreendem conflitos sociais”¹⁰⁶.

É razoável concluir que eventual sentença absolutória para fatos que - sob o ponto de vista exclusivamente legal - seriam típicos não atentaria contra a ordenamento. Não se pode incorrer na supervalorização da observância de requisitos postos, em prol de coibir excessos cujos indicadores, além do dolo e da culpa, nem foram detalhados. Urge revisitar uma disciplina do excesso, que, embora passível de críticas, está presente em outros ordenamentos, a fim de recobrar o escopo da legítima defesa em sua essência, estendendo-a a suportes fáticos não explicitamente previstos, mas não menos dignos da tutela nela veiculada.

¹⁰⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal...*cit., p. 329.

¹⁰⁶ Citado por NETO: 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. Original: “la antijuridicidade es el lugar sistemático donde deben captarse los conflictos sociales desde una perspectiva dinámica”.

ANEXO: RESUMO DOS JULGADOS

Julgado	Decisão e Fundamento
<p>TJ-SP: Apelação Criminal - TJSP 15000340-85.2019.8.26.0491</p> <p>Apelante: Priscila Aparecida dos Santos</p> <p>Denunciada e vítima eram namorados e, na data dos fatos, discutiam, quando ela se aproveitou de ter ele se virado e desferiu um golpe com uma faca em suas costas.</p>	<p>Negado provimento; não obstante o reconhecimento do histórico agressivo da vítima, ele foi tido como previsível e tolerado pela ré</p>
<p>TJ-SP: Apelação Criminal - TJSP 0003593-52.2014.8.26.0291</p> <p>Apelante: Josefina Pereira</p> <p>O contexto de agressões mútua culminou em uma situação em que a apelante e o companheiro, embriagados, discutiam. A apelante cravou uma faca na região torácica da vítima, alegando que o fez “por acidente”.</p>	<p>Negado provimento; ao mesmo tempo em que o julgador reconhece que deva ser conferida credibilidade a palavra da vítima, enquadrou o ocorrido como “discussão corriqueira de casal”. O excesso foi considerado punível apenas pelo efeito que provocou (atingiu o tórax), reputado desproporcional para um contexto considerado corriqueiro.</p>
<p>TJ-SP: Apelação Criminal 0024438-89.2015.8.26.0576</p> <p>Apelante: Francislaine Heloíza Ferreira</p> <p>O casal, em processo de dissolução de união estável, iniciou uma discussão por motivo banal. A apelante deixou a residência e, logo depois, desferiu contra o ofendido golpes com um guarda-chuva.</p>	<p>Negado provimento; as fraturas causadas foram consideradas suficientes para que se configure o excesso doloso, abstraindo eventuais motivos que possam dar substrato à atitude.</p>
<p>TJ-SP: Apelação Criminal 0009037-56.2013.8.26.0047</p> <p>Apelante: Ministério Público</p> <p>O ofendido, ex-companheiro da apelada, agrediu e passou a golpear a mãe dela, já caída no chão, imóvel. A apelada pegou uma faca e deu um golpe, fatal, contra o primeiro.</p>	<p>Negado provimento, refutando a tese ministerial de que a vítima deveria ter recorrido a outras pessoas no local, ao invés de ter utilizado uma faca na legítima defesa de terceiro</p>
<p>TJ-SP: Apelação Criminal 0010327-87.2014.8.26.0624</p> <p>Apelante: Raquel Cirino da Mota</p> <p>Em meio a uma discussão, a apelante havia desferido um tapa no rosto da vítima, seu companheiro, que apenas segurou a mulher para imobilizá-la. Segundo a r. sentença, então, facada que se seguiu não configuraria reação contra agressão injusta. Ambos já haviam ficado presos por cinco dias em decorrência de outra briga.</p>	<p>Foi dado parcial provimento ao recurso, fixando-se a pena no mínimo legal; a despeito de a vítima ter mencionado que estava “com medo”, o julgador disse, apenas, que “ambos brigavam muito”, sem se imiscuir no contexto da agressão</p>

<p>STM: APELFO 48692 – AM 2001.01.048692-5 Apelante: MPM</p> <p>O réu e a vítima eram irmãos, soldados do Exército. O primeiro se valeu da arma da casa para fazer frente a “agressiva e insana atitude” do irmão, que o teria agredido com o mesmo instrumento.</p>	<p>Reconhecido o excesso escusável, que fundamentou a sentença que absolveu o réu, negando-se provimento ao recurso do MPM; o excesso foi considerado amparado pela emoção</p>
--	--

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARANTE, Aparecida. *Excludentes de ilicitude civil: legítima defesa, exercício regular de um direito reconhecido, estado de necessidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da pena; causas de aumento e diminuição*, 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Sarah Fernandes Lino de. *O adultério, a política imperial, e as relações de gênero em Roma*. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BECHARA, Ana Elisa. *Bem jurídico penal*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014

BERNHOLTZ, Shira. *The law, women and self-defense*. In *Atlantis Vol. 15 No. 1*, Scarborough, Ontario.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, vol. 1, 28ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

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

BOND, Letycia. *SP: violência contra mulher aumenta 44,9% durante pandemia*. (<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-04/sp-violencia-contra-mulher-aumenta-449-durante-pandemia>, acesso: 21/03/2022)

Brandão, Cláudio. *A consciência da antijuridicidade*. In *Revista de Informação Legislativa*, out/dez 1997.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal: parte geral. Tomo I*. 5o ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Volume 1, parte geral*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPBELL, Jacquelyn. C.; LEWANDOWSKI, Linda A. *Mental and physical health effects of intimate partner violence on women and children*, vol. 45, ed. 2, junho 2002. In *Psychiatric Clinics of North America*.

CARVALHO, Salo de. *A materialização da antijuridicidade na dogmática jurídico-penal*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, jan/2020.

COELHO, Luís Fernando. *Lógica Jurídica e interpretação das leis*. São Paulo: ed. Malone, 2004

COKER, Ann L.; DAVIS, Keith E.; ARIAS., Ileana; DESAI, Sujata; SANDERSON, Maureen; BRANDT, Heather M.; SMITH, Paige H. *Physical and Mental Health Effects of Intimate Partner Violence for Men and Women*. In *American Journal of Preventive Medicine*, 2002.

COSTA, Gilberto. Estupro bate recorde e maioria das vítimas são meninas de até 13 anos. ([ESTATÍSTICAS - Estupro bate recorde e maioria das vítimas são meninas de até 13 anos - CAOP Informa - Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente \(mppr.mp.br, acesso: 21/03/2022\)](#))

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Discurso em homenagem a Miguel Reale Júnior*. In Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral - Questões Fundamentais, A Teoria Geral do Crime*, Tomo I, 2.^a edição. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De. *Direito Penal Parte Geral Tomo I, Causas de justificação, 1^a ed.* Coimbra: Gestlegal.

FAIGMAN, *The Battered Woman Syndrome and Self-Defense*. In Virginia Law Review, Vol. 72, No. 3, abril/1986.

FITZ-GIBBON, Kate. *Domestic Violence and the Gendered Law of Self-Defense in France: The case of Jacqueline Sauvage*. In Science + Business Media B.V, nov/2017.

FLETCHER, George P. *With Justice for Some: Victims' Rights in Criminal Trials*. In Office of Justice programs, 1995.

FONSECA, Barbara Machado Moura. *O excesso na legítima defesa em razão do medo, emoção ou surpresa*. In Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v.16, n. 35, nov/2021.

FRAGOSO, Christiano. *Sobre a necessidade do animus defendendi na legítima defesa*. (<http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/08/arquivo1.pdf>, acesso: 15/03/2022).

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

HUNGRIA, Nelson. *A teoria da ação finalística no Direito Penal*. In Revista do Ministério Público, 1995.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo II, 5^a. ed.* Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2018

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4^a. ed. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio de. *Direito penal, parte geral*. 31. Ed. São Paulo: Saraiva.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. *Estudos sobre as leis caduciárias*. In Revista da Faculdade da Universidade de São Paulo, jan/1997.

MASSON, Kleber. *Direito Penal – Parte Geral, – Esquematizado – Vol. 1, 8^a. Ed.,* Editora Método, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, 21^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Sara Leitão. *A violência dita doméstica – fecha-se uma porta, trancam-se duas janelas?* (https://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/3.3.4_Sara_Filipa_Leitao_de_Maia_Moraira.pdf, acesso: 5/11/2021)

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal – Introdução e Parte geral* Volume 1, 38ª. ed., 2004.

NETO, Orlando Faccini. *Uma análise sobre a legítima defesa e o caso das mulheres agredidas no ambiente doméstico*. In Revista Defensoria Pública do Rio Grande do Sul.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e especial*. 7o ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio; CALEGARI, André. *Manual de Direito Penal*, 3ª ed.

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

PEREIRA, Gabriela Xavier. *A evolução histórica do tipo em Direito Penal da independência por Beling à concepção significativa de Vives Anton*. In Publicatio UEPG, abril/2008.

PEREIRA, José Hygino Duarte. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1890.

PINTO, Ana Carolina Martins. *Decisão do STF sobre legítima defesa da honra mostra evolução no Judiciário*. ([ConJur - Opinião: A decisão do STF sobre legítima defesa da honra](#), acesso: 16/05/2022).

PIZARRO BELEZA, Teresa. *Legítima defesa e gênero feminino: paradoxos da “feminist jurisprudence”*. In Revista Crítica de Ciências Sociais, no 31, mar/1991.

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

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. Vol1. 5o ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

SERVIDONI, André Renato. *Excesso na legítima defesa e no estado de necessidade: uma análise na legislação brasileira*. In Revista Jurídica Eletrônica Unicoc, out/2004.

SETUBAL, Carla. *Alegações finais*. (<https://memoriasdeumadvogado.jusbrasil.com.br/modelos-pecas/398097557/alegacoes-finais-pronuncia>, acesso: 15/05/2022).

SHNEIDER, Elizabeth. *Equal Rights to Trial for Women: Sex-Bias in the Law of Self-Defense*. In Brooklyn Law School, 1980.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4ª. Ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

VERGARA, Pedro. *Da legítima defesa subjetiva: legislação, doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: O Globo, 1929.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. Santiago do Chile: Juridica del Chile, 1976.

WOLKMER, Antonio Carlos; Siqueira, Gustavo Silveira. In *XXIV Encontro Nacional do Conpedi – UFS*.

(<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/405y75l2/6OvP07QWysJT6UIH.pdf>, acesso: 13/05/2022).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 9o ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI; Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 613, apud NETO, Orlando Faccini. *Uma análise sobre a legítima defesa e o caso das mulheres agredidas em ambiente doméstico*. In *Revista Defensoria Pública do Rio Grande do Sul*, 2014.