

UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
CÂMPUS UNIVERSITÁRIO DE PALMAS
CURSO DE DIREITO

POLIANA DOS REIS DA LUZ

**A POSSIBILIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA NOS CRIMES
PRATICADOS POR MULHERES NO ÂMBITO DA VIOLENCIA DOMÉSTICA**

PALMAS - TO

2018

POLIANA DOS REIS DA LUZ

**A POSSIBILIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA NOS CRIMES
PRATICADOS POR MULHERES NO ÂMBITO DA VIOLENCIA DOMÉSTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)
apresentado à disciplina Monografia, do
Curso de Direito, da Universidade Federal
do Tocantins, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Doutora Maria do
Carmo Cota.

PALMAS - TO

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

L979p Luz, Poliana.

A possibilidade da legítima defesa antecipada nos crimes praticados por mulheres no âmbito da violência doméstica. / Poliana Luz. – Palmas, TO, 2018.

59 f.

Monografia Graduação - Universidade Federal do Tocantins – Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Direito, 2018.

Orientador: Maria Cota

1. Violência doméstica contra a mulher. 2. Lei Maria da Penha. 3. Legítima defesa. 4. Legítima defesa antecipada. I. Título

CDD 340

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

RESUMO

A presente pesquisa trata-se de um estudo sobre a possibilidade da legítima defesa nos crimes praticados por mulheres no âmbito da violência doméstica. Essa pesquisa tem como objetivo analisar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da aplicação da legítima defesa antecipada no contexto da violência doméstica, bem como expor as teses que caracterizam e afastam a aplicabilidade dessa tese. Para o embasamento teórico se utilizou diversos autores que discutiam sobre a violência doméstica contra a mulher, a eficácia da Lei n.º 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e a aplicabilidade (ou não) da tese da legítima defesa preventiva. O método utilizado na pesquisa foi o exploratório, posto que a pesquisa averiguou um problema, no intuito de fornecer informações para uma investigação mais precisa. Por fim, a pesquisa constatou que a legítima defesa antecipada é uma tese nova no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, não é pacificada entre os doutrinadores e na jurisprudência dos tribunais. Além disso, é notório que, para sua devida aplicação, deve ser preenchido requisitos taxativos impostos pela doutrina.

Palavras-chave: Violência doméstica contra a mulher. Lei Maria da Penha. Legítima defesa. Legítima defesa antecipada.

ABSTRACT

The present research is a study about the possibility of self-defense in crimes committed by women in the context of domestic violence. This research aims at analyzing the doctrinal and jurisprudential understandings about the application of early self-defense in the context of domestic violence, as well as exposing the theses that characterize and exclude the applicability of this thesis. For the theoretical basis, several authors were used to discuss domestic violence against women, the effectiveness of Law nº 11.340/06 (Maria da Penha's Law) and the applicability (or not) of the thesis of legitimate preventive defense. The method used in the research was exploratory, since the research investigated a problem, in order to provide information for a more precise investigation. Finally, the research found that early self-defense is a new thesis in the Brazilian legal system, therefore, it is not pacified between the doctrinators and in the jurisprudence of the courts. Moreover, it is well-known that, for its proper application, it is necessary to fulfill the prerequisite requirements imposed by the doctrine.

Keywords: Domestic violence against women. Maria da Penha's Law. Legitimate defense. legitimate advance defense.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 GÊNERO E VIOLENCIA: PESPECTIVAS TEÓRICAS NO ESTUDO SOBRE VIOLENCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER	08
1.1 A INFLUÊNCIA DO SISTEMA PATRIARCAL SOB O DIREITO DAS MULHERES	08
1.2 A CONSTRUÇÃO DOS ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO	13
1.3 DEFINIÇÃO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA E SUAS MANIFESTAÇÕES	17
2 CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA	21
2.1 LEIS, CONVENÇÕES E TRATADOS: DIREITOS HUMANOS NA LUTA DAS MULHERES POR DIREITOS	21
2.2 A CRIAÇÃO DA DELEGACIA DE DEFESA DA MULHER E DA CASA ABRIGO ..	24
2.3 REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA NA PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA	26
3 A TEORIA DA RESPONSABILIDADE DE CLAUS ROXIN PARA SUPORTE A TESE DE LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA	31
3.1 EXCLUSÃO DE ILCITUDE E CAUSAS SUPRALEGAIS EXCLUDENTES DE CULPABILIDADE	31
4 LEGÍTIMA DEFESA	34
4.1 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS	34
4.2 REQUISITOS	35
4.2.1 Injusta agressão	35
4.2.2 Agressão atual ou iminente	36
4.2.3 Defesa de direito próprio ou de terceiros	36
4.2.4 Utilização moderada dos meios necessários	37
4.2.5 Elemento subjetivo	38
5 LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA	40
5.1 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS	40
5.2 REQUISITOS	40
5.2.1 Requisitos gerais	40
5.2.2 Requisitos específicos	41
5.2.2.1 Certeza da agressão (futura e certa)	41
5.2.2.2 Ausência de proteção estatal	43
5.2.2.3 Impossibilidade de fugir da agressão	43

5.2.2.4 Impossibilidade de suportar certos riscos	44
5.2.2.5 Proceder preventivamente em casos extremos	44
5.2.2.6 Proporcionalidade na utilização dos meios necessários à reação	45
6 ARGUMENTOS QUANTO À APLICAÇÃO (OU NÃO) DA LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA	46
6.1 ANÁLISE DE CASO CONCRETO EM QUE A LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA FOI UTILIZADA COMO ARGUMENTO	49
6.1.1 Desfecho desfavorável à aplicação da tese	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade analisar a possibilidade da aplicação da tese da legítima defesa antecipada nos crimes praticados por mulheres no âmbito da violência doméstica. Esse é um fenômeno que atinge todas as classes sociais e faz parte do cotidiano de diversas mulheres no Brasil. Além disso, é um fato que ocorre de diversas formas e tem aumentado consideravelmente o número de vítimas de violência doméstica.

A violência doméstica contra a mulher tem demandado especial atenção do poder público, o qual tem implantado políticas públicas para o seu combate ou prevenção. Um avanço importante no ordenamento jurídico brasileiro foi a promulgação da Lei nº 11.340/2006, denominada como “Lei Maria da Penha”, a qual representa um marco legal para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. No entanto, os casos persistem mesmo diante legislação específica para coibir tais atos.

Nesse sentido, somente nos primeiros cinco meses do ano de 2017, no estado do Tocantins, foram registrados mais de 1.400 casos de violência contra a mulher, conforme consta o levantamento da Secretaria de Segurança Pública do estado. Ademais, segundo o estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em 2013, cerca de 6% dos homicídios praticados por mulheres se enquadraram como legítima defesa. O Código Penal brasileiro, em seu artigo 25, o prevê como uma das causas de exclusão de ilicitude. Nesse contexto, algumas dessas vítimas conseguem inverter a narrativa desses abusos e praticam crimes alegando legítima defesa antecipada.

A antinomia que existe entre a realidade social e o ordenamento jurídico conduz a situações excepcionais, ocasionando uma busca incessante, pelo operador do direito, a harmonia entre os fatos sociais e a norma legal. Nesse compasso várias teses foram criadas para solucionar essa divergência. Desse modo, a legítima defesa antecipada é proposta com uma solução razoável e justa para o cidadão que é injustamente ameaçado, e, concomitantemente, está órfão da proteção estatal.

O Estado não é onipresente, muitas vezes, não tutela devidamente os seus cidadãos, o que atribui ao agente o direito de utilizar os instrumentos disponíveis

para proteger sua vida, mesmo que seja necessário lesionar do direito à vida de outrem que injustamente o ameaça.

Desse modo, é necessária uma análise detalhada dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da aplicação da legítima defesa antecipada. É, pois, neste contexto que alguns pesquisadores, como Regina Schuller, têm se dedicado ao estudo dos homicídios praticados por vítimas de violência doméstica, pois, investigar esse universo requer uma aproximação de diferentes determinantes históricos, sociais e jurídicos.

Portanto, a investigação acerca da aplicação da tese da legítima defesa antecipada possibilitará o conhecimento das posições doutrinárias e jurisprudenciais em relação ao tema. Ademais, os resultados encontrados permitirão um maior conhecimento sobre a questão, além de fomentar a elaboração de referenciais teóricos sobre a problemática.

1 GÊNERO E VIOLÊNCIA: PESPECTIVAS TEÓRICAS NO ESTUDO SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

1.1 A INFLUÊNCIA DO SISTEMA PATRIARCAL SOB O DIREITO DAS MULHERES

A origem do termo família está diretamente ligada ao patriarcado, que vem de *Famulus*, o que significa: “escravo doméstico, sendo, portanto, família: o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem” (ENGELS, 1984, p. 61). Ao apresentar as teorias feministas, as quais explicam o gênero enquanto categoria de análise histórica, Scott (1989, p. 177) entende que o patriarcado quando pensado de forma isolada acaba por concentrar sua abordagem sobre a relação de subordinação das mulheres em relação aos homens, na qual, estes possuem a “necessidade” de dominação. Conquanto, essa interpretação não consegue revelar a desigualdade de gênero em relação a outras desigualdades.

A família patriarcal tem como figura masculina o centro de seu poder, sendo o homem o chefe da casa, o qual possui o direito de dominação sobre a esposa e os filhos. Ao ocupar essa posição, o homem possui o direito de propriedade da mulher de forma legítima, posicionando-a como um ser inferior. Nessa espécie de instituição familiar, a mulher é considerando um mero objeto de reprodução, a qual tem sua sexualidade reprimida, além da impossibilidade de laborar em âmbito público, sendo-lhe atribuída a responsabilidade dos trabalhos domésticos e do papel de mãe dos filhos legítimos e herdeiros, com a finalidade de preservar a harmonia social e a propriedade privada (CORRÊA, 2009, p. 04).

A família constituída sobre os padrões da estrutura burguesa, fundamentada na relação heteroafetiva, não é inata aos seres humanos. Outras estruturas familiares foram consolidadas e fundamentadas de forma histórica e de acordo com cada sociedade em particular, sendo, portanto, moldadas culturalmente. Destarte, existem várias formas de família, nas quais predominam distintas formas de organização e que se transformaram ao longo da história, consoante ao contexto em que estão inseridas, sendo uma delas o patriarcado. É necessário ressaltar que mesmo nas mais variadas formas de organização social, a subordinação da mulher em relação ao homem é algo preponderante, o qual se apresenta de forma diferenciada na dimensão tempo versus lugar, “na medida em que parece ocorrer

em todas as partes e em todos os períodos históricos conhecidos" (PISCITELLI, 2004, p. 44).

Saffioti (2004, p. 118) preconiza a necessidade de associar a categoria de gênero ao conceito de patriarcado e considera que esse regime é um fato específico dentro das relações de gênero, o qual se coloca predominantemente dentro do âmbito privado, porém, ao mesmo tempo, impregna sua ideologia pelo Estado e pela sociedade, naturalizando a relação de dominação-exploração das mulheres pelos homens de forma a consolidar as relações de desigualdade. A partir desta compreensão, é possível visualizar de forma mais nítida como o Direito se estabelece de forma intrínseca a um sistema patriarcal e, portanto, torna-se um instrumento legitimador da dominação masculina.

Dessa forma, o termo "gênero", compreendido como uma construção social de imagens projetadas sobre o masculino e o feminino, é inerente às sociedades humanas. É o responsável pela estruturação da divisão social do trabalho, na medida em que se faz a partir dos critérios relacionados ao sexo do indivíduo. Entretanto, essa divisão não implica, necessariamente, na desvalorização das atividades atribuídas às mulheres.

Nas sociedades pré-históricas concernia às mulheres a tarefa de coletar alimentos, não por serem consideradas mais fracas fisicamente, mas por somente elas serem capazes de aleitar as crianças. É como assevera Reed (2008, p. 44): "Nenhuma mulher dependia de um homem para seu sustento e nenhuma criatura dependia de um pai ou inclusive de uma mãe para se manter". As mulheres, deste modo, eram fundamentais para a unidade social, já que se mantinham na comunidade. Reed (2008, p. 35) ainda aponta que, enquanto os homens se ocupavam da caça e da guerra, as mulheres desenvolviam a maior parte dos instrumentos, conhecimentos e técnicas que estavam na base da sociedade.

A maternidade não era um instrumento justificador para a submissão ou fragilidade da mulher. Pelo contrário, elas eram consideradas seres mágicos, dotados de força extraordinária, pela sua capacidade de conceber e darem à luz sozinhas. É como considera Reed (2008, p. 35):

Os filhos não eram uma propriedade como os demais artigos de propriedade privada, nem eram estranhos uns aos outros, de acordo com sua riqueza, classe ou raça de suas famílias. Todos os adultos de um clã se

consideravam pais sociais de todas as crianças, e se preocupavam com todos, igualitariamente [...]. Na sociedade comunitária, em que ainda não existia a família como núcleo isolado, era inútil saber quem era o pai biológico, ou inclusive a mãe biológica.

A partir da produção de excedente econômico e da consolidação do pensamento de que o homem é um ser sociável, surgiu-se uma nova propriedade privada, do matrimônio monogâmico e da unidade familiar, retirando das mulheres o protagonismo do espaço público, confinando-as em seus lares e as isolando uma das outras. Por conseguinte, o patriarcado tornou-se uma característica primordial nas relações de gênero, estabelecendo, a partir delas, um processo de dominação-subordinação. Dessa forma, presume-se a presença de dois sujeitos: dominador e dominado.

A ideologia sexista está intrínseca nos agentes sociais de ambas as partes da relação de dominação-subordinação. As mulheres também desempenham, em maior ou menor grau, as funções do patriarca, disciplinando as crianças ou os adolescentes de acordo com a lei do chefe da casa, contribuindo com a ordem patriarcal, ainda que dela não sejam cúmplices. “O gênero não é tão-somente social, dele participando também o corpo, quer como mão-de-obra, quer como objeto social, quer, ainda, como reprodutor de seres humanos” (SAFFIOTI, 2004, p. 125).

O regime patriarcal é compreendido como um direito político, posto que se ampara a partir de uma economia domesticamente organizada, com a finalidade de assegurar aos homens os meios necessários à produção diária e à reprodução da vida. A liberdade civil não pode ser analisada sem considerar a criação do direito patriarcal dos homens sobre as mulheres. Esse sistema é social, visto que origina o direito político dos homens sobre as mulheres, e é também sexual, pois estabelece um acesso sistemático dos homens ao corpo feminino.

É simples identificar os modos que esse regime influenciou o sistema jurídico brasileiro. O Código Civil de 1916 dispunha que cabia ao homem o exercício do pátrio poder e o dever da mulher, ao tornar-se esposa, estava restrito aos diversos direitos civis, contudo, dependiam da autorização do marido para serem por ela exercidos. Ademais, a ausência no Código Penal Brasileiro da tipificação de estupro no interior do âmbito conjugal também é um mecanismo de controle dos direitos reprodutivos da mulher.

Assim, existem divergências de grau no domínio dos homens sobre as mulheres, posto que onde há dominação e subordinação, há resistência e luta. Nesse sentido, apesar das mulheres terem conseguido conquistar direitos e espaços políticos, ocupando posições sociais e econômicas tradicionalmente reservadas aos homens, a base patriarcal ainda permanece.

No âmbito do Direito são notórios os avanços alcançados pelas mulheres. As disposições do Código Civil de 1916, já citados, sofreram significativas alterações com a criação do Estatuto da Mulher Casada, o qual estabeleceu o exercício do pátrio poder a ambos os pais e retirou a capacidade civil da esposa condicionada à anuência do marido. Entretanto, foi apenas com a promulgação da Constituição Federal que o Direito Brasileiro reconheceu a igualdade de ambos os gêneros, inclusive na sociedade conjugal.

Embora o Direito apresente uma capacidade de modificar a realidade, ainda há certas limitações devido à estrutura patriarcal que o sustenta, posto que as leis costumam ser mais reflexivas do que constitutivas das realidades sociais. Devido a esse fato, em diversas situações, os direitos conquistados pelas minorias políticas não se tornam plenos, sejam porque são incorporados à ordem capitalista, de forma que sua eficácia só se dá na medida em que passa a atender os interesses do mercado, sejam porque não adquirem eficácia, sendo apenas letra da lei.

A partir da análise do ordenamento jurídico brasileiro, é perceptível que a influência do patriarcado gera a ausência de intervenção jurídica e estatal em setores marcadamente femininos, no sentido de proteger ou garantir direitos às mulheres. Nesse sentido, só adquirem relevância algumas diferenças biológicas, como a gestação e a amamentação, para as quais são criadas proteções especiais. Entende-se, por exemplo, que a licença à maternidade é um privilégio para as mulheres e não uma medida necessária à coletividade.

Portanto, o direito brasileiro, muitas vezes, desconsidera as necessidades socialmente construídas às mulheres e por ele legitimada. A igualdade jurídica que preconiza o art. 5º da Constituição Federal não é amplamente exercida, pois parte da premissa de que as instituições sociais, incluindo as leis e a administração da justiça, são neutras em relação aos gêneros.

O sistema patriarcal tem apenas os homens como titulares de direitos. Dessa forma, são eles que estabelecem, dentro dos limites desse sistema, como exercerão a dominação do gênero oposto. Há dois tipos de normas: a do estado e a do “pai”,

sendo que uma legitima e integra a outra, pois não existe processo de dominação apartado ao de exploração. O direito patriarcal impregna o Estado e é dele que deriva a liberdade civil. Ao estabelecer este poder de controle dos homens sobre as mulheres, pressupõe-se uma relação de violência, o qual surge a partir do domínio masculino de uma esfera, principalmente o familiar.

Esse processo de territorialização do domínio não é meramente geográfico, mas também simbólico. A violência doméstica não ocorre apenas nos limites do domicílio, podendo um sujeito pertencer àquele determinado território e, igualmente, sofrer esse tipo de violência ainda que não se encontre geograficamente situado nele.

Neste sentido, Machado (2000, p. 14) compartilha da ideia de que na sociedade contemporânea os conflitos e violência existentes dentro das relações de gênero conjugais, podem estar submersos em valores tradicionais do patriarcado representados por pelos “códigos relacionais da honra” e “códigos baseados nos valores do individualismo de direitos”, nos quais os homens estão na figura de provedores e, portanto, se colocam no direito de controlar, fiscalizar e punir suas companheiras, além de cercar-lhes o direito de ir e vir, impedir o acesso ao trabalho, inspecionar órgãos sexuais para garantir que não houve traição e bater se sentem ciúmes ou se não recebem a atenção requerida.

Desse modo, prevalece a legitimidade do valor da “honra” e a legitimidade do poder derivado de sua função de provedor, os quais consideram legítimo o seu comportamento, minimizando e marginalizando o conhecimento dos direitos individuais das companheiras.

Apesar de desconsiderar a desigualdade de poderes entre homens e mulheres na relação conjugal e familiar, faz-se relevante os apontamentos de Machado (2000, p. 14-15) quando ela afirma que o discurso das mulheres na relação conjugal está voltado para “expectativas de um companheiro que, na esfera da sociabilidade entre eles e na divisão de poderes na sociedade conjugal, são referidos e pensados como iguais”.

Portanto, essa idealização não está pautada na valorização de um companheiro “superior” que a coloque numa posição de submissão dentro de uma relação hierárquica, concretizados na prática da violência e controle sobre elas, mas sim na expectativa de um companheiro que seja protetor da família em âmbito afetivo.

O conceito de patriarcado é vantajoso do ponto de vista do movimento político, por evidenciar os problemas relativos à condição feminina ao longo da história, os quais colocavam a relação de subordinação e opressão das mulheres como um fenômeno natural e inevitável dentro da sociedade. Apesar disso, a utilização do termo sem contexto histórico, torna seu significado vazio de conteúdo, obscurecendo o entendimento nas formas de preconceitos estabelecidos nas relações sociais (PISCITELLI, 2004, p. 52).

Nesse sentido, deve-se considerar que a fundamentação do patriarcado ainda está posta, apesar de aparecer reconfigurada devido às novas posições ocupadas pelas mulheres dentro do mercado de trabalho, na educação, na política, visto que nesses mesmos espaços a desigualdade de poder e posição de subordinação em relação ao homem ainda permanecem (GUIMARÃES, 2011, p. 18).

1.2 A CONSTRUÇÃO DOS ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO

Ao analisar a forma de construção dos estereótipos de gênero é necessário definir o que vem a ser o seu papel. Nesse sentido, a primeira etapa é esclarecer os conceitos de sexo e gênero. O termo sexo está adjunto à composição cromossômica do indivíduo e ao tipo de aparelho reprodutor dela resultante. Entretanto, a sua definição foi expandida de modo que abrange as características intrapsíquicas e comportamentais, consideradas típicas de homens e mulheres.

Quando há referência de determinados traços de personalidade distintos dos gêneros, embora considere as diferenças de sexo, ainda assim se está utilizando um construto simbólico de caráter social, cuja base é o valor dos grupos. Essa ambiguidade incentivou os sociólogos contemporâneos preferirem a utilização do termo gênero ao falarem de aspectos psicológicos e comportamentais dos indivíduos.

Além do mais, essa diferenciação torna menos provável à atribuição sistemática das diferenças encontradas entre mulheres e homens aos fatores biológicos. A partir dessa acepção, o gênero é definido como a soma das características psicossociais consideradas apropriadas a cada grupo sexual, sendo a identidade de gênero o conjunto destas expectativas, internalizado pelo indivíduo em resposta aos estímulos biológicos e sociais.

Na contemporaneidade, a construção da identidade de gênero é visualizada como o conjunto de crenças, ações e estereótipos do indivíduo. Katz (1986, p. 54) o explica a partir de seus antecedentes biopsicossociais e de sua influência sobre o comportamento, afirmando que a função de gênero pode sofrer duas interpretações: na perspectiva tradicional, o gênero é um tipo de papel com apenas duas categorias - masculino ou feminino. Ao determinar essas duas alternativas o primeiro enfoque procura responder a seguinte pergunta: como o gênero do indivíduo define a série de papéis sociais que deverá exercer para merecer a aprovação do grupo?

O segundo enfoque no estudo das funções de gênero evidencia as diversas peculiaridades dos papéis sociais que podem ser visualizadas em ambos os sexos, tais como o de trabalhador, cônjuge e genitor, verificando até que ponto o gênero do indivíduo pode influenciar no exercício dessas atividades.

Não obstante, há certas atribuições que são particularmente sensíveis à influência do gênero, em virtude das expectativas do grupo e do próprio sujeito. Esse enfoque busca situações específicas, já que são através delas que melhor se podem constatar as diferenças na expectativa social. Esta última pode influenciar o autoestereótipo definido por Abate e Berrien (1967, p. 435-438) como a aceitação pelo grupo das características que lhe são atribuídas.

O estereótipo de gênero é o conjunto de crenças acerca dos atributos pessoais adequados a homens e mulheres, sejam estas crenças individuais ou compartilhadas. Ashmore e Del Boca (1986, p. 10) definem os estereótipos de gênero como parte da teoria implícita da personalidade construída pelo indivíduo e conservada na memória, como parte do seu sistema geral de valores.

Na década de 70, a corrente tradicionalista, liderada por Broverman, Vogel, Clarkson e Rosekrantz, avaliou as pesquisas anteriores sobre o assunto concluindo que as atribuições vinculadas aos homens e mulheres são constantes, através das variações de sexo, idade, nível educacional e estado civil dos avaliadores. Em seus trabalhos acadêmicos, esses autores forneceram uma lista das características que compõem o ideal de descrição masculina (atividade, competitividade, independência, decisão e autoconfiança). Para as mulheres, predomina a dimensão expressividade-afeição, que inclui a emoção, a gentileza, a compreensão e a dedicação.

Na definição apresentada por Cook e Cusack (2010, p. 13), o estereótipo pode ser notado como uma perspectiva generalizada ou ideal preconcebido a

respeito de atributos definidos como pertencentes aos membros de determinado grupo social em específico, assim como as funções que tais membros devem exercer, desconsiderando as particularidades de cada um, além de ser pré-fixada como um modelo a ser seguido.

Desse modo, os indivíduos podem ser categorizados a partir de critérios específicos desconsiderando suas necessidades, habilidades, circunstâncias e aspirações em particular, o que, por sua vez, interfere no desenvolvimento de sua identidade enquanto sujeito de direitos e deveres.

Os estereótipos de gênero “se referem à construção social e cultural de homens e mulheres, em razão de suas diferentes atribuições físicas, biológicas, sexuais e sociais” (COOK e CUSACK, 2010, p. 27). Por conseguinte, são impostos atributos sociais para os homens, enquanto indivíduos com características de protetor, provedor, agressivo, forte e possuir maior capacidade intelectual.

No que concerne às mulheres cabem às características de cuidadora, dona de casa, delicada, desprotegida, sensível, baixa capacidade intelectual, além de ter o objetivo principal de assumir a maternidade e manter a instituição familiar. Dentro da perspectiva analítica, o contexto histórico do sexo feminino e masculino está atrelado ao conceito de gênero que proporciona um campo vasto de estudo sobre as desigualdades e hierarquias sociais constituídas entre o homem e a mulher (SCOTT, 1989, p. 07).

Apesar de ter a competência para apreciar toda lesão ou ameaça a direito, baseado no princípio da igualdade, esses estereótipos também são observados nas decisões do Poder Judiciário, inclusive no âmbito das relações domésticas e intrafamiliares. Ainda são empregados conceitos morais como "mulher honesta", "inocência da vítima", "boa mãe", para definir questões como separação e guarda de filhos, violência conjugal e crimes sexuais.

É perceptível que as discriminações persistem em razão dos padrões de cultura presentes na sociedade e que são refletidos nas práticas jurídicas institucionais. No intuito de analisar a forma pela qual os direitos das mulheres vêm sendo implantados pelo Poder Judiciário, as pesquisas em processos judiciais, principalmente na Vara de Família, demonstram que as decisões judiciais possuem uma dinâmica contraditória, e compõem um universo heterogêneo, permeado de avanços e retrocessos.

Em certas manifestações judiciais está implícita uma violência simbólica, através de uma dupla moral em relação às exigências comportamentais feitas às mulheres, já que suas maneiras de agir são avaliadas a partir de um parâmetro de adequação a determinados papéis sociais, em que pesos distintos são atribuídos às atitudes praticadas pelos homens e mulheres. Inobstante a observação que nos recentes julgados a tendência seja a amenização dessas discriminações, não há completa uniformidade.

Apesar da existência de normas de direitos humanos no âmbito internacional e nacional que estabelecem a igualdade entre gêneros, somente essas não garantem a sua efetivação devido ao pensamento jurídico dominante. A responsabilidade social da atividade judiciária advém de seu poder coercitivo e, em muitas vezes, as produções de textos no interior dos atos jurídicos se confundem com o próprio Direito. Além disso, essas produções inspiram e legitimam condutas que atingem toda a sociedade, pois as decisões que possuem natureza de lei para determinado caso passam a ser condicionante de outras práticas sociais.

A importância de uma decisão judicial está intrínseca em seu duplo grau de legitimação, seja em relação ao dispositivo que fora utilizado ou a norma que cria junto ao fato em análise. Portanto, cabível afirmar que ao elucidar as leis o Judiciário constrói relações sociais. Em que pese os esforços em relação às medidas legislativas adotadas para mitigar a discriminação e promover a igualdade entre os gêneros, a permanência de normativas infraconstitucionais discriminatórias em relação às mulheres também está condicionada, em grande parte, as medidas judiciais adotadas em relação à questão.

Algumas decisões em determinados tribunais nacionais não garantem a proteção eficaz contra atos de discriminação às mulheres. O Judiciário – em especial nos casos de crimes de violência doméstica e nas Varas de Família – muitas vezes reproduzem estereótipos contra as mulheres. Essa situação é perceptível em sentença proferida no ano de 2007, pelo juiz Edilson Rodrigues quando era titular da 1ª Vara Criminal e Juizado da Infância e Juventude de Sete Lagoas (MG). Na ocasião, o magistrado utilizou declarações discriminatórias de gênero em um processo que tratava de violência contra a mulher. Em seu despacho, ele afirmou que “o mundo é masculino e assim deve permanecer”. Além dos autos, o juiz também teria manifestado a mesma posição em seu blog na internet e em entrevistas à imprensa.

Ademais, ele declarou a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, considerada um marco na defesa da mulher contra a violência doméstica. Dessa forma, é notório que o conteúdo de decisões judiciais, por diversas vezes, não contempla devidamente os princípios de igualdade, em relação à mulher.

No que diz respeito à violência doméstica contra a mulher, os primeiros estudos amplamente divulgados em relação à atuação do Judiciário surgiram na década de 80, especialmente por iniciativa de profissionais oriundos de outros campos do saber, tais como antropólogas e sociólogas. Nesse sentido, foi publicado o estudo de Ardaillon e Debert (1987), intitulado "Quando a vítima é mulher", promovido através do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher.

No âmbito da Sociologia, as publicações mais recentes de Izumino têm abordado de forma consistente os estereótipos, preconceitos e discriminações ainda presentes nas decisões judiciais e na atuação de diversos operadores do Direito.

Com o fim de demonstrar o nível de incorporação dos estereótipos por parte dos operadores do Direito em relação à mulher, vale resgatar o resultado de estudos e reflexões desenvolvidos pela Professora Silvia Pimentel acerca de decisões exemplares no que se referem aos temas específicos da legítima defesa da honra e do estupro, como é asseverado em seu artigo “Legitima Defesa da Honra - Illegítima impunidade de assassinos. Um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina”.

Essas acepções estereotipadas dos gêneros são pré-estabelecidas socialmente, compartilhadas entre descendentes de forma inconsciente e inerente à cultura humana ao longo dos séculos e presentes no âmbito jurídico, sendo aceitas de forma natural. Nesse sentido, é legitimada a suposta superioridade atribuída ao homem sob a mulher, assim, consolidando a relação de poder masculina em detrimento da feminina.

1.3 DEFINIÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SUAS MANIFESTAÇÕES

A definição de violência é compreendida como um fenômeno multifacetado, complexo, amplo e plural, inerente nas relações sociais, como realidade concreta e vivenciada pelos indivíduos. Bobbio (1993, p. 03-04) dá uma definição ampla dos elementos que compõe a violência. Ao em vez de utilizar o substantivo *dano*, refere-se a uma modificação prejudicial no estado físico do indivíduo:

A violência pode ser direta ou indireta. É direta quando atinge de maneira imediata o corpo de quem a sofre. É indireta quando opera através de uma alteração do ambiente físico no qual a vítima se encontra (por exemplo, o fechamento de todas as saídas de um determinado espaço) ou através da destruição, da danificação ou da subtração dos recursos materiais. Em ambos os casos, o resultado é o mesmo: uma modificação prejudicial do estado físico do indivíduo que é alvo da ação violenta.

Violência é um conceito que dá margem a um número infinidável de abordagens: antropológica, psicológica, cultural, política e etnológica. A partir do seu contexto, é exposta uma definição diferente.

Nesse sentido, dispõe o preâmbulo da Convenção de Belém do Pará (1994): “Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”. Nessa definição, há os dois elementos principais que compõe a violência: ocorrência de dano e ação intencional. Uma conduta baseada no gênero é sempre intencional, já que essas ações só se realizam porque está posta uma oposição entre o masculino e o feminino, em que o feminino é o lado mais frágil.

Chauí (1985, p. 25-30) comprehende o fenômeno violência como uma realização determinada das relações de força, tanto em termo de classes sociais quanto em termos interpessoais. A interpretação da autora se assemelha a de Arendt (1994, p. 23-25) que dispõe que o poder é a expressão da união da coletividade, expressão da justiça e espaço de criação de direitos, sem coação. Ela entende como força a ausência do poder, portanto, é a capacidade coletiva de tomar decisões consensuais sobre a existência da coletividade.

O desejo, nessa relação, é a opressão de um grupo ou pessoa em detrimento de outra, como é demonstrado na coação física e psíquica. Chauí (1985, p. 28) considera a violência por dois ângulos: como conversão de uma diferença em uma relação hierárquica de desigualdade com fins de dominação, de exploração e de opressão e como a ação que trata um ser humano não como sujeito, mas como coisa.

As determinações biológicas foram utilizadas para estabelecer uma relação hierárquica de desigualdade entre homens e mulheres, com a finalidade de dominação de um gênero sobre o outro, tendo a anuência social. Essa relação é tão

imponente que a mulher abstrai o discurso do homem como se fosse o seu e assimila um comportamento digno desse discurso.

Nesse sentido, perpetuam-se os discursos naturalizadores que insistem na existência de duas “espécies” com qualidades e aptidões particulares (CHAUÍ, 1985, p. 32). Essas disparidades respaldam na violência que a mulher sofre desde os primórdios até a contemporaneidade, sendo manifestada no campo político, jurídico, social, comunitário e interpessoal.

O poder do homem sobre a mulher é concebido pelo ordenamento social patriarcal e nutre, através de suas práticas sociais, esse tipo de relações de gênero. Ademais, o respaldo que o legitima é encontrado na sociedade. Dessa maneira, há uma sanção social positiva que incentiva o desenvolvimento da agressividade, sendo essa o resultado da naturalização da violência contra a mulher no âmbito familiar, com base no fomento de ideais sobre a natureza feminina de tal modo que os membros de uma sociedade, por respeitarem essa natureza, não se consideram seus autores ou suas vítimas (CHAUÍ, 1985, p. 37).

Sob a perspectiva da antropologia social, Gullo (1998, p. 14) dispõe que a violência funciona como um filtro que permite esclarecer certos aspectos do mundo social quando se diz respeito ao grupo e seu significado no contexto das relações sociais, no qual a violência é um mecanismo social que expressa os pensamentos de uma determinada sociedade e depende de estímulos provenientes da própria sociedade. Na contemporaneidade, a violência contra a mulher é um reflexo do tipo de sociedade que foi se construindo ao longo dos séculos.

No Brasil, o autoritarismo instaurou-se tanto no campo político como nos círculos familiares, revelando o caráter de um país com um mínimo de espaço para a implantação da cidadania (VELHO, 1981, p. 05).

Em relação às manifestações de violência de gênero, Saffioti (2004, p. 115) entende que esse tipo de violência pode ser dividido em duas modalidades: a violência doméstica e a violência familiar. Cunha (2008, p. 28) considera outra modalidade: a violência conjugal.

A violência doméstica é aquela considerada como restrita ao espaço físico da área doméstica, inclui os indivíduos que podem ou não pertencerem ao grupo familiar com uma função parental, porém, os quais convivam no mesmo espaço doméstico, incluindo os que frequentam o ambiente casualmente (KOLLER e NARVAZ, 2006, p. 08).

Campos (2009, p. 145) considera que para ser definido como violência doméstica a sua prática deve possuir três características fundamentais: existir hierarquia de gênero, existir relação conjugal ou afetiva entre as pessoas e, por fim, a violência deve ocorrer corriqueiramente.

Os autores Koller e Narvaz (2006, p. 08) compreendem como violência intrafamiliar:

Toda ação e omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento de outro membro da família, incluindo pessoas que passam a assumir função parental, ainda que sem laços de consanguinidade, e em relação de poder à outra.

Desse modo, é um fenômeno complexo, o qual envolve história familiar e contexto social no qual os indivíduos estejam inseridos (FALEIROS e GOLDMAN, 2008, p. 46). Pode ocorrer dentro ou fora do domicílio, com qualquer de seus membros, mulher, criança, adolescente ou idoso dentro das suas relações pessoais, por meio do exercício de poder, dominação e controle do outro, produzindo um efeito cascata, sendo perpassado entre as gerações de pai e mãe para filho (CAVALCANTI e SCHENKER, 2009, p. 65).

Como uma das modalidades da violência de gênero se tem a violência conjugal, a qual se verifica entre os cônjuges que convivam ou tenham convivido na mesma unidade domiciliar perpetrada por parceiros íntimos, vinculados a um relacionamento afetivo independentemente de estarem juntos ou não.

Cunha (2008, p. 168) esclarece que: “Ela envolve atos repetitivos, que vão se agravando, em frequência e intensidade, como coerção, cerceamento, humilhação, desqualificação, agressões físicas e sexuais, ameaças e até mesmo a morte”, sendo apresentada no espaço da relação conjugal pelo desejo de poder do homem sobre a mulher, uma vez que, em sua maioria, os agressores são homens e as vítimas são mulheres, apesar de se apresentar, mesmo que em menor grau, a violência da mulher contra o homem.

Ao estabelecer um sentido a violência, é notório perceber que “a perspectiva de gênero trouxe uma contribuição relevante para o estudo do fenômeno da violência”, enquanto fenômeno que se expressa no âmbito das “relações que recortam o conjunto de todos os segmentos da sociedade, o qual escapa à esfera de

atuação do Estado” não sendo um fator apenas encontrado nas classes menos favorecidas. (HEILBORN; SORJ, 1999, p. 209-210).

Compreender o fenômeno da violência sobre uma perspectiva de gênero, o qual está atrelado a relações de poder e desigualdade que se estabelece entre o feminino e o masculino, é fator importante para que se compreenda tal fenômeno como multifacetado e com várias dimensões, as quais estão para além do que se pode materializar.

2 CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

2.1 LEIS, CONVENÇÕES E TRATADOS: DIREITOS HUMANOS NA LUTA DAS MULHERES POR DIREITOS

Na teoria dos direitos fundamentais, a “expressão direitos humanos” é usada para designar as aspirações mais genéricas dispostas nas normas internacionais, à medida que os “direitos fundamentais” indicam essas pretensões no aspecto positivado da ordem jurídica. É nesse período que esses direitos recebem a proteção do Estado e tornam-se uma força cogente.

Na contemporaneidade, ao revelar o caráter sistêmico das sociedades modernas, começou-se a observar um padrão à especificação dos direitos humanos em determinados grupos ou até mesmo em interesses particulares. É o que ocorre nas normas internacionais contra o genocídio, a discriminação racial e na proteção da criança, do adolescente e do idoso.

A partir da criação desses organismos internacionais de defesa dos direitos humanos, surgidos nos pós-guerra, as reivindicações feministas por direitos às mulheres passaram a ser consagradas em convenções internacionais. Essas convenções foram aderidas a determinadas nações que, a partir de ratificações, se comprometeram a introduzir na legislação nacional os postulados contidos nas convenções internacionais.

Nas últimas décadas, a internacionalização do Direito tem sido um desafio, posto que a formação de tratados e convenções se adere aos dispositivos nacionais que combatem a violência contra a mulher em todas as suas dimensões. Nos últimos anos, as atividades da Organização das Nações Unidas (ONU) vêm no sentido de alertar os operadores do direito, em geral, para adquirirem maior

conhecimento sobre a aplicação das normas internacionais de Direitos Humanos, além de compreenderem acercadas convenções e tratados assinados e ratificados pelo Brasil como membro da ONU que está submetido ao ordenamento jurídico internacional.

Em relação à igualdade de gênero, com suporte da atuação dos movimentos feministas, a Conferência dos Direitos Humanos de Viena de 1993 redefiniu as delimitações entre a esfera pública e privada, superando a divisão que caracterizava as teorias clássicas do Direito. Em consequência a essa reformulação, os abusos ocorridos no âmbito privado, como o estupro e a violência doméstica, passam a ser interpretados como crimes contra os direitos da pessoa humana.

A Declaração de Viena, de 1993, foi o primeiro instrumento internacional que utilizou a expressão “direitos humanos da mulher”, conforme o seu art. 18, inciso I:

Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional.

Foi adotada pela Assembleia Geral da ONU, após a Conferência de Viena, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher. Portanto, apenas em 1993, com a Declaração e o Programa de Ação de Viena, é que os direitos humanos das mulheres auferiram, pela primeira vez, o reconhecimento integral da comunidade internacional.

A violência contra a mulher está ambientada em todas as classes sociais, raças, etnias, culturas nacionais e internacionais, tanto no Oriente como no Ocidente. É como observa Saffioti (1995, p. 04): “A violência contra a mulher manifesta-se em todas as sociedades falocêntricas. Como todas o são, em maior ou em menor medida, verifica-se a onipresença desse fenômeno”.

No documento oficial da ONU intitulado *Los Derechos Humanos Hoy* (1998, p. 44) é demonstrado à magnitude da questão:

Em *El Progreso de las Naciones*, 1997 un informe del UNICEF, se disse que la violencia contra las mujeres y las niñas es la violación más generalizada de los derechos humanos en el mundo actual. La violencia contra la mujer,

que se produce em todos losmedios económicos, sociales, culturales y religioso, es um fenômeno pernicioso que asume una desalentadora variedade de formas y tieneconsecuencias para las vidas de millones de mujeres.

O Estado brasileiro ratificou convenções relevantes no campo dos Direitos Humanos, os quais possuem força de lei no país, podendo ser considerados princípios gerais do direito e utilizados na aplicação da lei pelo Poder Judiciário, sendo elas: Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Contra a Mulher (1979); Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 1993); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção Belém do Pará, 1994); Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (Cairo, 1994); Conferência de Cúpula para o Desenvolvimento Social (Copenhague, 1995); Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz (Pequim, 1995).

A Convenção de Belém do Pará insere-se no quadro normativo de Proteção Internacional dos Direitos da Mulher. Em seu capítulo I, no art. 1º, define-se violência contra a mulher: “Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

A Convenção inova ao introduzir o conceito de violência baseada no gênero, em que dispõe a acepção no sentido de que é uma violência cometida pelo fato de a vítima ser mulher, caso não o fosse, provavelmente, a violência não ocorreria. Ademais, amplia o âmbito de aplicação dos direitos humanos, tanto na esfera pública (ocorrida na comunidade), como na esfera privada (no âmbito da família ou unidade doméstica) e relaciona os tipos de violências possíveis sem ser taxativa: estupro, maus-tratos, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual.

No art. 5º da Convenção, os Estados-partes atestam que a violência contra a mulher impede e anula o exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A indivisibilidade dos direitos humanos é instituída e reafirma-se que uma vida livre de violência é o modo adequado de garantir o pleno gozo dos direitos humanos.

Nessa diretriz, a Convenção Cedaw possibilitou um primeiro passo à devida existência da Lei n.º 11.340/06 na legislação brasileira. A referida convenção é composta por 30 artigos, dos quais 16 estabelecem os seguintes preceitos: a não discriminação da mulher e a igualdade; as obrigações dos Estados-partes; o sistema de cotas; a modificação de padrões socioculturais; a supressão do tráfico de mulheres e exploração da prostituição de mulheres; a participação política da mulher; sobre a capacidade jurídica da mulher em igualdade de condições com o homem e a igualdade no exercício pela mulher de seus direitos legais com relação ao casamento e à família.

Conforme assevera Almeida (2015, p. 120), essa convenção deve ser o parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, conduzindo as políticas públicas à eliminação da discriminação contra a mulher, através da adoção de medidas legais, políticas e programáticas.

No âmbito da Constituição Federal brasileira há três artigos de suma notoriedade em relação à luta contra a violência doméstica contra mulher e que estabelecem um caráter público à questão. O art. 226, §8º estipula a obrigatoriedade do Estado em criar mecanismos para coibir a violência no âmbito da família, o art. 5º, § 3º confere status constitucional aos tratados e convenções internacionais subscritos pelo governo brasileiro, incluindo os relativos aos direitos humanos das mulheres, e o art. 227, § 4º, prevê que a Lei n.º punirá o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Campos e Corrêa (2011, p. 141) dispõem que:

Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter introduzido mudanças significativas no modelo de família, impondo normas isonômicas e anti discriminatórias, nota-se que, culturalmente, o poder físico, econômico, psicológico, social e, sobretudo, emocional continua centrado na figura do homem. Isso mostra que avanço legislativo nem sempre é suficiente para a transformação da realidade.

Na modernidade, cada vez mais há a representação dos movimentos humanitários, tanto nacionais quanto internacionais, os quais preconizam que a valorização da mulher é um bem para a humanidade, por isso, é preciso desenvolver estratégias de igualdade entre os gêneros, respeitando suas especificidades. Desse

modo, é visível que uma vida livre de violência é a concretização do princípio da não violência na normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2.2 A CRIAÇÃO DA DELEGACIA DE DEFESA DA MULHER E DA CASA ABRIGO

Surgem no Brasil, na década de 80, a Delegacia de Defesa das Mulheres (DDM) e as Casas de Abrigos com a função de conceder orientações jurídicas, psicológicas e sociais as mulheres vítimas de violência doméstica. A sua instituição, devido às demandas do movimento feminista, foi no intuito de combater essa espécie de violência. Nesse sentido, sua criação oportunizou o reconhecimento e a divulgação dessa questão, atribuindo a responsabilidade aos entes públicos.

O Decreto n.º 23.769/85, que criou a primeira delegacia da mulher, estabeleceu que essas deveriam investigar os “delitos contra a pessoa do sexo feminino”, previstos no Código Penal. Anterior à vigência do Decreto já haviam as delegacias de polícia especializadas na investigação de certos tipos de crimes, como homicídio e tráfico de drogas. Contudo, até o surgimento da DDM, a especialização do trabalho policial não tinha como critério a identidade da vítima. Essa iniciativa incentivou a criação de outras delegacias especializadas com base no mesmo critério, como as delegacias de crimes raciais e de crimes contra os idosos.

As Delegacias e as Casas de Abrigos foram estruturadas pelos respectivos governos estaduais a partir de 1985. Conforme Silva (2001, p. 78), as DDMs constituíram, até recentemente, como a principal política pública de prevenção e combate à violência contra a mulher.

No entanto, no início de seu surgimento, essas instituições eram conduzidas a partir das vontades políticas dos governos e movimentos políticos predominantes. Posteriormente, ocorreu o processo de exclusão do movimento feminista diante do monitoramento desses espaços, além da dificuldade de acesso às políticas de segurança pública, voltando sua atenção apenas à investigação de crimes sexuais e contra a pessoa, ignorando os crimes contra a liberdade pessoal, os quais faziam parte da maioria das demandas das mulheres ao buscarem essas instituições (PASINATO e SANTOS, 2008, p. 178).

Santos (2010, p. 158) destaca que:

O processo de negociação quanto às atribuições que foram dadas às DDMs mostra que o Estado de fato absorveu parcialmente as propostas feministas e traduziu-as em um serviço policial que se tornou o centro das políticas públicas de combate à violência doméstica em todo o país. Mas esta tradução também significou uma traição, na medida em que restringiu a abordagem feminista à criminalização.

Desse modo, promoveu-se um movimento de consolidação para a capacitação profissional dos agentes de polícia voltados a uma perspectiva de gênero com o intuito de estabelecer nesses espaços um atendimento para além da criminalização e revitimização, diante das queixas apresentadas pelas mulheres vítimas de violência doméstica.

Apesar dessa capacitação não ter se perpetuado nos primeiros anos de sua criação, as DDM se as Casas de Abrigos foram instituídas em larga escala nos estados brasileiros, tornando-se instituições de produção de uma consciência política ampliada em respeito à violência contra a mulher como um problema a ser enfrentado e rompido no âmbito das relações sociais (BANDEIRA, 2009, p. 57).

Apesar de sua expansão, o estado do Tocantins possui apenas um abrigo público para mulheres vítimas de violências doméstica, no município de Palmas e três Centros de Referências (CRAS), localizados em Arraias, Augustinópolis e Natividade. A Casa de Abrigo de Palmas é administrada pela prefeitura da cidade e acolhe as vítimas em situação de risco em todo o estado, visto que os outros municípios não possuem essa estrutura. Contudo, por ser a única do estado, muitas vezes não suporta a demanda, visto que o Tocantins é o 7º estado mais violento para as mulheres, segundo o levantamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) realizado em 2015.

É essencial salientar que o tratamento dado ao problema pelos órgãos públicos revela um estágio de desigualdade e de dominação os quais estão submetidas às mulheres na sociedade. De acordo com Rocha (2001, p. 113-114): “A dinâmica e a lógica do campo jurídico, ao enfrentar a questão da violência doméstica contra a mulher, demonstram o confronto de uma visão de mundo e de uma cultura jurídica dominantes, com visões e culturas não hegemônicas que lutam por se impor”.

É notória a negligência dos entes públicos em relação a essa adversidade e que, portanto, exigem-se providências por parte das autoridades visto que há uma

demanda que necessita da implantação de políticas públicas que possam assegurar condições de garantir a integridade física, psicológica e social das mulheres no intuito de manterem ou tornarem livres de qualquer tipo de violência.

2.3 REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA NA PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Lei n.^º 11.340/06 é a primeira legislação especial brasileira que reconhece a violência familiar e doméstica contra a mulher como violação dos direitos humanos. É uma das conquistas mais importantes dos direitos das mulheres, posto que reconhece a violência que, por muito tempo, foi percebida como restrita a esfera privada das relações conjugais e de família. Por meio dos seus dispositivos, essa norma possui recursos que visam enfrentar a violência por meio da proteção, assistência e criminalização do autor da agressão (SANTOS, 2010).

Em vigor desde o dia 22.09.2006, a Lei Maria da Penha dá cumprimento à Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), da OEA, ratificada pelo Estado brasileiro há 11 anos, bem como à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), da ONU.

A nova Lei encontra fundamento na Constituição Federal de 1988 que determina a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares. Ademais, considera os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, além dos direitos e garantias fundamentais de igualdade entre homens e mulheres e a incorporação no país de direitos e garantias presentes nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Pasinato (2010, p. 220) preconiza que a implantação dessa Lei articula três eixos de atividade. O primeiro eixo prevê uma intervenção punitiva à violência, adotando medidas voltadas para delitos, como a apuração de inquérito policial, a prisão em flagrante, preventiva - verificada o risco iminente à integridade física, moral, psicológica e patrimonial da mulher - ou por condenação, o exercício de ação penal pública incondicionada nos casos previstos no Código Penal, além de impedir a aplicação da Lei n.^º 9.099/95 em crimes caracterizados como violência doméstica contra a mulher.

O segundo prevê ações direcionadas às medidas protetivas de urgência, que possui a finalidade de proteger a integridade física e psicológica da mulher, e as medidas de assistência que abrangem o atendimento jurídico, psicológico e social. Por fim, o terceiro eixo compreende as medidas de prevenção, as quais articulam as ações no intuito de reprimir e impedir a reprodução social da violência com base no gênero.

A partir dessa perspectiva, a Lei Maria da Penha retirou a possibilidade da atuação dos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs) no âmbito da violência doméstica contra a mulher, o excluindo do rol dos crimes de menor potencial ofensivo.

Ao considerar a violência de gênero enquanto uma categoria ampliada “rompe com a tradição jurídica de incorporação genérica da violência de gênero nos tipos penais indiscriminadores tradicionais” (CAMPOS e CARVALHO, 2011, p. 145). Nesse sentido, caracteriza a violência doméstica contra a mulher como um problema social de responsabilidade do Estado, sob a perspectiva de punição de seu autor a fim de coibir tais situações.

A aplicação das medidas protetivas de urgência (MPUs) concedidas à mulher em situação de risco são possíveis caso o juiz determine medidas cautelares a fim de preservar a integridade física da vítima, na função de protegê-la de novas agressões. Ademais, o juiz poderá determinar outras medidas ao ofensor além daquelas elencadas no rol taxativo do artigo 22 da Lei n.º 11.340/06:

- I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
 - a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Essas medidas são aplicadas isolada ou cumulativamente podendo ser estendidas aos familiares e ao patrimônio, ouvindo-se o Ministério Público, assim como podem ser revogadas caso seja incompatível ao processo.

Acerca da eficácia dessas medidas, a Lei n.º 13.641/18 as altera dispondo que o seu não cumprimento é considerado crime, conforme o art. 24-A da Lei n.º 11.340/06, passível de detenção de três meses a dois anos, sendo possível a prisão em flagrante.

Essa Lei ainda dispõe sobre as criações dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), os quais competem processar e julgar matérias cíveis e criminais, podendo versar sobreas questões relativas à Vara de Família.

Passinato (2011, p. 137) considera que “A atuação de uma equipe multidisciplinar atuando exclusivamente nos Juizados é um elemento definidor da especialização destas instâncias”, tendo em vista que a violência praticada contra a mulher é um fenômeno complexo e que necessita da intervenção de profissionais de diversas áreas de conhecimento.

Em relação ao enfretamento da violência doméstica, sobre a perspectiva de prevenção e assistência, a Lei traz como um dos seus instrumentos as ações no âmbito das políticas públicas. Essa apresenta como medida de prevenção à violência as ações integradas nas áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação, as quais visam proteger às vítimas e preservar sua integridade física e psicológica.

Conforme o exposto, a partir da perspectiva em relação ao combate à violência com a consolidação de ações de enfrentamento, proteção e prevenção, reconhecendo as desigualdades de gênero estabelecidas entre o masculino e o feminino, a Lei Maria da Penha ofereceu inovações relevantes no propósito de coibir a violência contra a mulher a qual era desconsiderada pelo setor público e banalizada socialmente.

Considerando a importância dessas inovações, é visível que essa Lei esteja proposta como um instrumento de direitos das mulheres, a qual possibilita as vítimas a devida proteção, prevenção e assistência a fim de que elas possam se desvincilar da violência sofrida no âmbito doméstico.

Apesar das novidades dispostas ainda há dificuldades em sua implantação devido à falha na articulação dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –

os quais possuem a função de proporcionar a efetiva ampliação e fortalecimento dos serviços voltados para as mulheres no âmbito das políticas públicas de assistência e prevenção à violência (BRASIL, 2011, p. 205).

É perceptível uma resistência significativa no âmbito do Poder Judiciário quanto à aplicação da lei, devido à intervenção dos operadores do direito a partir de concepções estereotipadas a respeito desse modo de violência, vista como “simples descontentamentos” ou “incidentes domésticos”, influindo sob a perspectiva de conciliação e re-privatização da violência doméstica em detrimento da garantia de direitos (ROCHA, 2001, p. 194).

Em outro aspecto, conforme preconiza Debert e Oliveira (2008, p. 57), a Lei n.º Maria da Penha centraliza-se nas relações conjugais e familiares, desconsiderando, assim, a violência que ocorre nos locais públicos, nas relações sociais de trabalho, dentre outras as quais são praticadas contra as mulheres em detrimento do gênero. Nessa perspectiva, é necessário compreender que a aplicabilidade da lei precisa ser consentida pela vítima da violência que ampara a proteção judicial, nos casos em que é necessária sua representação. Portanto, a confiança em sua eficácia por parte da vítima é imprescindível para que haja a representação e sua devida aplicação.

3 A TEORIA DA RESPONSABILIDADE DE CLAUS ROXIN PARA SUPORTE A TESE DE LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA

3.1 EXCLUSÃO DE ILCITUDE E CAUSAS SUPRALEGAIS EXCLUDENTES DE CULPABILIDADE

O fundamento basilar da legítima defesa antecipada ocorre quando o sujeito se antecipa de um ataque futuro e determinado, atacando seu agressor de forma adiantada, em oportunidade ímpar, visto que não possuirá de meios necessários para resistir tal ataque.

A principal diferença entre a legítima defesa clássica e a legítima defesa antecipada é a ausência de o requisito tocante à agressão ser atual ou iminente, pois para o acolhimento dessa tese, a agressão seria futura e certa.

Conforme Douglas (1995, p. 429-430), por a referida tese não ser contemplada no ordenamento jurídico brasileiro, a vítima, além de ser impelida a defender-se, antecipando-se da agressão futura e determinada, ainda teria que se submeter a um processo criminal. Nessas circunstâncias, o indivíduo seria vítima por duas vezes, uma por quase sofrer a agressão e a outra por ser submetido a um processo criminal que poderia lhe trazer prejuízos irreparáveis.

A teoria da responsabilidade, proposta pelo penalista alemão Claus Roxin, sustenta as alegações da legítima defesa antecipada como causa supralegal de exclusão da ilicitude, o qual substitui a culpabilidade por responsabilidade para complementar o injusto na teoria do delito.

Moreira dispõe que a teoria da responsabilidade (2008, p. 16):

[...] consiste em acrescentar um novo conceito à culpabilidade, aproveitando a tradicional culpabilidade e inserindo a necessidade de prevenção especial e geral positiva, ou seja, apesar do sujeito ter praticado uma conduta típica e ilícita, não haveria a necessidade de ser responsabilizado, ficando este livre da sanção penal (por prevenção especial e prevenção geral), pois seu ato não o colocou a margem da sociedade. Desta forma, a própria sociedade repele a aplicação da punição. Por conseguinte, a necessidade de prevenção geral positiva é abortada, partindo da análise do caso específico, da verificação da falta de responsabilidade da inexistência de maus exemplos sob o prisma do funcionalismo.

Para Moreira *apud* Roxin (2008, p. 14) não é essencial aplicar uma sanção penal quando o agente, apesar de ter praticado um ato ilícito, não necessita ser ressocializado e quando a ausência de punição não trouxer uma anuênciam a impunidade perante a sociedade, posto que essas são as principais funções das penas. Ademais, considerando que o agente é socialmente integrado e só cometeu o ato ilícito devido a uma situação específica, não seria necessária a aplicação da pena.

De acordo com a doutrina tradicional majoritária, crime é conceituado como toda ação típica, antijurídica e culpável. Contudo, em algumas situações previstas no artigo 23 do Código Penal, apesar do fato ser ilícito, não será punível por estar amparado por causas excludentes de ilicitude.

Além das circunstâncias previstas no artigo 23 do Código Penal, ainda há outros meios de se excluir a ilicitude. Para Bitencourt (2010, p. 358): “Apesar da omissão da legislação brasileira a respeito da possibilidade de se reconhecer a existência de causas supralegais de exclusão de antijuridicidade, a doutrina e a jurisprudência nacionais admitem sua viabilidade dogmática.

Nesse sentido, Bitencourt *apud* Menzger (2010, p. 358) preconiza:

[...] a existência de causas justificantes supralegais é uma decorrência natural do caráter fragmentário do Direito Penal, que jamais conseguiria catalogar todas as hipóteses em que determinadas condutas poderiam justificar-se perante a ordem jurídica, mesmo quando eventualmente venham a se adequar a algum tipo penal.

Bitencourt (2010, p. 359) afirma que a natureza dinâmica das relações sociais e a indispensabilidade da contextualização do Direito Positivo exigem a abdicação de uma concepção meramente positivista das normas permissivas e as causas supralegais possam ser fundamentadas a partir dos princípios gerais de direito, da analogia e dos costumes, em virtude do caso concreto exigir. Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência jurídico-penais brasileiras estão suficientemente maduras e atualizadas para analisá-lo e admitir eventuais causas supralegais.

Apesar disso, ainda há o posicionamento minoritário quanto a não aplicação das causas supralegais, conforme dispõe Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 335):

Depois da Segunda Guerra Mundial, quando a inexigibilidade converteu-se em perigoso argumento, com a finalidade de excusar crimes atrozes, ou a participação deles, a legislação positiva começou a polir as fórmulas legais, e mesmo os autores alemães foram abandonando a tese da eximite autônoma da inexigibilidade de outra conduta, para que a mesma permanecesse apenas como fundamentação genérica de todas as causas de inculpabilidade. Diante da vigente legislação positiva brasileira, e da maneira como temos entendido as hipóteses de inculpabilidade, cremos que se torna totalmente desnecessária a busca de uma eximite autônoma de inexigibilidade de conduta diversa, que pode ter atendido a exigências históricas já superadas, mas cuja adoção, hoje, prejudica toda sistemática da culpabilidade.

Em relação aos elementos objetivos e subjetivos das causas de justificação, Bitencourt (2010, p. 359-360) assevera que os elementos puramente objetivos “seriam indiferentes à relação anímica entre o agente e o fato justificado”. Já para a doutrina majoritária é primordial a presença dos elementos objetivos e subjetivos “sendo necessário que o agente tenha consciência de agir acobertado por uma excludente”, ou seja, é necessário que o agente queira atuar conforme o que preconiza as normas. Um exemplo disso é que “só age em legítima defesa quem o faz com *animus defendendi* (BITENCOURT, 2010, p. 360).

Desse modo, caso o agressor esteja prestes a sacar sua arma para matar um indivíduo e este revide imediatamente movido por vingança, não estará amparado pela legítima defesa posto que não houve a intenção em agir apenas para se defender.

4 LEGÍTIMA DEFESA

4.1 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Estado, através de seus representantes, não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pelo qual concede aos seus cidadãos a prerrogativa de, em determinadas situações, agir em sua própria defesa. No entanto, essa permissão não é ilimitada, pois encontra suas limitações no Código Penal.

A legítima defesa, diversamente do que preceitua a vingança privada, ocorre quando o agente se encontra diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, o responsável constitucionalmente pela segurança pública, uma vez presente os requisitos legais de ordem subjetiva e objetiva, age em sua defesa ou em defesa de terceiros.

Esse é o pensamento de Greco *apud* Reale (2012) quando aduz que “a natureza do instituto da legítima defesa é constituída pela possibilidade de reação direta do agredido em defesa de um interesse, dada à impossibilidade da intervenção tempestiva do Estado, o qual tem igualmente por fim que interesses dignos de tutela não sejam lesados”.

Bruno (2005, p. 360) destaca que:

A posição da legítima defesa no sistema jurídico-penal vigente é uma causa de exclusão da antijuricidade. A ordem jurídica visa à proteção dos bens juridicamente tutelados. E não só punir a agressão, mas preveni-la. Quem defende, seja embora violentamente, o bem próprio ou alheio injustamente atacado, não só atua dentro da ordem jurídica, mas em defesa dessa mesma ordem. Atua segundo a vontade do Direito. O seu ato é perfeitamente legítimo e exclui, portanto, a hipótese de crime. Não há, na ocorrência, conflito de bens ou interesses. Há um só interesse a ser tomado em consideração pelo Direito a ser protegido, da maneira que se fizer necessária sua incolumidade. Não se põe direito contra direito, mas direito contra ilícito. Por isso, não há que atender, em princípio, à proporcionalidade entre bens, mas à força e ao perigo contidos na agressão. Não pode ser conforme à ideia do Direito que o agente assista impassível à agressão ilegítima do bem próprio ou de outrem. Von Ihering chegou a transformar a defesa do direito em dever. Alguns falam em verdadeiro direito subjetivo de que se acha investido o que defende o bem jurídico ameaçado.

Em sentido contrário, GRECO *apud* CEREZO (2012, p.382) aduz:

A impossibilidade de atuação dos órgãos do Estado não é sequer um pressuposto ou requisito da legítima defesa. Se a agressão coloca em perigo o bem jurídico atacado, a defesa é necessária com independência de que os órgãos do Estado possam atuar ou não nesse momento de um modo eficaz. Se o particular, ao impedir ou repelir a agressão, não vai mais além do estritamente necessário e concorrem os demais requisitos da eximente, estará amparado pela mesma, ainda que um agente da autoridade houvesse podido atuar nesse mesmo momento, do mesmo modo.

O Código Penal, em seu artigo 25, conceitua legítima defesa trazendo, no tipo permissivo, todos os seus elementos caracterizadores. Ademais, “procurou evitar, mantendo a tradição, que tal conceito nos fosse entregue pela doutrina e/ou mesmo pela interpretação dos Tribunais” (GRECO, 2012, p. 382). O legislador, no artigo 25, do Código Penal, a definiu da seguinte forma: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

4.2 REQUISITOS

4.2.1 Injusta agressão

A legítima defesa é um instituto que possui a finalidade de proteger bens que estejam sendo lesados ou ameaçados de lesão por uma conduta proveniente do homem. Esclarece Greco *apud* Welzel, “por agressão deve entender-se a ameaça de lesão de interesses vitais juridicamente protegidos (bens jurídicos), proveniente de uma conduta humana”.

Desse modo, a agressão só pode ser proveniente do homem. Além disso, ela deve ser reputada como injusta, ou seja, não pode ser amparada pelo ordenamento jurídico vigente.

O direito à liberdade é tutelado constitucionalmente no artigo 5º da Constituição Federal. Nesse sentido, qualquer constrição ilegal a ela é passível de legítima defesa. Contudo, há determinadas situações que esse direito cede à

possibilidade de ser restrin-gido. Greco (2012, p. 386) dispõe um exemplo dessa situação:

Suponhamos que tenha sido fundamentalmente decretada à prisão preventiva de alguém. De posse do mandado respectivo, a autoridade policial, atendendo à ordem judicial, sai à procura do agente e o prende. Está, aqui, havendo um cerceamento de seu direito de ir, de vir ou de ficar. Entretanto, tal cerceamento não é contrário ao nosso ordenamento jurídico, pois que realizado de acordo com as prescrições legais. Embora o agente se veja privado de seu direito de locomoção, não pode ele, nesse caso, erigir uma situação de legítima defesa e agredir um policial que foi à sua captura. Isso porque a agressão à sua liberdade, como se verifica, não é injusta.

Não é necessário que a conduta praticada seja criminosa para que seja definida como injusta. A conduta de furto de uso, embora não seja tipificada como crime, é um ilícito civil, dando ensejo, assim, a aplicação da legítima defesa, visto que usufrui do *status* de agressão injusta. Nessa perspectiva, apesar do fato não ser tipificado, em face da aplicação do princípio da insignificância, poderá o agente agir na defesa do seu bem.

4.2.2 Agressão atual ou iminente

Na definição simplista, a situação iminente é aquela que está prestes a acontecer e a atual é aquela que está acontecendo. Para que possa ser considerada iminente a agressão deve haver uma relação de proximidade. Se a agressão é remota ou futura, não se pode falar em legítima defesa, como preconiza Greco (2012, p. 394).

Não há legítima defesa contra agressões pretéritas, visto que já não há necessidade de proteger o bem jurídico já lesionado. Nesse sentido: “Agressão passada ou ofensa já consumada não justifica a repulsa, sem embargo de o agente encontrar-se, a princípio, ao abrigo da legítima defesa como excludente” (Ap. Crim., rel. Juiz Emeric Levai, TACRIM-SP, JUTACRIM, p. 96-191).

É necessário considerar que na agressão iminente haja a certeza em acontecer o fato quase que imediatamente, de modo que impeça a vítima de buscar auxílio junto às instituições repressoras formalmente constituídas.

4.2.3 Defesa de direito próprio ou de terceiros

O agente da legítima defesa possui a possibilidade de, além de defender a si mesmo, de intervir na defesa de terceira pessoa, mesmo que esta última não lhe seja próxima como nos casos de amizade e parentesco. Desse modo, há a legítima defesa própria e a legítima defesa de terceiros.

O *animus* do agente deverá ser considerado, a fim de que possa saber se, efetivamente, agia com o propósito de defender a sua pessoa ou de auxiliar na defesa de terceiros. Dessa forma, é onde encontra-se o elemento subjetivo da legítima defesa.

Greco (2012, p. 396) cita uma situação para ilustrar os conceitos expostos:

[...] se o agente, percebendo que seu maior inimigo está prestes a matar alguém e, aproveitando-se desse fato, o elimina sem que tenha a vontade de agir na defesa de terceira pessoa, mesmo que tenha salvado a vida desta última, responderá pelo delito de homicídio, porque o elemento subjetivo exigido nas causas de justificação encontrava-se ausente, ou seja, querer agir na defesa de terceira pessoa. Aqui, a agressão injusta que era praticada pelo desafeto do agente contra terceira pessoa foi uma mera desculpa pra que pudesse vir a causar sua morte, a ele não se aplicando, portanto, a causa excludente da ilicitude.

A legítima defesa não cabe à defesa de terceiros quando o bem for disponível. Apesar de todos os bens serem passíveis de ser legitimamente defendidos, há a exceção quando o agente não defende bem ou interesse próprio, mas de terceira pessoa. Se for disponível esse bem, que é objeto do ataque, o agente só poderá intervir para defendê-lo com a autorização do seu titular. De outro modo, sua intervenção será considerada ilegítima.

4.2.4 Utilização moderada dos meios necessários

Para ser considerada legítima defesa, além de o agente selecionar o meio adequado para se defender, é necessário que, ao agir, o faça com moderação, visto que pode incorrer no chamado excesso. O ordenamento jurídico, ao dispor sobre a moderação dos meios necessários para repelir injusta agressão, quer impedir que

ele, agindo inicialmente em uma situação amparada pelo Direito, utilizando os meios necessários, atue de forma imoderada, sobressaindo aquilo que seria necessário para fazer cessar a agressão que estava sendo praticada.

Conforme Toledo (2002, p. 204):

O requisito da moderação exige que aquele que se defende não permita que sua reação cresça em intensidade além do razoavelmente exigido pelas circunstâncias para fazer cessar a agressão. Se, no primeiro golpe, o agredido prostra o agressor tornando-o inofensivo, não pode prosseguir na reação até matá-lo.

Em relação à necessidade de moderação no uso dos instrumentos necessários a repulsa, preleciona Greco *apud* Mirabete (2005, p. 392), “a legítima defesa, porém, é uma reação humana e não se pode medi-la com um transferidor, milimetricamente, quanto à proporcionalidade de defesa do ataque sofrido pelo sujeito”.

Nesse sentido, para haja a possibilidade de se verificar se o uso do meio foi moderado ou não, é necessário o estabelecimento de um marco, ou seja, o momento em que o agente consegue fazer cessar a agressão que contra a vítima era praticada. O que se fizer após esse marco será considerado excesso.

4.2.5 Elemento subjetivo

Para que seja configurada a legítima defesa não são suficientes apenas os elementos de natureza objetiva, elencados no artigo 25 do Código Penal. Além desses, é preciso que o agente saiba que está atuando nessa condição ou pelo menos acredita que esteja, pois, caso contrário, não poderá ocorrer a exclusão da ilicitude de sua conduta, permanecendo essa, ainda, contrária ao ordenamento jurídico,

Greco *apud* Hungria (2012, p. 397) adota posição contrária, rejeitando a tese da necessidade do elemento subjetivo, afirmando que a legítima defesa “só pode existir objetivamente, isto é, quando ocorrem, efetivamente, os seus pressupostos objetivos. Nada têm estes a ver com a opinião ou crença do agredido ou do agressor. Devem ser reconhecidos de um ponto de vista estritamente objetivo”. Exemplifica dismando que:

[..] se Tício, ao voltar à noite para casa, percebe que dois indivíduos procuram barrar-lhe o passo em atitude hostil, e os abate em tiros, supondo-os policiais que o vão prender por um crime anteriormente praticado, quando na verdade são ladrões que o querem despojar, não se lhe pode negar a legítima defesa.

Esse pensamento era lógico na época em que foi formulado, posto que o Direito Penal possuía, como dominante, a teoria causalista da ação. O elemento subjetivo era analisado na culpabilidade e não no injusto penal. Com o surgimento da teoria finalista e sua aceitação pela maioria dos doutrinadores penalistas, o elemento subjetivo, que antes residida na culpabilidade, fora deslocado para conduta do agente.

Greco *apud* Urzúa (2012, p. 397) saliente sobre a teoria finalista:

Ação típica justificada é aquela que desde o ponto de vista material realiza todos os pressupostos de uma causa de justificação e cuja finalidade se orienta a essa realização. Toda causa de justificação, portanto, implica um elemento subjetivo, a saber, a finalidade de atuar amparado por ela ou, mais amplamente, de conduzir-se conforme o direito.

Portanto, um dos pressupostos para a configuração da legítima defesa é a existência do *animus defendendi*, sendo o propósito de defender a si ou a terceira pessoa.

5 LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA

5.1 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

O conceito de legítima defesa antecipada não diverge totalmente da definição da legítima defesa clássica. A legítima defesa preventiva é considerada um instrumento de repulsão a uma agressão injusta, futura e certa - termos que cabem na expressão agressão iminente - a direito próprio ou alheio, usando proporcionalmente os meios necessários (GADELHA; SANTANA, 2006, p. 361-362).

Para os supracitados autores, a legítima defesa antecipada é uma vertente da legitima defesa clássica e somente deve ser considerada quando o Estado é omissivo no dever de tutelar o cidadão. Neste sentido, Costa (2005, *apud* GADELHA; SANTANA, 2006, p. 362) preconiza que “em tais casos haverá que se pedir ajuda à autoridade, esquivar-se da agressão, suportar certos riscos e só proceder preventivamente em casos extremos e dentro do marco da proporcionalidade.”.

Gadelha e Santana (2006, p. 358) dispõe que a legitima defesa antecipada deve ser utilizada para proteger, em um primeiro momento, somente a vida, como critério de sobrevivência do cidadão, posto que a proteção à vida é o principal objeto do direito, assim, não tem sentido defender outros direitos se o bem supremo (a vida) não for defendido.

Conforme os ensinamentos de Douglas (1995, p. 428), a legítima defesa antecipada ocorre quando se apresenta a dificuldade de conciliar as normas legais e os fatos da vida real, pois “estes últimos são sempre mais dinâmicos e o drama da existência humana parece deleitar-se com a criação de situações onde as normas legais dificilmente se encaixam”.

O raciocínio de Montesquieu (2004, *apud* GADELHA; SANTANA, 2006, p. 359), é que “nas leis, é preciso raciocinar da realidade para a realidade, e não da realidade para a abstração, ou da abstração para a realidade”. Dessa forma, os aplicadores das normas jurídicas devem buscar soluções razoáveis além do texto legal, em sentido mais amplo, para que haja a adequação ao caso concreto.

5.2 REQUISITOS

5.2.1 Requisitos gerais

A legítima defesa antecipada subdivide-se em requisitos gerais e requisitos específicos, sendo os gerais:

A legítima defesa antecipada subdivide-se em requisitos gerais e requisitos específicos, sendo os gerais:

1. agressão injusta;
2. agressão iminente;
3. defesa de direito próprio ou de terceiros;
4. moderação no emprego dos meios necessários a repulsa;
5. elemento subjetivo.

Os requisitos gerais foram expostos no capítulo sobre a legítima defesa. Contudo, na legítima defesa antecipada não há agressão atual, sendo essa futura e certa, o qual se enquadra na expressão iminente.

Os requisitos específicos se relacionam com os gerais e, estando preenchidos conjuntamente, configura-se a legitima defesa antecipada.

5.2.2 Requisitos específicos

5.2.2.1 Certeza da agressão (futura e certa)

No intuito de configurar a legitima defesa antecipada, a agressão deverá ser futura e certa, sendo esses termos compreendidos na expressão “iminente”, como dispõe Gadelha e Santana (2006, p. 363).

Conforme Douglas (1995, p. 429), a legitima defesa preventiva pode ser uma solução nos casos em que a vítima é obrigada a reagir em uma situação de injusta agressão. No entanto, ela não está amparada pela legitima defesa clássica, visto que não preenche o requisito “agressão atual ou iminente”, pois tal agressão seria futura e certa. Desde modo, a vítima sofre um enorme prejuízo, pois a tese de inexigibilidade de conduta diversa não é pacificada, excluindo-se essa tese absolutória da possível defesa da vítima em futuro processo penal. São nesses casos que a legitima defesa antecipada se faria presente.

Completando o raciocínio, assinala Douglas (1995, p. 429-430):

Como requisito para a acatação da tese, e consequente absolvição, teremos sempre a demonstração do conjunto circunstâncias que justifiquem a conduta do réu, por exemplo, quanto à certeza da agressão (futura e certa). Sempre terá que haver suficiente e robusta prova de que o agente seria atacado, que tinha motivos bastantes para proceder em legítima e antecipada defesa. Sendo alegação do réu, as circunstâncias referidas teriam que ser demonstradas e provadas pela defesa (art.156, CPP). Tudo ainda sujeito à livre convicção judicial (art.157, CPP) ou ao crédito a ser dado pelos pares, no Júri, onde o princípio da convicção íntima revigora a admissão da tese.

Douglas (1995, p. 429) afirma que a certeza da agressão depende das circunstâncias típicas do caso concreto e devem ser analisadas de acordo com a Teoria da Prova. A partir dessa teoria, o termo inicial se configura com a ameaça (suficientemente idônea) e o termo final se configura com o início da agressão. Não obstante, deve-se existir um prazo para que a agressão seja iminente, ao menos de forma psicológica, sendo necessário agir antecipadamente para que haja uma possível defesa.

Sobre a questão da iminência da agressão, Douglas (1995, p. 429) dispõe que:

Assim como o estado puerperal não é compreendido cronologicamente, mas psicologicamente, a atualidade ou iminência da agressão não deve ser pesada friamente, ou contada apenas com um cronômetro. É preciso, sempre, bom senso. Diga-se de passagem, a razoabilidade aqui demanda é o aspecto material de direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o *due process of law* (art. 5º, LIV, CF). Devemos, pois, interpretar a iminência da agressão não só com o auxílio de *crinos*, mas também de *logos*. Se a agressão ainda não se iniciou, mas se prenuncia com suficiente certeza, deve ser assegurado à pessoa o direito à autodefesa, que é metajurídico.

Dessa forma, o autor afirma que a certeza da agressão depende das circunstâncias típicas do caso concreto e devem ser analisadas de acordo com a Teoria da Prova. A partir dessa teoria, o termo inicial se configura com a ameaça (suficientemente idônea) e o termo final se configura com o início da agressão. Não obstante, deve-se existir um prazo para que a agressão seja iminente, ao menos de

forma psicológica, sendo necessário agir antecipadamente para que haja uma possível defesa.

5.2.2.2 Ausência de proteção estatal

Na contemporaneidade, o Estado possui o monopólio da jurisdição, mesmo que seus mecanismos não sejam onipresentes, posto que não possui condições de estar presente em todos os lugares a qualquer tempo ou até mesmo pela sua ineficiência na manutenção da segurança pública.

É cediço que se um indivíduo recorrer ao poder de polícia da Administração Pública, necessitando de amparo a sua integridade física, por muitas vezes pode não a obter, uma vez que a demanda criminal é maior que a quantidade de policiais prontos a combatê-la.

Douglas (1995, p. 429) dispõe sobre essa inércia do Estado na tutela de seus cidadãos:

[...] se, após a certeza do ataque anunciado, não for razoável que o ameaçado se fie na proteção do Estado, por este - mesmo chamado - quedar-se inerte ou ineficaz. Ao indivíduo, não se pode cobrar que, após ver a inércia estatal produzir vítima antes, proceda com o heroísmo de apostar sua vida em que dessa vez (na sua vez) a Polícia vá subir o morro, enfrentando com revolveres 38 as submetralhadoras importadas dos senhores do “segundo Estado”.

Portanto, “[...] é óbvio que várias ações humanas são praticadas sem tutela do aparato estatal, o que gera uma margem de ações, inicialmente criminosas, e posteriormente aceitas e legitimadas.” Nesse sentido, surge a seguinte indagação: “O Estado, não conseguindo garantir o direito fundamental à vida de alguém que a ele recorre, poderá punir quem exerça tal direito com os meios e formas que dispuser?” (GADELHA; SANTANA, 2006, p. 363).

5.2.2.3 Impossibilidade de fugir da agressão

Gadelha e Santana (2006, p. 363) lembram que, em algumas situações o autor tem meios de esquivar-se da agressão, em contrapartida, em outros não. Para

estes autores, assim como na legitima defesa clássica, o agredido não estaria obrigado a fugir:

Não estaria o réu realmente obrigado a fugir, para evitar ato legítimo de defesa, que pouasse ao agressor violento o incomodo consequente. Lembra Nelson Hungria ser “de todo o indiferente a legitima defesa a possibilidade de fuga do agredido. A lei não pode exigir que se leia pela cartilha dos covardes e pusilâmines. Nem mesmo ressalvar o chamado *commodus discessus*, isto é, o agastamento discreto, fácil, não indecoroso. Ainda quando tal conduta traduza generosidade para com o agressor ou simples prudência do agredido, há abdicação em face da injustiça e contribuição para maior audácia ou prepotência do agressor. Embora não seja um dever jurídico, a legitima defesa é um valor moral ou político que, pelo direito positivo.” (V. Comentários ao Código Penal, 5^a ed., Forense, vol.1). Outrossim, acentuou o mesmo mestre penalista, é inexigível a vexatória ou infamante renúncia à defesa de um direito.

Apesar da impossibilidade de a fuga ser um dos requisitos, tal fuga não obriga o ofendido a ser covarde. A vítima só deve ser obrigada a evitar o confronto desde que não afete sua honra e não sirva apenas para retardar a agressão futura e certa que lhe foi prometida (GADELHA; SANTANA, 2006, p. 364).

5.2.2.4 Impossibilidade de suportar certos riscos

Qualquer pessoa pode suportar certos riscos, desde que, estes não sejam nocivos à sua integridade física. (GADELHA; SANTANA, 2006, p. 364). Porém, em situações de legítima defesa antecipada, Douglas (1995, p. 429) assevera que “[...] não só se sabe que a agressão vai ocorrer, como também que ela será com forças tão superiores que a possibilidade de sobrevivência é irrisória”. Destarte, o indivíduo que não agir preventivamente poderá não suportar o ataque prometido. Em síntese, somente poderá suportar certos riscos quem possui a real certeza de que nada contra ele será tentado ou que poderá suportar a agressão.

5.2.2.5 Proceder preventivamente em casos extremos

A legítima defesa antecipada somente será possível em casos excepcionais, nos quais o indivíduo não tem detém de outro meio de defender sua vida, sendo sua última alternativa lesionar seu agressor. Desse modo, “no instituto de conservação inerente ao ser humano que, diante da certeza de uma agressão, teria o direito de defender-se do ataque, negá-lo seria negar a própria necessidade de conservação da espécie” (GADELHA; SANTANA, 2006, p. 365).

5.2.2.6 Proporcionalidade na utilização dos meios necessários à reação

Do mesmo modo em que ocorre na legítima defesa clássica, os meios necessários para repelir a injusta agressão devem ser utilizados, entretanto, “[...] o meio necessário às vezes pode ser a antecipação suficiente à resposta defensiva. Se o agressor dispõe de superioridade de forças, esperar o embate significa abdicar de qualquer chance de vitória” (DOUGLAS, 1995, p. 429). Nesse sentido, defender-se antecipadamente da injusta agressão pode ser compreendido como o único meio eficaz de defesa.

Não se pode requerer que o agente da legítima defesa aja com um rigor matemático para que haja a proporcionalidade. A defesa própria é um ato instintivo, ante a temibilidade do agressor e imprevista agressão, não podendo o agredido ter reflexão precisa para dispor sua defesa em equivalência com o ataque (GADELHA; SANTANA, 2006, p. 365).

6 ARGUMENTOS QUANTO À APLICAÇÃO (OU NÃO) DA LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA

A consideração da tese de legitima defesa antecipada é relevante sob vários prismas. A rejeição da referida tese enseja dois caminhos para o indivíduo ameaçado, como denota Gadelha e Santana (2006, p. 358): “[...] ou o agente defende sua vida praticando uma lesão contra o seu ameaçador, submetendo-se, deste modo, a um julgamento pela prática de um suposto delito, ou simplesmente fica inerte esperando o ameaçador concretizar seu intento”.

Nas situações em que não há consenso entre as normas legais e os fatos da vida real, os operadores do direito “[...] podem e devem, em determinados casos, ir além da só e mecanicista aplicação do texto legal, buscando solução razoável, conforme o direito, no seu sentido mais amplo e que seja também a mais justa para o caso concreto” (GADELHA; SANTANA, 2006, p. 359).

Benitez (1997, *apud* MOREIRA. 2008, p. 10) preconiza que o princípio da culpabilidade está atrelado ao princípio da proteção dos bens jurídicos, posto que “existe uma relação direta entre o valor do bem jurídico lesionado ou posto em perigo e a gravidade da culpabilidade, já que ele se apresenta como mecanismo de garantia e protetor do indivíduo frente ao Estado sancionador”.

Nos conceitos de Roxin (1981, *apud* MOREIRA *et al*, 2008, p. 10-11):

O grau de culpabilidade do réu é fundamento para a determinação da pena, mas deve-se levar em conta os efeitos que essa pena fará na vida futura do réu na sociedade e os efeitos da punição ou da falta dela para os próprios membros da sociedade. E apesar da culpabilidade não determinar com precisão a pena, ela limita, e juntamente com a teoria da margem da liberdade, atinge sua finalidade político-criminal de restabelecer a paz jurídica perturbada e aumentar a consciência jurídica da sociedade, protegendo subsidiariamente os bens jurídicos.

A característica elementar da proposta de Roxin seria acrescentar um novo aspecto ao modelo tradicional de culpabilidade, o denominando em “responsabilidade”. Essa proposição permitiria a implantação de um modelo funcionalista mais pré-receptivo em contraponto a uma política criminal que estivesse dentro dos limites legais da teoria dos fins da pena, para que determinasse

se o sujeito seria responsável ou não pelo ato que praticou. O juízo de responsabilidade não se focaria ao fato e sim ao autor, visando analisar a necessidade de receber a pena. Se tornaria um mecanismo limitador da intervenção punitiva do estado, cumprindo as exigências do direito penal como *ultima ratio* (MOREIRA *et al.*, 2008, p. 18).

De acordo com Moreira (2008, p. 18), esse modelo possibilitaria uma maior aproximação entre a realidade e o caso concreto, tornando efetiva a proposta de ressocialização, uma vez que as penas poderiam ser equiparadas quanto ao delito cometido e as condições do autor.

A teoria da responsabilidade de Roxin dispõe que talvez não fosse necessário a aplicação da pena ao indivíduo que age em legítima defesa antecipada, observados os aspectos de sua conduta pela política criminal. O conceito de responsabilidade engloba a culpabilidade e a falta de necessidades preventivas, o que justificaria a não aplicação da pena ao autor do delito.

Silva (2004, *apud* GADELHA; SANTANA, 2006, p. 358) preleciona no sentido que a vida,

[...] é um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida, para ser morte. Tudo que interfere no prejuízo deste fluir espontâneo e incessante, contraria a vida.

A partir dessa elucidação, Gadelha e Santana (2006, p. 358) defendem a tese da legítima defesa antecipada, pois atuando preventivamente e defendendo sua vida, o cidadão que foi injustamente ameaçado e não encontrou tutela estatal eficaz, estará agindo em defesa legítima ao seu direito de existência.

Parte da doutrina vem adotando o argumento da inexigibilidade de conduta diversa nos casos em que há a ausência do requisito “agressão atual ou iminente” para a configuração da legítima defesa, sendo classificada como causa supralegal dirimente de culpabilidade. No entanto, como dispõe Mirabete (2004, p. 198), “nosso Código Penal não contempla a inexigibilidade de conduta diversa como causa geral de exclusão de culpabilidade”.

Greco (2012, p. 342) apresenta um exemplo do que seria uma causa dirimente de culpabilidade fundada na inexigibilidade de conduta diversa, e não da legítima defesa, por estar ausente o requisito atualidade ou iminência da agressão:

[...] Durante uma rebelião carcerária, certo grupo de detentos reivindica algumas melhorias no sistema. Existe superlotação, a alimentação é ruim, as visitas não são regulares, as revistas aos parentes dos presos são realizadas de forma vexatória, etc. Para que as exigências sejam atendidas, o grupo resolve optar por aquilo que se convencionou denominar por “ciranda da morte”. À medida que o tempo passa e o Estado relega a segundo plano as mencionadas solicitações, os detentos mais fortes começam a causar a morte dos mais fracos, de acordo com um “código ético” existente entre eles. Estupradores encabeçam a lista na ordem de preferência a serem mortos. Nesse clima, o preso que comanda a rebelião, durante o período da manhã, dirige-se àquele outro condenado por estupro e decreta a sua sentença: “Se nossas reivindicações não forem atendidas, você será o próximo a morrer!”. Feito isso, naquela cela superlotada, durante a madrugada, sem que pudesse obter o auxílio da autoridade policial, o estuprador, temendo por sua vida, percebe que o preso que o ameaçou estava dormindo e, valendo-se de um pedaço de corda, vai em sua direção e o enforca.

Como afirma Greco (2012, p. 343), o exemplo supracitado, para Douglas é configurado como legítima defesa antecipada ao invés de inexigibilidade de conduta diversa.

Douglas (1995, p. 429) expõe os motivos que ensejam casos a aplicação da tese da legítima defesa antecipada em tais casos:

Com quase simplismo, rejeita-se a justificante em tela como amparo às pessoas citadas, por não existir agressão atual ou iminente, mas futura. Os réus perdem, assim, tese absolutória preciosa, máxime diante da ainda, por incrível que pareça, rejeição de alguns juízes em questionar a inexigibilidade. E tais réus são, aqui, quase vítimas duas vezes: porque quase foram mortos e porque, ao se defenderem como podiam, adquiriram tão indesejável status processual. Não há, definitivamente, agressão futura. Utilizando analogia com a condição e o termo do Direito Civil, na agressão futura há condição, ou seja, evento futuro e incerto. No campo da legítima defesa, o evento (aqui agressão) será incerto ou por não se ter dele suficiente convicção, ou pela possibilidade de ser buscado auxílio da autoridade pública com razoável possibilidade de sucesso no atendimento. Na agressão, condição para a legítima defesa preventiva, o evento é futuro

e certo. A certeza decorre das circunstâncias particulares de cada caso, a serem analisadas de acordo com os ensinamentos da Teoria da Prova.

Greco (2012, p. 344), apesar de reconhecer o raciocínio apresentado por Douglas, ainda acredita que se tratam de hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa e não de legítima defesa antecipada.

Mirabete (2004, p. 183) menciona a tese da legítima defesa antecipada, contudo, ele não concorda que a atuação em razão de uma agressão futura e certa está incluída na expressão “agressão iminente”. Dessa forma, o autor não contempla a tese da legítima defesa preventiva.

Dessa forma, nota-se que a doutrina majoritária rejeita a tese *in retro* por aplicar a tese da inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente de culpabilidade ou por não considerar nenhuma das duas teses por falta de previsão legal expressa. No entanto, parte da doutrina que é a favor da aplicação da tese, bem como a teoria da responsabilidade, demonstra uma perspectiva mais moderna do direito, reconhecendo que as mudanças dos fatos da vida real ocorrem de forma mais rápida do que a imposição de normas legais no ordenamento jurídico.

6.1 ANÁLISE DE CASO CONCRETO EM QUE A LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA FOI UTILIZADA COMO ARGUMENTO

Um caso concreto que exemplifica a aplicação da tese da legítima defesa antecipada foi publicado na revista Prática Jurídica (2011, p. 10), no qual uma mulher de nome Severina contratou um matador de aluguel para executar seu pai, que a ameaçava de morte. No plenário do Júri, o Ministério Público e os advogados da ré arguiram as teses de legítima defesa antecipada e da inexigibilidade de conduta diversa no intuito de absolver a ré.

Segue o resumo do depoimento de Severina no Tribunal do Júri:

Nunca estudei, nunca tive amiga, nunca arrumei namorado na vida, nunca saí para ir a festas. Até os 38 anos vivi assim e foi assim até quando me desliguei do meu pai, no dia em que ele foi morto. Meu pai não deixava eu e minhas irmãs fazer nada. Comecei a trabalhar na roça com seis anos. Aos nove, fui com meu pai para o roçado. No caminho, ele me levou para o mato, amarrou minha boca com a camisa e tentou ser dono de mim. Eu dei

uma pesada no nariz dele, e ele puxou uma faca para me sangrar. A faca pegou no meu pescoço e no joelho. Depois, ele tentou de novo, mas não conseguiu ser dono de mim. Em casa, contei para minha mãe e ela me deu uma pisa (surra). Fiquei sem almoço. À noite, minha mãe foi me buscar e me levou para ele, que me abusou. No outro dia, fui andar e não consegui. FaLei n.º: "Mãe, isso é um pecado". E ela: "Não é pecado. Filha tem que ser mulher do pai". A partir daquele dia, três dias por semana ele ia abusando de mim. Com 14 anos eu engravidiei. Tive o filho e ele morreu. Eu tive 12 filhos com meu pai. Sete morreram. Seis foram feitos na cama da minha mãe. Dormíamos eu, pai e mãe na mesma cama. Um dia, uma irmã minha disse que estava interessada em um namorado. O pai quis pegar ela, disse que já tinha um touro em casa. Eu mandei minha mãe correr com minha irmã. Depois disso, minha mãe não ficou mais com ele. Foram para a casa do meu avô em Caruaru. Ela e as minhas oito irmãs. Só ficamos eu e meu pai na casa. Eu tinha 21 anos e ele sempre batia em mim. Tentei me matar várias vezes, botei até corda no pescoço. Os filhos nasciam e morriam. Os que vingavam foram se criando. Minha filha estava com 11 anos quando ele quis ser dono dela. Eu disse para ele: "Se você ameaçar a minha filha, você morre." Meu pai me bateu três dias seguidos. Um dia, ele amolou a faca e foi vender fubá. Antes, disse: "Rapariga safada, se você não fizer o acordo, vai ver o começo e não o fim". Ele foi para a feira e eu para a casa da minha tia. Foi quando paguei para matarem ele. Peguei um dinheiro guardado e paguei ao Edilson R\$800 na hora. Quando meu pai chegou, Edilson e um amigo fizeram o homicídio. A minha filha, a filha dele, eu salvei. Quem é pai, quem é mãe, dói no coração. Antes disso, eu ainda procurei os meus direitos, mas perdi. Há uns 15 anos, fui na delegacia, mas ouvi o delegado falar para eu ir embora com o velhinho (o pai), que era uma boa pessoa. O homicídio foi no dia 15 de novembro de 2005. No cemitério já tinha um carro de polícia me esperando. Na cadeia passei um ano e seis dias. Depois do julgamento fiquei feliz. Agora quero viver e ficar com meus filhos.

A partir da análise do caso trazido por Barros (2011, p. 10), todos os requisitos da legitima defesa antecipada foram preenchidos, sejam eles:

1. Certeza da agressão futura: a ameaça proferida por seu pai trouxe a certeza de que caso não entregasse sua filha, para que ele a estuprasse, Severina seria morta. Ademais, as agressões se perfaziam por um período de quase 30 anos, coexistindo com um vínculo familiar, que facilitaria a concretização da ameaça, pois o agressor era seu pai e morava junto com a vítima.

2. Ausência de proteção estatal: antes de concretizar o homicídio, Severina procurou uma delegacia, contudo, não houve tutela do Estado a fim de proteger sua integridade física e psíquica.
3. Impossibilidade de fugir da agressão: sobre esse requisito há fundamentações divergentes, pois, o agente não é obrigado a fugir em situações de legítima defesa. No entanto, neste caso concreto, a possibilidade de um indivíduo fugir com os filhos, sendo que não possui instrução, não tem amigos e familiares fora do âmbito que habita é remota.
4. Impossibilidade de suportar certos riscos: Severina não teria condições de suportar ao ataque do pai pois ele estava armado, a princípio, com uma faca, e, além de precisar proteger sua vida, teria que proteger a vida de seus filhos. Sendo ela fisicamente mais fraca por ser mulher, não teria condições de suportar o ataque de um homem armado com uma faca. Por esses motivos, a vítima tinha certeza que não suportaria ao ataque.
5. Proceder preventivamente em casos extremos: Severina teve que atuar preventivamente, pagando a um indivíduo o montante de R\$800,00 (oitocentos reais) para que ele matasse o futuro agressor em uma única oportunidade, antes que o mesmo retornasse a sua residência.
6. Proporcionalidade na utilização dos meios necessários à reação: conforme a tese da legítima defesa antecipada, o meio necessário pode ser a antecipado para que haja uma eficaz resposta defensiva. No caso ora apresentado, a antecipação feita por Severina (contratação do pistoleiro) foi o único meio necessário que ela dispunha para sua defesa e de sua filha.

Após os pedidos da defesa e do Ministério Público sustentados a partir da tese da legítima defesa preventiva, a ré foi absolvida pelo tribunal do Júri. Desse modo, a lição de Douglas se fez presente a este caso prático, posto que uma mulher quase foi morta ao se defender como podia e ainda assim adquiriu o tão indesejável status processual.

6.1.1 Desfecho desfavorável à aplicação da tese

Em contrapartida, no recurso de apelação nº 1279493-7/TJPR, a apelante pleiteia absolvição de condenação do crime de homicídio (art. 157, do CP) alegando o homicídio em virtude da iminente agressão que poderia sofrer no momento em que

o casal estava discutindo, agindo assim, em legítima defesa antecipada. Tal recurso foi conhecido e desprovido por unanimidade de votos. Segue-se a transcrição da ementa do referido acórdão:

HOMICÍDIO DO MARIDO – TIROS DESFECHADOS EM SUA DIREÇÃO – LEGITIMA DEFESA ANTECIPADA NEGADA PELO JÚRI, COM APOIO NA PROVA – RECURSO DESPROVIDO. Tendo a única testemunha presencial do fato relatado que a ré desferiu tiros contra o marido após discussão entre eles, mas sem que tivesse havido qualquer atitude agressiva da parte dele e tendo ela, em seu interrogatório, no próprio plenário do tribunal do popular, confirmado essa versão, não pode ser considerado manifestamente contrário a prova dos autos o respectivo veredito que, negando a alegada legítima defesa antecipada (assim como o motivo fútil que a ela havia sido imputado na prática do homicídio), a condenada por esse crime, em sua modalidade simples. (TJPR – 2^a C. CRIMINAL – AC – 15662-3 – LONDRINA – REI: EDSON RIBAS MALACHINI – UNÂNIME – J. 29.08.1991).

A partir da análise da ementa supracitada, o júri não reconheceu a possibilidade de absolvição da ré sob a alegação de legítima defesa antecipada, pois no caso em discussão não houve prova robusta nos autos que comprovasse que as agressões contra a ré seriam futuras e certas. Também não se comprovou que a ré pleiteou o amparo estatal, não estando assim, comprovada a ausência de proteção da integridade física e psíquica por parte do Estado.

Não restou provada a impossibilidade de fugir da agressão, visto que, conforme a alegação da testemunha, a vítima não estava agindo de forma agressiva ou obstando a liberdade física da ré, portanto, ela teria plenas condições de se esquivar de um futuro ataque.

Outro requisito supostamente necessário, e que não foi preenchido pela ré, é a impossibilidade de suportar certos riscos. Portanto, nos autos deveria estar comprovado a probabilidade de risco à sua integridade física.

Dado que a legitima defesa preventiva só deve ser aplicada nas hipóteses em que o agente não possui outra opção a não ser lesionar seu futuro agressor, a partir da análise dos autos, foi demonstrado que a apelante detinha de outros meios de se esquivar de futura agressão.

O fato de disparar arma de fogo em direção ao seu marido não comprova que a ré estaria antecipando uma legítima defesa, pois esse deveria ser o único meio necessário para defender sua integridade física.

Baseado na compreensão do segundo caso prático exposto nota-se que houve uma banalização a tese de legitima defesa antecipada, conforme risco apontado por Gadelha e Santana (2006, p. 367): “A tese de legítima defesa preventiva não deve ser utilizada pelos réus que não possuem um álibi convincente para se defender”. Dessa forma, o aplicador do direito deve inibir a aplicação desarrazoada dessa excludente de ilicitude, pois admitir seu emprego por qualquer pessoa fere a Constituição, além de ensejar precedentes errôneos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação basilar deste trabalho foi ratificar a necessidade da discussão e reflexão sobre o tema em questão, visando o surgimento de alternativas, mecanismos e indicativos de enfrentamento da violência contra a mulher na sociedade contemporânea. Embora a violência que atinge as mulheres tenha ganhado visibilidade em virtude do movimento feminista e da implantação da Lei n.º 11.340/06 (Lei Maria da Penha), a busca pela emancipação política, cultural e social da mulher, bem como o respeito aos seus direitos ainda deve percorrer um longo caminho.

Partindo do pressuposto que a violência é um fenômeno complexo, multifacetado, inscrito nas relações sociais, historicamente construído e determinado por um conjunto de relações de forças, a violência contra a mulher se apresenta como uma de suas facetas na sociedade brasileira. A desigualdade nas relações de gênero perpassa todas as esferas da sociedade, seja no espaço público, seja no privado. Ela está inscrita na formação cultural das instituições, como o da família, no caso da violência doméstica, sendo apenas um dos seus cenários específicos.

Ao contrário do que se celebra na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - "Convenção de Belém do Pará" (1994) - pouco se tem feito para alterar essa realidade. O que se percebe, a partir da realidade da conjuntura local, é um estado de omissão, de negligência

com relação aos assuntos referentes à violência doméstica, principalmente contra a mulher.

Como instrumento de defesa a essas mulheres que não seriam capazes de resistir a uma futura e certa agressão, além da comprovada ausência de proteção por parte do Estado, surge a tese da legítima defesa antecipada, aplicada como causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Os ensinamentos de Douglas, precursor da referida tese, demonstram que tais casos práticos não estão distantes da realidade, devido ao aumento desenfreado da criminalidade. É comum presenciar situações em que o indivíduo é ameaçado por outro e recorre às autoridades públicas, contudo, sem sucesso, sendo a antecipação da legítima defesa sua única opção para manter sua integridade física.

O reconhecimento da dificuldade em conciliar as normas legais e os fatos da vida real é necessário, visto o dinamismo maior destes últimos. A partir dessa compreensão, é notório que a vítima não pode ser novamente vítima de uma lacuna do ordenamento jurídico.

Em relação à fuga, havendo a oportunidade, o indivíduo deve fugir e não aguardar seu agressor, como é discutível na legítima defesa clássica. A legítima defesa antecipada será aplicada apenas em casos extremos nos quais o agente é impossibilitado de fugir ou se esquivar da injusta agressão futura e certa.

Outra consideração que deve ser feita quanto à aplicação de legítima defesa antecipada de terceiros é que, em um primeiro momento, deve haver cuidados redobrados, pois só seria viável a sua aplicação quando haja a comprovação da intimidade entre defendido e defensor. Só assim seria possível avaliar minuciosamente a necessidade de antecipação de defesa.

Quando o assunto for referente a bens disponíveis, é cediço que não é aplicado a legítima defesa antecipada, mesmo com o consentimento de outrem, pois a mencionada tese deve ser utilizada minuciosamente a casos extremos, como nas situações em que o objetivo do ato é a sobrevivência.

Desse modo, nos casos em que os requisitos estejam preenchidos, a legítima defesa antecipada deve ser acolhida nos termos do art. 397 inc. I do Código de Processo Penal, não devendo o réu ser submetido a júri popular, pois como asseverou o autor da tese anteriormente citado, estaria o cidadão sendo vítima duas

vezes: primeiro porque quase foi morto e, segundo, por estar sendo processado por se defender do modo que dispunha.

REFERÊNCIAS

- ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita Grin. **Quando a vítima é mulher**. São Paulo: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 1987.
- ARENTE, H. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Relumé-Dumará, 1994.
- BANDEIRA, Lourdes. Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006. **Revista Sociedade e Estado**, vol. 24, n. 2, p. 401-438, maio/ago, 2009.
- BARROS, Francisco Dirceu. Severina: Assassina ou santa? O sertão que não tem o cordel encantado. **Revista Prática Jurídica**, n. 116, p. 10-11, nov./2011.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Código Civil (2002). **Vade mecum acadêmico de direito**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2018.
- BRASIL. Código Penal Brasileiro (1940). **Vade mecum acadêmico de direito**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº 0672.06.222942-8. 1ª Vara Criminal e Juizado da Infância e Juventude de Sete Lagoas (MG).
- BRUNO, Anibal. **Direito penal parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CAMPOS, Amini Hadad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos humanos das mulheres**. São Paulo: Editora Afiliada, 2011.
- CARVALHO, Salo. Tensões Atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein (org.) **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CAVALCANTE, Fátima Gonçalves; SCHENKER, Miriam. Violência, família e sociedade. In: NJAINE, Kathie; ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia. **Impactos da Violência na Saúde**. 2. ed. São Paulo: Editora Fiocruz, 2009.
- CHAUÍ, M. **Participando do debate sobre mulher e violência. Perspectiva antropológica da mulher**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- _____. **Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**, “Convenção de Belém do Pará”. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994.

- _____. **Convenção de Viena**. Adotada em 22 de maio de 1969.
- _____. **Decreto n.º 23.769 de 7 de agosto de 1985**. Cria a delegacia de polícia de defesa da mulher.
- _____. **Lei n.º 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências.
- _____. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra às Mulheres**. **Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra às Mulheres**. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Presidência da República. Brasília, 2011.
- COOK, Rebecca; CUSACK, Simone. **Estereótipos de gênero: perspectivas legales transnacionales**. Traducción al español por: Andrea Parra. Profamilia, 2010. Título Original: Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives. University of Pennsylvania Press, 2009.
- CUNHA, Tânia Rocha Andrade. **Violência conjugal: os ricos também batem**. Publicado em UEPG Ciências Humanas aplicadas à linguagem. Letras e Artes, Ponta Grossa, 2008.
- DEBERT, Guita; GREGORI, Maria Filomena. Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas. **Revista RBCS**, vol. 23, n. 66, 2008.
- DOUGLAS, William. Legítima defesa antecipada. **Revista dos Tribunais**. n. 715, p. 428-430, 1995.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Civilização Brasileira**. Rio de Janeiro: Coleção Perspectivas do homem, vol. 99, Série Ciências Sociais, 1984.
- FALEIROS, Vicente de Paula, GOLDMAN, Sara Nigri. Violência contra a pessoa idosa. In: BORGES, Ana Paula Abreu; COIMBRA, Ângela Maria C. **Envelhecimento e Saúde da Pessoa Idosa**. São Paulo: Ed. Fiocruz, 2008.
- GADELHA JUNIOR, Francisco das Chagas; SANTANA JUNIOR, Francisco das Chagas de. A legítima defesa antecipada. **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró, v.3, n. 2, p. 351-368, set./2006.
- GARCIA, Leila Posenato. **Violência contra a mulher: feminicídio no Brasil**. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf> Acesso em: 23 de fevereiro de 2018.
- GUIMARÃES, Raquel. **Poder Judiciário e violência contra a mulher: aplicação da Lei Maria da Penha aos conflitos domésticos e familiares**. Dissertação

- (Mestrado em Sociologia) – Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. 2011.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral.** 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- GULLO, A. A. S. **Violência urbana: um problema social.** São Paulo: Tempo Social, 1998.
- HEILBORN, Maria Luiza e SORJ, Bila. Estudos de gênero no brasil. In: MICELI, Sérgio. **O que ler na ciência social brasileira.** São Paulo/ Brasília: Editora Sumaré/Anpocs/ Capes, 1999.
- KOLLER, Silvia Helena; NARVAZ, Martha Giudice. **Famílias e Patriarcado: Da prescrição normativa à subversão criativa.** São Paulo: Psicologia e Sociedade, 2006.
- MACHADO, L. Z. **Relatório final da pesquisa nacional sobre as condições de funcionamento das delegacias especializadas no atendimento às mulheres.** São Paulo: 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal – Parte geral.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA, André de Assis, et al. A responsabilidade segundo Claus Roxin: Estudos preliminares. **Revista eletrônica da faculdade Metodista Granbery.** Juiz de Fora, n. 4, jan./jun., 2008.
- PASINATO, Wânia. **Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: mulheres, violência e acesso à justiça.** Texto preparado para apresentação no XXVII Encontro da Associação Nacional de Pós Graduação em Ciências Sociais – ANPOCS. Caxambu, Minas Gerais, 26 a 28 de outubro de 2004.
- PISCITELLI, Adriana. Reflexões em torno do gênero e feminismo. In: COSTA, Cláudia Lima e SCHIMIDT, Simone. **Poéticas e Políticas Feministas.** Florianópolis: Editora das Mulheres, 2004.
- REED, Evelyn. **Sexo contra sexo ou classe contra classe.** São Paulo: Editora Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2008.
- ROCHA, L. M. L. N. Poder judiciário e a violência doméstica contra a mulher: a defesa da família como uma função da Justiça. **Revista Serviço Social & Sociedade.** São Paulo: Cortez, n.67, ano XXII, 2001.
- SAFFIOTTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

- SANTOS, Cecília Macdowell. Da delegacia da mulher à Lei n.º maria da penha: absorção/tradução de demandas femininas pelo estado. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 89, jun./2010.
- SILVA, K. C. da. **Relatório final da pesquisa nacional sobre as condições de funcionamento das delegacias especializadas no atendimento às mulheres**. São Paulo: 2001.
- SCOTT, J. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Porto Alegre: Educação e Realidade, 1989.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- VELHO, G. Violência e relações sociais: a questão da diferença. **Revista de Ciências Sociais**. v. 12-13, n.1-2, p. 5-9, 1981-1982.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. O Poder Judiciário: Crise, acertos e desacertos. Tradução: Juarez Tavares. Ed. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: 2008.



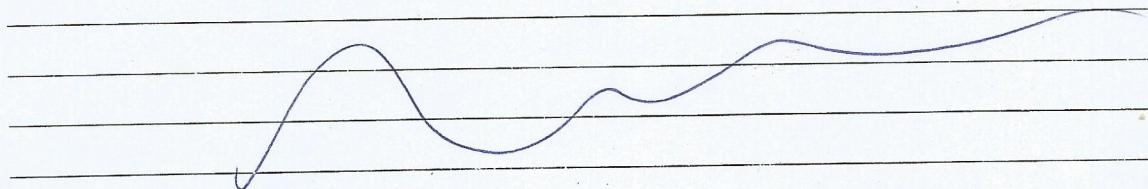
Universidade Federal do Tocantins
Campus Universitário de Palmas
Curso de Direito

ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA

Ao(s) 03 dia(s) do mês de dezembro de 2018, realizou-se a Defesa de Monografia de Final de Curso (TCC) do aluno (a) Poliana dos Reis da Luz, do Curso de Direito, intitulada A possibilidade da legítima defesa antecipada nas vias protetivas por violência doméstica, realizada sob a orientação do(a) Professor(a) Orientador(a) maria do carmo lota e tendo como banca avaliadora os professores relacionados abaixo.

Atribuiram a média final 10,0 (de 2) pelo trabalho, tendo sido considerado(a) APROVADO(A) REPROVADO(A).

Obs.



Nada mais tendo a constar, assinaram esta Ata o(a) Professor(a) Orientador(a) e os demais componentes da banca.

Professor(a) Orientador(a): maria do carmo lota

Assinatura:

Professor(a) Avaliador(a):

Assinatura:

Professor(a) Avaliador(a): TARSIS BARRETO OLIVEIRA

Assinatura: