

TERESA PIZARRO BELEZA  
Faculdade de Direito de Lisboa

## Legítima Defesa e Género Feminino: Paradoxos da "Feminist Jurisprudence"? (\*)

143

*A legítima defesa das mulheres é um dos temas tratados pela actual Teoria do Direito. Com base em alguns casos submetidos a tribu-*

*nais portuguesas e norte-americanas a autora analisa as decisões proferidas à luz de argumentos feministas.*

**N**ESTE texto pretendo reflectir sobre a possível relevância do género<sup>(1)</sup> feminino no estudo da figura da «Legítima Defesa». Para isso, dividirei as questões a discutir em quatro pontos, a saber:

Em primeiro lugar, colocarei em geral a questão da relevância da pertença do género feminino ou masculino em Direito e a sua afirmação em termos do que é hoje, na teoria anglo-saxónica, chamado «Teoria Feminista do

*«Um homem pode bater na sua mulher, cortá-la, rachá-la de alto a baixo e aquecer os pés no seu sangue; desde que, voltando a cosê-la, ela sobreviva; ele não comete nenhum malefício contra o senhor.»*

(início do séc. XIV)  
Costume de Aardenburgo  
in Gillisen, 1988, p. 607.

*«E estas penas não haverão lugar ... em que castiga criado, ou discípulo, ou a sua mulher, ou seu filho, ou seu escravo ... Porém se em castigando ferirem com arma, não serão relevados das ditas penas.»*

(1603) Ordenações filipinas, Liv. V, tit. 36.

(\*) Este texto corresponde, com algumas alterações, ao da Conferência proferida na Faculdade de Direito de Lisboa, em 5 de Janeiro de 1990, no âmbito das Jornadas de Direito Penal em homenagem ao Senhor Professor Doutor Manuel Cavaleiro de Ferreira.

(1) Contra o uso da palavra *género* no sentido de variável que caracteriza normativamente as pessoas segundo critérios discursivamente ligados ao sexo feminino ou masculino que biologicamente as define, têm-se pronunciado algumas autoras (I. Ramalho S. Santos, 1990. Amaral, 1990). A possível confusão com *género literário* poderá ser mais preocupante no contexto da teoria literária. Mas creio que o carácter polissémico de uma palavra — fonte de erro que habitualmente suportamos — não é argumento decisivo. A utilização da palavra *género* no sentido em que a tomo (ou em sentidos circundantes) é aliás antiga entre nós no Direito. Rui Gonçalves publicou, em 1557, uma curiosa obra em que discorre sobre os «privilégios e prerrogativas que o género feminino tem por direito (...) mais que o género masculino» (Gonçalves, 1557).

144 «... The term woman's self-defense leads to the intolerable conclusion that the rules of self-defense law vary depending on one's gender. This is inconsistent with the notion of a mosaic society. Moreover, if indeed the traditional notion of self-defense is inadequate for our pluralistic society, it is not only women or battered women who will suffer»

Rosen (1986: 33, nota 127)

### I. Relevância do «género» — a *Feminist Jurisprudence*

Direito» — *Feminist Jurisprudence*. A este propósito, aflo-rarei o paradoxo, que me parece imanente ao feminismo em geral e ao jurídico em particular, entre a tendência para a erradicação e a tendência para a acentuação do género como característica das pessoas que as dividiria em dois grandes grupos, as mulheres e os homens.

Em segundo lugar, farei referência a alguns casos da jurisprudência norte-americana de homicídio justificado por legítima defesa, dos quais parte ou fundamento importante da decisão se prende, justamente, com o género dos inter-venientes.

Em seguida, como caso particularmente típico de reacção de uma vítima feminina contra um agressor mas-culino, referir-me-ei às situações de mulheres maltratadas pelos maridos que depois de suportarem agressões, por vezes ao longo de anos, um dia se voltam contra o cônjuge e o matam. Aqui comentarei em especial um caso julgado pela Relação de Évora em 1977.

Finalmente, em jeito de breve *da capo*, tentarei relem-brar o paradoxo enunciado no ponto inicial, visto agora à luz das partes II e III.

A definição legal ou dogmática das causas de justifi-cação em geral e da legítima defesa em particular utiliza uma linguagem gramaticalmente neutra. É esta, aliás, uma quase constante característica da lei penal e da doutrina sobre ela elaborada. Na exemplificação casuística, as personagens são em geral do sexo masculino, propria-mente dito ou utilizado como «falso neutro» (Barreno, 1985). A questão do género identificado, como excepção, surge na presença feminina em casos relativamente raros e delimitados: crimes sexuais ou contra a vida em que é vítima, aborto ou abandono em que é autora e pouco mais.

Esta situação ecoa a institucionalmente existente no ensino jurídico e nas carreiras extra-universitárias — ainda que atenuada em comparação com o que se passava há uns escassos vinte anos. Tradicionalmente, a prática do discurso e da autoridade jurídicas eram monopólio mas-culino absoluto ou quase.

Em matéria penal, também os destinatários reais do funcionamento da justiça formal foram e são maioritaria-mente homens. A população de arguidos e sobretudo de presos é esmagadoramente composta por pessoas do sexo masculino — provavelmente, os mecanismos de con-

trole social aplicados às mulheres terão preferencialmente outra natureza.

Com a progressiva abertura das carreiras jurídicas, académicas ou outras, às mulheres, que acompanhou a evolução geral das legislações estaduais num sentido de obediência a um princípio de igualdade (ou de não discriminação), a discussão da relevância ou irrelevância real ou desejável da variável «género» na doutrina e na prática jurídicas tem sido posta com insistência e recebido divergentes respostas. Mas muitas destas convergem na necessidade e utilidade científicas de uma *Teoria feminista do Direito* (a *Feminist Jurisprudence* de que falam, por exemplo, Catherine Mackinnon ou Tove Stang-Dahl) que seja capaz de, atravessando barreiras interdisciplinares dentro e fora da ciência jurídica, pôr em evidência a importância do género em Direito.

Importância essa que se mantém — em certo sentido, se acentua, porque menos visível, logo menos controlável — com o progressivo desaparecimento das referências legais expressas ao género dos seus/suas protagonistas.

O desenvolvimento de uma Teoria feminista do Direito — a *Feminist Jurisprudence* que Mackinnon (1983) anuncia e Stang-Dahl (1987) ensaia — pressupõe, naturalmente (aparentemente?), uma pré-compreensão de «género» e «discriminação» aí fundada. No sentido desenvolvido pelas autoras referidas, tal teoria deve ser atenta ao género e orientada para a melhoria das condições socio-jurídicas de vida das mulheres. Ou seja, ela pressupõe a existência ontológica, objectiva, real, definida e apreensível de uma entidade que é descrita através do substantivo «mulheres».

É claro que uma teoria feminista do Direito *poderia* ser fundamentalmente orientada para uma *abolição* do género, isto é, uma crítica «aboliconista» substituindo uma exaltação separatista. Os valores feministas — desenvolvidos, por exemplo, por Harris (1987) quanto ao sistema penal — poderiam servir de base a uma perspectiva jurídico-teórica não tanto virada para uma melhoria de vida das mulheres, mas para a quebra, a destruição, o olvido da divisão das pessoas nas categorias estanques do género.

Toda a Teoria feminista, em rigor, se debate com este aparentemente insolúvel dilema, entre a igualdade (que pressupõe divisão, separação) e a neutralidade (que implica indiferenciação). Esta seria, será possível se aquela

*materialmente* existir — a neutralidade formal perpetua a desigualdade material. Mas os comandos, os esforços para a igualdade perpetuam a divisão, a base-mesma conceitual de desigualdade — separação.

Os paradoxos da consideração do género («feminino», sempre) na teoria penal são particularmente evidentes. Vejamos um exemplo: o Código Penal de 1886 previa, entre as circunstâncias agravantes gerais, a superioridade em razão do sexo (art. 34.<sup>o</sup>, circ. 28.<sup>a</sup>). (Na circ. 29.<sup>a</sup> o mesmo artigo 34.<sup>o</sup> também previa o «desprezo do respeito» devido ao «sexo»). O Código não o dizia, mas tal circunstância não era, obviamente, sinalagmática <sup>(2)</sup> <sup>(3)</sup>: o que estava necessariamente implícito em tal referência — ao contrário do que dizia respeito à *idade*, em que a inversão era possível — era a maior força física dos homens em relação às mulheres (aceitariam, por exemplo, os tribunais uma «superioridade em razão do sexo» *feminino* utilizado *como sedução* num crime de burla?). Esta agravante desapareceu do Código na versão de 1982 — mas poderia ter permanecido, *dessexualizada*: a maior força física (ou outra?) do autor por comparação com a vítima podia ser considerada agravante dos crimes, quando meio importante de conseguir a consumação (como a situação de «abandono da vítima», no furto — art. 297.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2, al. b)).

Uma crítica feminista — ou «simplesmente» igualitarista (no sentido da neutralidade) — opõe-se à manutenção da consagração legal de uma desigualdade que se estrutura directamente sobre o binómio dos géneros. Mas, por outro lado, a crítica feminista tem desenvolvido, quanto a julgamentos criminais por homicídio, que a relativa inca-

<sup>(2)</sup> O Supremo Tribunal de Justiça entendia, face ao Código Penal antigo, que a «superioridade em razão do sexo» funcionaria como circunstância agravante geral quando a probabilidade de defesa da vítima era afectada pela sua menor força física. Se tivesse havido resistência, não havia lugar a agravação — Ac. do S.T.J. de 2 de Maio de 1962 *in* B.M.J. 117: 237. Note-se que neste acórdão, curiosamente, e ainda que se fale de uma situação de ofendida — dado que a superioridade será sempre do agressor masculino sobre a vítima feminina — se usa o termo ofendido, generalizando o uso do «masculino neutro» em português mesmo a casos em que se está referindo inevitavelmente uma mulher.

<sup>(3)</sup> É interessante o facto de o Código não se referir a «sexo feminino» mas tão só a «sexo», como se fosse óbvio que o sentido só pode ser esse — ou, então, como se a neutralidade fosse desejada. Parece-me claro que a razão é a apontada em primeiro lugar — e não é, aliás, pouco comum a identificação de «sexo» como «sexo feminino». A variável é normalmente notada quando há afastamento da «norma»: fala-se em sexo a propósito de mulheres, de raça a propósito de negros, de religião a propósito da que não for dominante, etc..

pacidade física, social, moral de reacção das rés face a uma vítima que é o prévio agressor seja tomada em consideração na moldagem concreta dos pressupostos da legítima defesa, que aí se devem considerar materialmente preenchidos. Quando, por exemplo, o Supremo Tribunal de Washington anula o julgamento da primeira instância porque ao júri não foi dito pelo juiz que a actuação da ré devia ser avaliada na perspectiva do que faria uma *reasonable woman* (e não um *reasonable man*) está-se perante uma consagração judicial, um reconhecimento investido de autoridade discursiva significativa, de um facto que é socialmente vivido como real: as mulheres têm, em geral, mais medo dos homens do que o contrário no que diz respeito a agressões físicas ou/e sexuais. O género masculino é tido como «naturalmente» agressivo, predador, as mulheres como vitimáveis, vulneráveis, *violáveis*—tal característica definiria, socialmente, em última linha, as mulheres, segundo Mackinnon (1987).

De uma forma semelhante, nos numerosos casos em que se invoca a tomada em consideração pelo tribunal criminal da forma especial, retardada, que a reacção homicida das mulheres sujeitas a maus tratos continuados e repetidos frequentemente assume, põe-se em relevo a variável *género* de uma forma totalmente (aparentemente) oposta a uma perspectiva abolicionista de erradicação dessa divisória, dessa variável na identificação das pessoas.

Pode, assim, desenhar-se um objectivo aparentemente paradoxal, em termos teóricos e práticos, numa perspectiva feminista do Direito. Por um lado, a desmontagem e a eliminação das categorias e práticas que tradicionalmente oprimem as mulheres levam a um constante sublinhar desta mesma categoria, como algo que existe, com características comuns e definidas, opostas à do seu termo-referência, os homens. Por outro lado, a própria teorização e a própria prática discriminatórias tiveram sempre como ponto essencial de apoio a caracterização das mulheres como uns seres *diferentes* (dos homens, tidos implícita ou explicitamente como a norma) que se caracterizariam por variados traços que compartilhariam entre si. Ora essa mesma caracterização das mulheres-enquanto-mulheres, do seu agrupamento, da sua separação (dos homens) é objecto de desmontagem e crítica, a partir do momento em que se toma consciência da sua não-inevita-

## II. Género e legítima defesa

bilidade ontológica, por um lado — isto é, do carácter *constitutivo* da designação das pessoas como mulheres, implicando que elas têm (e *devem* ter) certas características e, por outro, do carácter opressivo, discriminatório que essa segregação discursiva tradicionalmente teve, em especial no Direito. A *mulher* é um ser fraco, imbecil, incapaz, desde o *Digesto* do Direito Romano ao Código Civil de Napoleão (Michel, 1975).

Há vários tipos de situações em que a questão do género pode ser — e tem sido — levantada em relação com a legítima defesa.

Desde logo, em geral se pode questionar até que ponto a tendencial diferença de força física entre a generalidade dos homens e das mulheres deve ser tomada em conta em casos de agressão-defesa.

Mas mais do que este equacionamento corrente ou aparentemente «natural» em termos de força física, o que me parece relevante é a eventual importância da consideração do treino social dos homens para a *agressividade* e das mulheres para *passividade*. Em que medida a interiorização dos estereótipos masculinos e femininos pode determinar, por exemplo, a reacção ou falta de reacção em situações de violência efectiva ou iminente? Designadamente, até que ponto o desenho psico-social do homem-agressor e da mulher-vítima podem justificar certo tipo de *reacções retardadas* ou de *violência súbita* ou aparentemente *traçoeiras* ou *desproporcionadas* por parte de mulheres que se sentem física ou sexualmente ameaçadas por homens?

Os primeiros casos de invocação com êxito, perante tribunais dos E.U.A., de legítima defesa de mulheres arguidas de homicídio apoiadas por advogados feministas não foram, de facto, a resposta a violências conjugais, embora tivessem com estes de comum tratar-se da reacção de mulheres em situação de medo e inferioridade, perante ameaças de agressão masculina.

No início dos anos 70, Joan Little e Inez Garcia (Rosen, 1986, p. 34-35) foram absolvidas da acusação de homicídio por terem actuado em legítima defesa, mas sem que essas situações respondessem ponto por ponto aos casos em que tradicionalmente essa circunstância dirimente da responsabilidade era aceite.

Joan Little matou com uma faca um guarda prisional que, não estando armado, ameaçou violá-la. A doutrina americana entende em geral que uma arma mortal só pode ser utilizada para responder a uma agressão feita com idêntico meio: em princípio, só um perigo de morte pode ser legitimamente afectado com a inflicção da morte ao agressor (no entanto, o *Model Penal Code*, permite morte para evitar violação — S 3.04 (1985) — Rosen, 1986, p. 35, nota 135).

Para a nossa construção da legítima defesa, este caso não apresentaria problemas, a não ser no sentido em que a menor força física da defendente fosse de necessária invocação para o uso da arma. A ideia de proporcionalidade é, penso, claramente estranha à nossa fundamentação de legitimidade da defesa — a não ser nos eventuais limites que toquem o abuso de direito.

Inez Garcia foi agredida e sexualmente violentada por dois homens seus conhecidos. Estes ameaçaram a repetição do acto, antes de partirem da cena do crime. Garcia munuiu-se de uma arma de fogo e foi à procura dos seus agressores. Várias horas depois encontrou e matou um deles.

O Júri tomou em consideração o facto de Inez, de etnia não branca e já violentada, poder considerar-se razoável na sua convicção da necessidade de uso da «força mortal» para evitar a consumação de um perigo iminente de graves ofensas na sua pessoa.

No Direito Português, esta questão seria também resolúvel em termos paralelos, ainda que haja problemas: haveria aqui, de facto, um *perigo iminente* ou uma crença nesse perigo que gerassem uma situação de erro (art. 16.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2)? A doutrina americana não distingue com clareza a legítima defesa propriamente dita da legítima defesa putativa, exigindo para ambas a averiguação de uma razoável convicção da existência de um ataque real ou iminente. Também nós, aliás, na medida em que exigimos a parte subjectiva da legítima defesa — conhecimento da agressão e intenção de defesa, ainda que não pura ou exclusiva — formulamos, afinal, os pressupostos da mesma de uma maneira não tão diferente como aparentemente possa parecer.

Mas é justamente o requisito da «iminência» do pressuposto perigo ou agressão que é problemático neste como noutros casos, designadamente nos de violência

conjugal. Se o perigo existe mas não é iminente, então a pessoa ameaçada poderia, deveria, recorrer às autoridades públicas em vez de tentar resolver a situação por suas próprias mãos.

Mas *quid juris* se essas autoridades em geral ignoram habitualmente esses pedidos de socorro ou intervenção? Ou se a pessoa sabe que, chegado o momento do efectivo desencadear da agressão, nenhum polícia ou juiz lhe poderá valer, porque as coisas se passarão em local isolado, ou na reclusão da sua casa?

Em 1977, Yvonne Wanrow foi absolvida de acusação de homicídio de um homem que a ameaçou. Ela conhecia a sua fama de violento, eram muito mais pequena fisicamente do que ele e tinha uma perna partida, engessada. O Supremo Tribunal de Washington entendeu que a apreciação da situação deveria ser considerada do ponto de vista de uma mulher razoável e não de um homem razoável, como acontecera na 1ª instância.

A percepção do perigo seria afectada pela característica de ser mulher e o que isso envolve em termos de treino de passividade e medo perante agressões masculinas (tentando-se assim, também, a justificação do uso de uma arma contra um agressor não armado, problema que como vimos acima se coloca nas jurisdições americanas).

### III. Legítima defesa de mulheres maltratadas

Como especial constelação de casos de defendentes femininas contra agressores masculinos, há a considerar os casos de *mulheres maltratadas pelos maridos* que um dia reagem e os matam, por vezes sem que isso aparentemente se ligue de imediato a um incidente concreto de violência.

Será invocável a figura da legítima defesa para justificar a actuação destas mulheres?

Deverá quem assim age ser condenada por homicídio? Simples, qualificado, privilegiado? Absolvida por ter agido justificadamente, em legítima defesa? Por ser desculpável a sua momentânea falta de controle? Ou deverá ver-se aqui uma situação de defesa imperfeita, susceptível de diminuir mas não afastar a ilicitude do facto? (é esta a solução proposta por D. Creach, 1982).

Antes de mais, verifiquemos que historicamente, pelo menos, o direito de defesa das mulheres casadas contra os seus maridos era diminuto.



São numerosos os exemplos históricos de leis que atribuíam expressamente aos homens poderes de correcção física sobre as suas mulheres, os seus filhos e os seus servos (por exemplo, Ordenações, V, 36 — sem arma)<sup>(4)</sup>.

A essas agressões legitimadas por lei não seria opo-nível qualquer defesa — assim como o condenado à morte se não poderia defender legitimamente do carrasco ou o prisioneiro do guarda que o fecha na cela.

Mas a prática real de castigo físico de mulheres pelos seus maridos ou companheiros de facto não cessou com a progressiva abolição das regras legais expressas sobre a autoridade marital. Os nossos tribunais ainda entendiam como legítima a «moderada correcção doméstica» em 1952 — Relação de Lisboa (B.M.J. 33: 285).

A tolerância social para os maus tratos das mulheres por seus maridos é ainda grande, a julgar pelos relatos recolhidos pela Comissão da Condição Feminina (Vicente, 1987).

A reacção das instâncias da justiça penal cifrou-se, recentemente, na inutilização prática da previsão especializada do art. 153.º, n.º 3 do Código Penal. Argumentos de privacidade familiar secundaram uma interpretação abstrusa daquele preceito, tornando inviável a sua utilização sistemática ou pontual na acusação pública de violências maritais<sup>(5)</sup> (Beleza, 1989).

Significa tudo isto que as muitas mulheres que são sujeitas a maus tratos conjugais suportam uma situação que, ainda que ilegal em termos formais, suscita uma nula ou escassíssima reacção em termos de efectiva repressão penal. É neste quadro, não exclusivamente português mas comum pelo menos à generalidade dos países social e culturalmente semelhantes ao nosso, que se coloca a questão de como julgar as mulheres que um dia ines-

(4) Paralelamente, algumas leis, (U.K.) atribuíam ao homicídio de um homem pela sua mulher foros de crime de traição (Marcus, 1981, p. 1659) — a violação da vida era aqui qualificada pela desobediência a uma autoridade, agravando assim o crime; tal como o parricida, também a mulher conjugicida ecoa no seu acto uma imagem de desafio à autoridade do rei. Tradicionalmente, o homem chefe-de-família é visto como o representante do poder (da esfera pública) na esfera privada da família, protegendo-a, representando-a e disciplinando-a.

(5) Receios de «mau exemplo» («open season on husbands») vêm a terreiro quando se argumenta em favor de uma justificação, desculpa ou forte atenuante para uma mulher que mata o agressor de há longa data.

Mas tais considerações estão completamente ausentes das sentenças judiciais sobre o art. 153.º, 3 — aí é o discurso sobre a preservação da família e da sua intimidade que toma o lugar de honra.

peradamente se viram contra os seus agressores e os matam, depois, muitas vezes, de anos seguidos de sofrimento silencioso ou resignado.

Nos anos 70, advogados de defesa americanos começaram a formular tentativas de argumentação em favor de mulheres acusadas de homicídio dos maridos que as tinham agredido ao longo dos anos de casamento. Surgiu assim o que é designado por «battered woman's defense». Uma mulher sujeita a maus tratos continuados que em certo momento reage a uma ameaça contínua e permanente contra a sua vida<sup>(6)</sup>, integridade física ou liberdade ou, pelo menos, actua nessa convicção. As formas usuais de protecção estão-lhe vedadas dada a recusa ou ineficácia interventora das forças policiais e a indiferença judicial.

Isto é, estaríamos perante verdadeiros casos de legítima defesa — ou, em algumas situações de erro, sobre os seus pressupostos de facto (art. 16.<sup>o</sup>, n.º 2) na nossa terminologia, afastando pelo menos a responsabilidade por um homicídio doloso.

Alguns autores e autoras americanas, no entanto, optam por um raciocínio diverso, entendendo que a prova do «battered wife's syndrome» deve levar a considerar o homicídio não justificado mas desculpável — cruzando-se aqui as discussões pragmáticas sobre a melhor defesa em tribunal com as questões teóricas sobre a distinção justificação/desculpa, quanto a dirimentes em geral e à legítima defesa em particular, ainda acesa na doutrina anglo saxónica (Rosen, 1986).

Defende Rosen (1986) que as soluções para os casos de homicídio dos maridos pelas mulheres maltratadas em situações em que a actuação destas não é objectiva, mas tão só subjectivamente «razoável», é a de considerá-las *desculpadas*, e não a sua actuação justificada.

Mas vai mais longe do que isto: propõe que a legítima defesa em geral volte a ser considerada uma causa de exclusão da culpa, como o foi antigamente na tradição da *common law* e não uma causa de exclusão da ilicitude, como passou aos poucos a sê-lo ao longo do séc. XX e é hoje na generalidade dos Códigos Penais Norte-Americanos.

---

<sup>(6)</sup> Uma mulher vítima de violência continuada por parte do seu marido ou companheiro pode dizer-se estar sempre em perigo iminente de dano na sua integridade física ou até na sua vida.

«Treatment of self-defense as an excuse accomodates the defensive needs of battered women and other individuals who act in *subjectively reasonable* fear given their social reality.»

Numa tradição dogmática mais sofisticada, como a alemã que nos influenciou, este raciocínio seria criticável de vários pontos de vista—desde logo permitir legítima defesa contra legítima defesa—e a solução que pretende dar enquadrável em casos de *erro* (art. 16.º, n.º 2) ou de excesso desculpável (art. 33.º, n.º 2). Na doutrina jurídica portuguesa, a distinção entre as causas de exclusão da ilicitude (do facto) e as causas de exclusão da culpa (do sujeito) é clara: aquelas tornam um facto habitualmente contrário à lei—v.g., matar uma pessoa—num facto perfeitamente legítimo, porque nas circunstâncias em que é praticado há uma razão objectiva que o justifica: por exemplo, defender a própria vida de um ataque por sua vez ilegítimo. Quando falamos em desculpa, referimo-nos antes a situações em que a pessoa que pratica um facto contrário à lei está, no entanto, numa situação pessoal (de grande medo, por exemplo: alguém, que fure um documento sob ameaça de, se o não fizer, ser gravemente agredido) que torna compreensível, aceitável a sua decisão de assim agir.

O chamado «síndrome da mulher maltratada» consiste em uma série de traços comuns às mulheres que são vítimas de agressões conjugais continuadas e se mostram incapazes de abandonar essa relação violenta, por dificuldades financeiras, por medo ou/e por interiorização de bloqueios psico-sociais. Por outro lado, essa situação é frequentemente acompanhada da noção de inexistência de alternativas ou de ajudas externas, de tipo formal ou não, dada a pouca disponibilidade das forças policiais ou de estruturas de assistência social para solucionar a questão.

Uma mulher que tenha sofrido esta experiência pode, de um momento para o outro, agredir o seu marido, matando-o, numa situação ou num momento que, considerados isoladamente, não se prestam ao enquadramento nos pressupostos da legítima defesa. Ou porque a morte se seguiu a meras ameaças verbais, ou porque o usual agressor está embriagado ou a dormir, ou não está armado, etc. (tal como no caso julgado na Relação de Évora in C.J. II, 2, 1977, p. 367).

Algumas autoras insistem na necessidade de um entendimento dos pressupostos da legítima defesa capaz de abranger tais situações como verdadeiros casos de justificação. Outras entendem que é mais correcto em termos teóricos e pragmaticamente preferível a consideração de tais casos como enquadráveis numa noção de exclusão da culpa, dado que apenas funciona uma percepção razoável mas errada dos pressupostos da legítima defesa que, objectivamente, de facto, se não verifica.

Dado, justamente, que as mulheres nessas circunstâncias têm as suas capacidades de avaliação serena e objectiva da situação afectada pelo quadro psicológico descrito como «síndrome da mulher maltratada» é-lhes desculpável a sua actuação, por o seu erro ser, naquelas condições, perfeitamente razoável.

Analisadas estas situações do ponto de vista da teorização usual entre nós, há várias distinções a fazer, nomeadamente:

1—Saber até que ponto a típica situação de mulher maltratada que mata o marido sem ser em imediata resposta a uma agressão age ou não em verdadeira legítima defesa. Isto implica fazer uma verificação cuidadosa da existência ou não dos pressupostos objectivos e subjectivos da legítima defesa. Para este efeito, podemos analisar um caso português, julgado em recurso pela Relação de Évora em 1977.

2—Distinguir entre situações de erro que entre nós estão legalmente previstas no art. 16.º, n.º 2 e situações de excesso em que este seja desculpável.

3—Averiguar em que medida, nessas diversas considerações, o género feminino das defendentes é relevante, e de que modo.

O caso julgado em recurso pela Relação de Évora era o seguinte: uma mulher matou o marido com duas machadadas enquanto ele estava caído sobre a cama, de manhã, ainda sob os efeitos da embriaguez da noite anterior. Durante longos anos de casamento, ele infligira-lhe maus tratos e sevícias sexuais. Pouco antes exigira-lhe novamente, tal como na noite anterior, a prática de coito anal, tendo, face à recusa da mulher, pegado num machado que depois largou.

A Relação entendeu que a situação descrita originava uma diminuição importante da responsabilidade da ré, sem no entanto levar à sua exclusão. Essa diminuição de res-

ponsabilidade é aceite pelo tribunal como originada em («verdadeira») provocação, tal como ela era definida pelo art. 370.º do Código Penal de 1886.

A hipótese de legítima defesa é afastada pela Relação na seguinte passagem:

«... muito embora se encontrasse num quarto fechado, estando a ré na posse do machado, tem de concluir-se que a sua integridade física e o seu pudor deixaram de estar em perigo iminente de lesão, não sendo justificável como defesa própria a agressão que veio a cometer.»

No entanto, afirma-se no mesmo Acórdão repetidas vezes que o homem era «cheio de força» e maltratava a mulher habitualmente.

Seria, por isso, pensável que se a mulher tivesse esperado que ele se levantasse e lhe tentasse tirar o machado da mão à força, facilmente o conseguiria e ela não teria possibilidades de defesa. Assim sendo, o seu gesto homicida era de facto o único meio de que ela dispunha para impedir a agressão ameaçada de se consumar. Nem a fuga lhe era possível, dado que o marido fechara a porta à chave. Os filhos, diz o Acórdão, tinham saído — nada lhe adiantaria gritar por socorro.

Isto é, mesmo num caso em que (me) parecem claramente preenchidos os pressupostos da legítima defesa, a Relação afasta-a porque julga que o facto de a arma passar a estar nas mãos da até então vítima é suficiente para fazer cessar o perigo de agressão — mas não é antes evidência do contrário tudo o que a própria Relação admite como provado quanto ao passado da convivência entre ambos?

Aliás, a Relação parece confundir, na sua argumentação, a questão da existência de uma agressão *iminente* (o que não tem a ver com a questão de saber quem está na posse da arma) com a *necessidade* do meio empregado na defesa — ainda assim, poderia ter discutido a aplicação do art. 46.º par. único (C.P. de 1886) — excesso desculpável por medo — em vez de se limitar a excluir a possibilidade de estado de necessidade (C.P. de 1886), que afasta por os bens atingidos (a vida) serem do agressor e não de terceiro.

Admitir a consideração da relevância autónoma do género para efeitos de defesa ou outros é, naturalmente, uma forma de aceitar a divisão das pessoas em duas

categorias, com base nessa variável. E, ainda, contribuir para a caracterização desses grupos através da descrição de atributos específicos (agressividade/passividade, por exemplo).

É possível ver aqui o perigo de a invocação do género reforçar estereótipos, quando o esforço das teorias feministas do Direito se dirige, justamente, em sentido inverso. Seja a fundamentação da «menor capacidade de defesa» de ordem biológica ou psico-social — a menor força física contra a preparação para a passividade e o medo — em ambas as versões se corre o risco de um essencialismo irrealista (o que é ainda, em rigor, uma *outra* questão) e reforçador de desigualdade, contribuindo assim involuntariamente para um efeito perverso de este tipo de análise.

Não será isto contraditório com o objectivo de desmontar a criação prático-discursiva do género na convivência social, nas ciências em geral, na actuação do Direito?

É o paradoxo inerente ao Feminismo, ou, pelo menos, a algumas correntes dentro dele.

De formas e por razões diversas, parece-me que essa possível contradição afecta quer o Feminismo na sua versão liberal, quer o Feminismo «destrutivista».

O feminismo liberal crê na igualdade através da indiferenciação — na sua versão jurídica, as leis não deverão distinguir entre homens e mulheres. Partindo desta «equiparação» (que, historicamente, é uma equiparação *das mulheres aos homens* e nunca vice-versa), o feminismo liberal defronta-se com enormes problemas nos temas que são vistos como, afinal, constituindo especificidades femininas: a gravidez, o parto, a maternidade. As medidas relativas a essas fases da vida das mulheres são vistas como discriminações positivas, *desvios* à regra da neutralidade (na realidade, a vida dos homens) e necessitam de uma justificação jurídico-ideológica que as legitime face ao paradigma liberal. O paralelo encontrado é, para alguns, a doença.

O projecto destrutivista é, talvez, aquele em que o paradoxo é simultaneamente mais forte e mais resolvido, porque completamente consciencializado. A noção do carácter construído do género feminino é acompanhada da observação dos efeitos reais de essa categoria (Riley, 1988).

Outras correntes feministas, diferentemente, estarão menos expostas a este problema: quer a versão radical

(v.g. Mackinnon, 1987), quer a versão socialista (v.g. Barret, 1980), lidam com conceitos e programas em que a acentuação (primária naquela, secundária nesta) da característica *género* não é contrabalançada por uma preocupação de diluição de entidades divergentes. O feminismo radical celebra e exalta a diferença feminina, que é agora a superioridade (e não a inferioridade) em relação aos homens. O feminismo socialista insiste na prioridade analítica do conceito de *classe*, embora aceite a relevância autónoma da pertença ao género feminino como uma especial forma de opressão.

157

Mas decerto essa contradição, esse paradoxo, mesmo nas versões em que, como vimos, ele é mais susceptível de florir, é resolúvel: a situação de desigualdade de força/capacidade de reacção pode existir em situações em que se não ligue à «superioridade» do género masculino. A vítima idosa ou infantil, de género masculino ou feminino, será igualmente vulnerável à pessoa, homem ou mulher, na plenitude da idade adulta. *Excepto* na medida em que a força de agir depende também da nossa auto-configuração apoiada na forma como somos socialmente definidos, como pessoas activas ou passivas (homens/mulheres) e como «naturalmente» agressores ou vítimas (homens/mulheres). Aqui tropeça na realidade da vivência social, mais uma vez e sempre—inevitavelmente?—o caminho para uma utopia sem dualidade de géneros, em que esse desequilíbrio de poder houvera desaparecido. À semelhança da sociedade sem classes, sem Estado, sem Direito? (mas à ditadura do proletariado que a prepararia, na doutrina marxista, *não* corresponde, em defesa teórica no Feminismo, uma institucionalização do patriarcalismo que prepare uma sociedade não dividida entre homens e mulheres).

Quando aqui se põe o objectivo de uma sociedade não dividida entre géneros, não se trata, note-se, de abolir «a diferença», mas de multiplicar «as diferenças»..

A teoria feminista do Direito terá, provavelmente, de evoluir com uma consideração «cautelosa» do perigo de ser apanhada na sua própria armadilha de perpetuação do género na consideração da identidade das *mulheres*, com o fito da sua extinção num momento posterior (utópico? real?).

Denise Riley (1988) formula um pensamento semelhante de uma forma feliz quando confrontada com o

dilema consideração/perpetuação do grupo social «mulheres»: ainda que convictas da sua *inexistência*, é preciso agir tacticamente *como se* de facto as pessoas se dividissem onticamente em mulheres e homens, *dado que* o mundo funciona, claramente, como se isso fora verdade. Com isso correndo o risco, minimizado na medida em que consciente, do reforço dessa mesma convicção errónea e negativa que consiste em ver o mundo dos humanos divididos em dois grupos claramente separados entre si e coesos, idênticos, homogêneos cada um deles, quais sejam «os homens» e as «mulheres»<sup>(7)</sup>.

Assim se invocará a característica de ser *mulher* a ré que se defende de uma acusação de homicídio, dizendo que é essa mesma condição que a impediu de reagir a uma agressão, em curso ou iminente (ou assim julgada) como se fôra um homem, parte igual ao seu agressor, em termos não só de força física, mas também e sobretudo enquanto (in)capaz de se utilizar dela, por ter sido artificialmente treinada para a passividade, pela educação, pelas expectativas sociais, pelos modelos que interiorizou. *Por isso mesmo* a teoria feminista do Direito tem, de facto, algo de diferente e novo a acrescentar à teoria tradicional, em que tais desequilíbrios estruturais de poder psico-social não são, claramente, enquadráveis. Quando muito, seria pensável argumentar-se em termos de diferente força física, mas sempre em relação a dois indivíduos desenhados da sua concreta localização social, sem ter em conta o «poder sexual» dos homens sobre as mulheres que determina em boa parte as reacções mútuas em casos de agressão, de conflito aberto entre ambos. Além disso, a consideração da maior vulnerabilidade das mulheres como parte do seu processo de treino social *para se tornarem* mulheres não esbarra da mesma forma que a tradicional referência à «fragilidade natural» feminina (como em Shakespeare — «Frailty, thy name is woman» — entre tantos outros textos) com as reivindicações feministas e/ou igualitárias. ■

(7) A argumentação de Riley baseia-se fundamentalmente na consideração das variações sociais, históricas e políticas que constantemente (re)agrupam as pessoas em conjuntos de homens/mulheres com determinadas características para diversos fins.

Riley discorre também sobre a auto-identificação pontual e esporádica — não permanente, constante — das mulheres enquanto tais, como nos momentos em que a feminilidade nos é trazida à consciência por incidentes de rua, por formulações de expectativas sociais ou morais, etc.. O mesmo se poderia dizer dos homens, quando são feitos apelos às virtudes ou liberdades masculinas — como a coragem física ou a tolerância de aventuras sexuais extra-conjugais. Mas todo o texto de Riley se dirige à questão «Am I that name?» sendo esse *nome* o de *mulher*.



## Referências Bibliográficas

- |                     |      |  |
|---------------------|------|--|
| Barreno, Isabel     | 1985 | <i>O falso neutro</i> . Lisboa, Rolim.   |
| Beleza, Teresa      | 1989 | <i>Maus tratos conjugais: o art. 153.º, 3 do Código Penal</i> , Lisboa, AAFDL.   |
| Creach, Donald      | 1982 | «Partially determinated, imperfect, self-defense: the battered wife kills and tells why» in <i>Stanford Law Review</i> , vol. 345, Fev. 1982.                      |
| Gillisen, John      | 1988 | <i>Introdução histórica ao direito</i> . Lisboa, Fundação C. Gulbenkian.   |
| Harris, M. Kay      | 1987 | «Moving into the new millenium: Toward a feminist vision of justice» in <i>The Prison Journal</i> . Fall-Winter.   |
| Marcus, Maria L.    | 1981 | «Conjugal violence: The law of force and the force of law» in <i>California Law Review</i> , vol. 69.  |
| Mckinnon, Catherine | 1983 | «Feminism, marxism, method and the state: Toward feminist jurisprudence» in <i>Signs</i> , vol. 8, n.º 4.  |
| Mckinnon, Catherine | 1987 | <i>Feminism Unmodified</i> . Cambridge, Mass, Harvard University Press.  |
| Michel, J.          | 1975 | «L'infériorité de la condition féminine en Droit Romain» in Dekkers, R. et al., eds., <i>L'égalité</i> , vol. IV, Bruxelas, Universidade Livre de Bruxelas.        |
| Riley, Denise       | 1988 | «Am I that name?» <i>Feminism and the Category of «Women» in History</i> . Londres, Macmillan Press.   |
| Rosen, Cathryn      | 1986 | «The excuse of self-defense: Correcting a historical accident on behalf of battered women who kill» in <i>The American University LAW Review</i> , vol. 36, n.º 1. |
| Stang-Dahl, Tove    | 1987 | <i>Women's Law: An Introduction to Feminist Jurisprudence</i> . Oslo, University of Oslo Press.  |
| Vicente, Ana        | 1987 | <i>Mulheres em discurso</i> . Lisboa, Imprensa Nacional.   |