

## **A violência dita doméstica – Fecha-se uma porta, trancam-se duas janelas?**

### **Resumo**

A violência doméstica é um flagelo social que não conhece gênero, idade, estrato social, nem hora do dia. A cada minuto que passa, somos confrontados com notícias de situações que se subsumem a este fenômeno que nos assombra há séculos. O legislador penal teve a sensibilidade de o acautelar no seu espólio criminal, contudo, por vezes a justiça não chegue aos que mais precisam da sua intervenção, quer porque se retraem na efetivação da notícia do crime, quer porque desacreditam nas instâncias formais de controle, realizando justiça pelas suas próprias mãos.

Não obstante podermos ser de alguma forma solidários com esta última situação, certo é que ela é inaceitável no nosso ordenamento jurídico-penal, uma vez que vá para além do que se encontra acautelado como causa de justificação da ilicitude ou da culpa. É precisamente nesta esteira que abordaremos a temática da violência doméstica, isto é, não cuidaremos de forma exaustiva da tipificação legal, nem da evolução da consciencialização social, mas sim das situações em que a vítima se convola em agressor, como forma de resposta aos maus-tratos que vivencia. Para tanto, procedeu-se à análise dogmática considerada por profícua e mais ajustada à nossa posição, sem descurar as posições que obvia à sustentabilidade do nosso ponto de vista.

Palavras-chave: crime; violência doméstica; excesso de legítima defesa; justiça privada.

### **Abstract**

Domestic violence is a social menace that does not choose gender, age, social status or time of day. At every given minute, we hear of situations that re-enact the domestic violence scenario, a phenomenon that has been haunting our society for centuries. The penal legislator was sensitive enough in turning domestic violence into a crime, by not condoning it, however sometimes justice does not reach those who need it the most, either because they do not report it to the authorities, or because they do not believe in the formal instances of control, taking justice into their own hands.

Even if we can somehow be sympathetic with this last situation, it is unacceptable in our criminal justice system, once the situation goes beyond what is permitted as far as criminal and culpability justification are concerned. It is precisely in this order of thought that we have built our research guideline within the domestic violence theme, that is, we will not care in detail of its legal regime, nor the social awareness, but of the situation in which the victim finds herself being the aggressor, as a way of responding to the maltreatment she has been exposed to. Therefore, we have analyzed the doctrine that we have considered most efficient and adjusted to our position, without disregarding certain standings that abstain from sustaining our point our view.

Keywords: Crime; domestic violence; excessive self-defense; private justice.

## **1. Introdução**

A sociedade em que vivemos hoje é considerável e diametralmente diferente daquela com que Portugal se deparava há umas não tão longínquas décadas atrás. As constantes mudanças a que a sociedade está sujeita são fruto da natureza constituída do homem. O homem é um ser insatisfeito, que ao passo que caminha para a socialização, tende a afastar-se dessa mesma socialização. Digamos que nos é intrínseca uma insociável sociabilidade (Bronze, 2010: 201).

Precisamente devido às constantes mudanças da sociedade, o legislador, de um modo geral, tem de adaptar o produto legiferante à realidade que lhe é quotidiana. No seio do direito penal assistimos constantemente a esta permeabilidade, designadamente através da descriminalização, da despenalização, ou, no sentido inverso, através da criminalização de certos comportamentos. Isto é, o que outrora era considerado como jurídico-penalmente relevante pode deixar de o ser, sendo o contrário também verídico, tanto devido à incapacidade de previsão diacrónica, como sincrónica, do legislador. No entanto, nem sempre o legislador consegue obter a solução óptima almejada, pois a evolução legislativa pode revelar-se como não sendo de facto “evolutiva”. Tal pode reflectir-se, nomeadamente, na inoperabilidade de certas previsões legais ou pela sua parca aplicabilidade prática.

A violência doméstica é um flagelo social que podemos rastrear até há centenas de anos atrás, no entanto, a verdadeira percepção de que é ilícita e altamente consequencial, apenas se instalou na sociedade portuguesa há cerca de trinta anos. Temos vindo a lutar,

a debater e a trabalhar em torno da consciencialização de que existem diversas formas de violência, várias hipotéticas vítimas e agressores, bem como variados meios onde a violência pode suceder. Mas certo é que o número de vítimas não mostra grandes tendências para reduzir, facilmente apreensível por uma análise (nem sequer) muito cuidada das estatísticas que nos são apresentadas por alguns organismos, nomeadamente pela Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, pelo Instituto Nacional de Estatística, entre outros<sup>1</sup>.

De qualquer modo, não obstante os números não apresentarem grandes tendências verdadeiramente evolutivas, temos assistido a um incremento de sensacionalismo em torno do fenómeno social desastroso que é a violência considerada doméstica. A notícia desta “criminalidade” tem informado a sociedade de que algo de errado se passa entre muitas “quatro paredes”, e que todos nós, devido à natureza pública do crime ora visado, somos responsáveis pela sua erradicação e prevenção. Supostamente, com o mudar dos tempos, também deveriam mudar as mentalidades, mas certo é que ainda existe a ideia de que as relações de poder no seio doméstico são justificadas, pois cada um tem de representar o seu papel, conforme lhe é distribuído no guião chamado Vida.

Uma das consequências possíveis deste crime é a vítima se convolar em agressor, ou seja, ao ser objecto de agressões, quer de foro físico, quer psicológico, ela própria se transformar em ofensor no futuro. Considerando as hipotéticas vítimas deste flagelo social, essas consequências podem revelar-se tanto nas crianças no seio escolar, como mais tarde enquanto adultos, bem como nos adultos em episódios de excesso de legítima defesa.

Concentrar-nos-emos nos efeitos do excesso de legítima defesa, e a importância que a destriça entre os tipos de afectos envolventes poderá ter em termos jurídico-penais para a vítima que se convola em agressor. Isto é, como se fecha uma porta devido aos episódios de violência (a porta da relação fiduciária que deveria existir entre os sujeitos, agora vítima/agressora e agressor/vítima) e duas janelas possíveis que se podem trancar se não houver uma consciencialização adequada quanto ao tipo de estado de afecto (asténico ou esténico), que desencadeou o episódio de violência. Analisaremos este tema de um prisma puramente legal, com recurso a legislação e doutrina nacionais, que hoje já se encontra bastante desenvolvida, adaptando tal análise ao nosso propósito específico. Consideramos pertinente uma breve viagem sobre a evolução do fenómeno social/legislativo em torno

da violência doméstica, para depois enquadrarmos o excesso de legítima defesa e a importância da sua correcta delimitação em sede processual, nomeadamente, através do recurso a exames e perícias médico-legais.

## **2. A violência doméstica em Portugal – velha realidade na legislação de hoje**

2.1. Um olhar breve pelo conceito e realidade da violência intra-familiar – um teste aos tempos

A Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, que consubstanciou a vigésima terceira alteração ao Código Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, presenteou-nos com o actual artigo 152º, cuja epígrafe é precisamente *violência doméstica*. Ora, o que é isto de violência doméstica? Será que conseguimos definir sem mais do que é que efectivamente se trata? A Comissão de Peritos para o Acompanhamento da Execução do I Plano Nacional Contra a Violência Doméstica em 2000 (Matos e Machado, 2011: 15) configurou a violência doméstica como sendo

qualquer acto, omissão ou conduta que serve para infligir danos físicos, sexuais e/ou psicológicos, directa ou indirectamente, por meio de enganos, ameaças, coacções ou qualquer outra estratégia. Tem como objectivo intimidar a vítima, puni-la, humilhá-la ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu género sexual ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física mental e moral ou abalar a sua segurança pessoal, auto-estima ou a sua personalidade ou diminuir as suas capacidades físicas e/ou intelectuais.

De qualquer modo, na tentativa de vermos como este flagelo humano evoluiu na nossa sociedade, e que não escolhe idades, estratos sociais, raças, nem géneros (Gelles e Straus, 1988: 88 ss.), vamos recuar um pouco e tentar desconstruir este conceito e sua repercussão legislativa nas últimas décadas.

Há não muito tempo atrás, a violência no seio familiar, seja entre cônjuges ou entre pais e filhos, era tida como correlativamente inerente ao mesmo. Numa sociedade onde reinava um poder eminentemente patriarcal, a subserviência dos membros da família ao *pater familias* e a aceitação de uma sua respectiva “mão pesada”, era algo tido, quase na sua plenitude, como justificado tanto no direito, como na política. Podemos concluir sem

grandes riscos que a violência doméstica não era considerada como um crime, mas sim como uma condição natural, aceite e correlativa ao seio familiar. Este “*ius corrigendi*” foi transversalmente aceite, tendo havido em tempos, segundo consta em textos históricos, e conforme nos lembra Féria (2006) “uma regra não escrita, denominada “a regra do dedo polegar” segundo a qual ao marido assistia o direito de punir a sua mulher com uma vergasta de espessura não superior à do seu dedo polegar”.

Aliás, não é necessário sequer recorrer a direito não escrito para corroborar que ao marido assistia esta prerrogativa no que tange à correção da sua esposa, pois recuando até ao século XIV, num texto de direito, vigente na Flandres, em Aardenburg (Costume de Namur, 1558, art. 18), podia ler-se o seguinte “O marido pode bater na mulher, cortá-la de alto a baixo e aquecer os pés no seu sangue desde que a torne a coser e ela sobreviva”. Isto é, o marido poderia infligir maus tratos sobre a mulher, indiscriminadamente, desde que desses não resultasse a sua morte (Costa e Coutinho, 2003: 10). Abane (2000: 1) fala-nos precisamente sobre esta questão, tanto em termos genéricos, como específicos no que concerne ao Gana, seguindo o entendimento de Connors “a violência contra as esposas é o resultado de uma crença, promovida no seio das culturas de que os homens são superiores e que as mulheres, com as quais vivem, são propriedade sua e que deverão ser tratadas como aqueles considerarem mais apropriado”.

Menos chocantes eram as normas portuguesas, no entanto, permitiam castigos, o cárcere e até a morte no caso do adultério. Aliás, quando as ofensas à integridade física ao outro cônjuge fossem determinadas por uma situação de flagrante adultério haveria o que se considerava como uma “causa de exclusão da culpabilidade”, pois “a ira causada pelo adultério é um estado emotivo”, mas, de qualquer modo, “também as ofensas corporais devem ser praticadas *in continenti* ou enquanto subsista o estado de ira, para que exista uma causa justa, devendo haver uma certa proporção da ofensa à ira” (*apud* Salgueiro). Como refere Beleza (2008: 286), em sentido coincidente com o que ora se ocorreu,

“a aceitação da legal da violência como parte do poder marital ia de par com outras normas desiguais e indignas, como as que estatuíam a quase impunidade do homicídio da mulher pelo marido em flagrante adultério, a legitimidade da violação da correspondência daquela por este ou ainda a circunstância de o crime de violação pressupor legalmente a inexistência de casamento (isto é, o marido que violasse a

mulher não cometia, até ao Código Penal de 1982 entrar em vigor, qualquer crime)”.’

Hoje será generalizadamente inconcebível considerar como passível de exclusão de culpa ou de ilicitude qualquer situação relacionada com a dita violência doméstica. Salvo nos casos expressamente previstos na lei é que uma situação formalmente ilícita, será materialmente lícita. Não é razoável justificar, ou melhor, considerar como tipo justificador para o homicídio, ou para mesmo para a violação<sup>ii</sup> ou ofensas à integridade física, o facto de os agentes implicados se encontrarem inseridos numa relação conjugal ou de cariz análogo, pois tais crimes consubstanciam uma concreta e efectiva ofensa à dignidade da pessoa humana, à vida, à integridade física e à honra da vítima, não susceptíveis de serem tão levemente justificados. Já regressaremos a esta questão *infra*.

## 2.2. Resposta legal a uma emergência social – Mais vale tarde do que nunca

A criminalização deste tipo de ofensas, levadas a cabo no seio doméstico, e nas relações interconjugais, foi unicamente acautelada a partir do Código Penal de 1982. Eduardo Correia, na esteira do Código Penal Suíço, introduziu no Anteprojecto do Código Penal de 1966 de sua autoria, o crime de maus-tratos a crianças. Originariamente os artigos que versavam sobre esta problemática eram os artigos 166.º e 167.º, mas após passar pelo crivo da Comissão Revisora de 1979, aquele ilícito convolou-se em *maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges*, mais propriamente o artigo 153.º do Código Penal de 1982 (Actas, 1979: 77). Não obstante ter sido um passo em frente, no que concerne à consciencialização de que a violência no seio familiar é reprovável, os seus contornos continuaram um tanto ou quanto ambíguos, sendo ainda necessário um alegado “dolo específico” (Beleza, 2008), pois, para que efectivamente estivessemos perante um acto ilícito, a violência perpetrada teria de ser devido a *malvadez* ou *egoísmo*. Tal previsão legal encontrava-se desajustada, desfasada da realidade e das necessidades jurídico-penais que lhe eram hodiernas, sendo imprescindível um acautelamento mais pormenorizado do fenómeno em causa. Jorge de Figueiredo Dias alertou, nas referidas Actas, embora sem acolhimento na versão final do artigo, para o facto de que tal referência a malvadez e egoísmo era desnecessária, porque o artigo desprovido de tal especificação já tinha “carga ética suficiente” (Actas, 1979: 78).

Tanto a jurisprudência como a doutrina relevaram a questão da exigência de malvadez ou egoísmo, pelo que, com a Reforma de 1995, desapareceu tal requisito, sendo assim possível rumar num sentido mais próximo do retrato da sociedade portuguesa e suas determinações criminógenas. O Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março trouxe-nos algumas inovações, designadamente, alteração quanto à caracterização das vítimas; eliminação do requisito de um eventual *dolo específico* (Gomes, 2002: 19 ss.), tal como referimos imediatamente acima; inclusão de maus tratos psíquicos; alargamento do âmbito de aplicação do ilícito aos que vivessem em condições análogas às dos cônjuges (Nunes e Mota, 2010: 133 ss.); eliminação da possibilidade de aplicação do artigo 152.º uma vez que as ofensas pudessem consubstanciar ofensas à integridade física qualificadas. Com estas alterações, ficou assente que a natureza jurídica do crime era semi-pública (“*o procedimento criminal depende de queixa*”), enquanto na redacção de 1982 o crime era tido como público.

A Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro reintroduziu no n.º 2 do artigo, a possibilidade de o crime ser independente de queixa, deixando de ter natureza semi-pública, no caso de o Ministério Público aferir que o interesse da vítima se sobrepunha à vontade de a mesma não apresentar queixa. Novas alterações foram introduzidas com a Lei n.º 7/2000, de 27 de Maio, ficando previstas penas acessórias específicas para este tipo de crime, designadamente a proibição de contacto com a vítima e o afastamento da residência da mesma pelo período máximo de dois anos.

Hodiernamente o artigo 152.º do CP prevê a violência doméstica como um tipo de violência de escopo alargado, isto é, as suas fronteiras tornaram-se mais abrangentes, trespassando as barreiras da conjugalidade e das quatro paredes domiciliares. Assim sendo, o Código Penal acolheu um tipo de ilícito com um contorno diametralmente diferente do crime de maus tratos e violação das regras de segurança que até então se encontrava em vigor. Hoje temos um espólio de vítimas alargado, um crime de indubitável natureza pública, com penas acessórias bastante afinçadas. A presente redacção do artigo faz com que seja perceptível, perante toda a sociedade, que este tipo de crime nada tem de tolerável. Mais, fica claro que é da responsabilidade de todos nós fazer com que haja uma verdadeira erradicação deste fenómeno, pois ele pode suceder com qualquer pessoa, seja homem ou mulher, no seio do matrimónio, em relação análoga ao dos cônjuges, ou com um vínculo sem “contratualização jurídica”, bem como no seio de um namoro, contra maiores ou menores, descendentes ou ascendentes, e em qualquer

lugar, ou seja, entre quatro paredes ou fora delas. Felizmente também já não existe qualquer requisito de reiteração, podendo uma única agressão ser subsumível a este tipo de crime, o que facilita o reconhecimento do crime em si<sup>iii</sup>.

Chegados a este ponto, consideramos conveniente concluir que a violência doméstica já conheceu outras realidades, tendo passado por vários *estádios*, desde o fomento (Gelles e Straus, 1988: 31), à aceitação, à limitação (Silva, 1991: 388) e completa repulsa. Felizmente estamos perante o eclodir do último estágio, pois não conseguimos entender, face aos valores hoje propugnados e à criminalização de todo o tipo de violência contra seres humanos, qualquer complacência com indiscriminadas formas de violência levadas a cabo no seio doméstico, sendo tal inaceitável.

Contudo, nem sempre este tipo de crime é noticiado, seja pelas vítimas, seja por aqueles que têm conhecimento do mesmo, tanto por terem ouvido do outro lado da parede, como por o terem presenciado. Tal advém precisamente da já referenciada tradição cultural e da ideia (no nosso entender errada) de que ainda assiste ao “chefe de família” um *ius corrigendi*, sem grandes barreiras, ou mesmo que “entre marido e mulher ninguém mete a colher”.

Algo com que nos debatemos agora é, e quando a vítima se defende dos maus tratos? Tem direito a subrogar-se na causa de exclusão de ilicitude da legítima defesa? E se trespassar a barreira do meio necessário para repelir a agressão? Considera-se conveniente tecer considerações a este respeito, devido à exiguidade com que é encarada tal problemática na nossa sociedade.

### **3. A legítima defesa – Excesso ou Recesso?**

#### **3.1. Caracterização sumária da legítima defesa enquanto forma de excluir a ilicitude de um comportamento anti-jurídico**

Cumpre-nos tecer apenas uma breve anotação sobre a legítima defesa, para depois podermos integrar os considerandos sobre eventuais casos de excesso de legítima defesa no cenário da violência doméstica. A legítima defesa, prevista no artigo 32.º do Código Penal é a causa de justificação da ilicitude, no seio penal, que tem sido alvo de menor resistência, tanto doutrinária como jurisprudencial. De qualquer modo, tal não obsta a que os seus meandros não sejam escrutinados pela doutrina, havendo discordâncias quanto à sua extensão (Carvalho, 1994; Dias, 2007). A maior parte da doutrina segue as conclusões



de Figueiredo Dias, e com as quais concordamos em pleno, que determina que à situação de legítima defesa assistem certos requisitos, tanto no que tange à agressão, como à acção de defesa<sup>iv</sup>. Assim sendo, para podermos lançar mão da causa de justificação da ilicitude que ora analisamos, teremos de estar perante um comportamento ilícito, levado a cabo voluntariamente por um humano, quer de forma activa ou omissiva, que seja actual, contra interesses juridicamente protegidos da vítima ou de terceiro (Dias, 2007: 408 ss.). Aquando da verificação destes elementos, qualquer pessoa poderá reagir de forma ilícita, estando a sua actuação justificada. Como se estivéssemos perante um contra-tipo, face ao tipo de ilícito incriminador. De qualquer modo, não nos assiste a possibilidade de reagirmos de uma forma completamente indiscriminada, pois a acção de defesa terá de respeitar determinados limites, nomeadamente ser levada a cabo através de um meio necessário, o que essencialmente se traduz no meio idóneo, e menos gravoso, para repelir a agressão, que esteja ao dispor da vítima. Para além da necessidade do meio, tem de existir igualmente necessidade de defesa, conclusão que em nada é despicienda, pois existem situações que não carecem de defesa (Dias, 2007: 418 ss.)<sup>v</sup>.

Atendendo ao que brevemente expendemos imediatamente acima, nem toda a doutrina segue o mesmo trilho, nomeadamente no que concerne à situação específica da legítima defesa. Taipa de Carvalho sustenta que a situação de violência doméstica deve estar ablada do âmbito de aplicação da legítima defesa enquanto causa de justificação da ilicitude (Carvalho, 1994: 311 ss.), considerando que existe um dever de solidariedade entre os cônjuges, devido à proximidade entre vítima e agressor. No que tange ao requisito da necessidade de defesa, quando existirem situações de considerável proximidade, criadoras de “especiais laços de solidariedade juridicamente relevantes” (Dias, 2007: 430 ss.), Taipa de Carvalho coloca-a no mesmo patamar jurídico-dogmático que o das agressões provocadas. Por conseguinte, face a este entendimento, a legítima defesa não poderia operar automaticamente no seio da violência doméstica, devendo a retribuição da violência ser sempre evitada. Face ao que temos presenciado, em termos estatísticos, doutrinários, jurisprudenciais e mediáticos, não podemos sufragar tal entendimento, pois estaríamos a ser condescendentes com algum tipo de violência no seio familiar, o que hoje em dia é completamente inconcebível. Aliás, tal significaria que a passividade deveria reinar e que quem é vítima deste tipo de crime deveria manter-se sempre nesse “status”.

Claro que não estamos a sufragar a utilização desenfreada da violência como resposta a episódios de violência, indo tal contra tudo aquilo em que acreditamos, pois cremos que a violência é um fenómeno cíclico e que não conhecerá os seus limites se estes não lhe forem liminarmente impostos, nomeadamente pela Lei. Estamos apenas a considerar a possibilidade de as vítimas deste tipo de crime não serem colocadas em uma situação inferior a quaisquer outras, podendo todos os expedientes legais existentes estar à sua disposição, mais que não seja como reflexo claro do princípio da igualdade e, por conseguinte, da legalidade.

Face à inércia da vítima e daqueles que presenciam, ou sabem que existem, episódios de violência subsumíveis ao crime de violência doméstica, sucedem situações onde a vítima reage de forma excessiva à agressão que lhe é infligida. Não estamos a tentar generalizar, mas facto é que somos confrontados com estas situações nos corredores dos tribunais e nos meios de comunicação social. Apesar de sabermos que na prática existem situações que podem ser subsumidas à figura do excesso de legítima defesa, certo é que não são enquadradas enquanto tal pela jurisprudência. Ora, o que pode acontecer à vítima que se convola em agressor?

### 3.2.O excesso de legítima defesa – Apenas *law in books*?

Quando estamos a lidar com questões legais e à sua subsunção ao escrutínio dos operadores judiciais, não podemos falar em sentidos unívocos, pois as possibilidades variam, uma vez que, felizmente, o caso é o nosso *prius* metodológico (Neves, 2003) e todos os casos têm meandros que os fazem ser únicos e cuja solução deve ser igualmente única. De qualquer modo, podemos determinar que o excesso no âmbito da legítima defesa<sup>vi</sup>, enquanto meio desnecessário para repelir uma agressão actual e ilícita, poderá ser desencadeado por dois tipos de estados de afecto, o asténico ou o esténico (Dias, 2007).

Quando falamos em estados de afecto, os alegados estados passionais, estamos a falar sobre questões relativas à culpa<sup>vii</sup>. E afinal o que é a culpa? Ainda hoje nos debatemos com estas questões, especialmente considerando a constante evolução das neurociências e as interrogações que insurgem sobre a culpa<sup>viii</sup>. De qualquer modo, em jeito de mero enquadramento, a culpa é tida como um juízo de censura à personalidade do agente que, não obstante terem sido avançadas várias teorias quanto à mesma, certo é que não a podemos apartar do livre-arbítrio (Frisch, 2013). A culpa é relevantíssima enquanto

pressuposto e limite de qualquer punição, logo, o legislador em nada foi insensível a esta questão, concretizando a culpa como um elemento determinante para a medida da pena<sup>ix</sup>, tal como ficou assente nos artigos 40.º e 71.º do CP. A culpa é referida em inúmeros momentos tanto no Código Penal, como no Código de Processo, estando todo o processo e uma eventual condenação limitada à sua verificação (uma vez que estejamos perante imputáveis).

Estes estados de afecto poderão determinar consequências jurídicas de ordem deveras diferente. Quanto ao asténico, uma vez que não seja censurável, não haverá punição (Neves, 2013: 176 ss.). Ora, aqui terá de ser determinado se o excesso determinado por perturbação, medo ou susto, como refere o artigo 33.º do nosso Código Penal, não é censurável. Como podemos aferir tal sem mais? Essa recondução pode ser levada a cabo unicamente recorrendo ao que se encontra positivado nos nossos Códigos Penal e de Processo Penal? Isto é, podemos confiar unicamente no bom senso ou no senso comum do julgador para aferir se o excesso de legítima defesa é ou não censurável? O mesmo se diz relativamente ao estado de afecto esténico, que pode ser desencadeado por um qualquer ódio reprimido ou raiva<sup>x</sup>.

Não estamos desta forma a constatar que os nossos julgadores não têm competência para aferir, através de um juízo de prognose póstuma qual o tipo de afecto em que se encontrava o arguido (outrora vítima) na altura da verificação do alegado estado de afecto, apenas consideramos que será profícuo, para a realização da Justiça (Moreira, 2006: 380), o julgador munir-se de outras “armas” para efectivamente a concretizar<sup>xi</sup>. Consideramos pertinente tecer breves comentários a respeito desta problemática.

### 3.3.O excesso de legítima defesa e a prova “improvável”

Em jeito de provocação quanto ao referido no inciso anterior, podemos determinar sem dúvida razoável que um estado de afecto é indubitavelmente asténico, censurável ou não censurável, ou esténico? Presentemente que estamos num verdadeiro eclodir de encontros entre ciências, nomeadamente das neurociências e do direito penal, considerando alguns operadores judiciários que não é necessário recorrer a perícias para fazer tal distinção<sup>xii</sup>.

Presumimos então que face às qualidades inerentes ao julgador, ao juiz enquanto perito dos peritos, e apreciador da prova (Moreira, 2012: 81), este conseguirá rumar no sentido de determinar uma condenação ou uma absolvição sem quaisquer obstáculos<sup>xiii</sup>. Nós não

podemos sufragar tal entendimento, pelo menos de uma forma completamente linear, pois, não obstante estarmos perante questões relativamente dogmatizadas, certo é que nem sempre é líquido se uma vítima se defendeu de uma agressão de forma excessiva, dominada por um sentimento de revolta, de raiva ou de ódio, ou então de medo ou susto, ou mesmo perturbação. Tais diferenças de subsunção da conduta da “vítima agressora” a uma classe de afectos não são em nada inócuas, pois podem determinar uma severa condenação ou a sua absolvição (Sotelo *apud* Lúcio, 1991: 217)<sup>xiv</sup>.

O que advogamos como essencial nestes casos é que haja uma cultura de realização de perícias médico-legais, nomeadamente, ao estado psiquiátrico, psicológico e mesmo neurológico do agressor que tenha também sido vítima, pois, não obstante estas perícias poderem não ser conclusivas, uma vez que terão de incidir sobre uma realidade que não lhes é puramente quotidiana, certamente que poderão contribuir para a boa decisão do juiz e descoberta da verdade material. A prova pericial encontra-se regulada no seio do nosso Código de Processo Penal nos seus artigos 151.º e ss., servindo as perícias sobre a personalidade (artigo 160.º CPP) para coadjuvar o julgador na sua decisão sobre a culpa do agente, nomeadamente aquando da elaboração do juízo de culpabilidade previsto no artigo 368.º do CPP. Ora, o que é a culpa senão um juízo de censura sobre a actuação do agente, nomeadamente sobre a sua personalidade (Dias, 2007), tal como tivemos oportunidade de referir *supra*? Afinal, terá o julgador de se munir destes expedientes para bem julgar ou não? Somos de opinião que o juiz tem de ter alguma margem de manobra para decidir e que a livre apreciação da prova tem a sua razão de ser, pois afinal “a livre convicção é um meio de descoberta da verdade, não uma afirmação infundamentada” (Silva, 2006: 47), no entanto, o juiz não se deve coibir de lançar mão dos expedientes que tem ao seu dispor para realizar a justiça. Decidir, julgar, determinar o fado de uma pessoa, não é algo que deva ser encarado de forma leviana, sendo essencial mobilizar todos os meios que estejam ao seu dispor para decidir em consciência e com segurança e certeza, pelo menos para além da alegada “dúvida razoável”. Tal como refere Lúcio (1991: 220), o juiz deve desenvolver a sua actividade “num lugar que seja espaço de liberdade, mas também de segurança, que seja terreno de criatividade, mas também de certeza”.

Presentemente estamos a viver numa era em que a ciência empírica, nomeadamente a medicina, e o direito têm de andar de mãos dadas, não podendo ser ignorados os benefícios que cada uma destas áreas poderá oferecer à outra. Referimo-nos especialmente às situações com que nos deparamos que em nada são cristalinas, isto é,

que fazem com que a dúvida possa ser instalada, como são os casos dos estados de afecto e dos efeitos que a comprovação das suas fronteiras poderão ter num processo de índole criminal. Assim sendo consideramos profícuo que seja dada mais importância, nomeadamente aos exames neurorradiológicos e perícias neurológicas. Este nosso entendimento surge face à impossibilidade de se comprovar que existe uma certa labilidade emocional num agente, logo, uma situação que pode diminuir a sua culpa, sem a realização de exames e, por conseguinte, perícias de foro neurológico. Aliás, temos como generalizadamente aceite que a face e a cabeça são as zonas mais afectadas no seio da violência conjugal. Por conseguinte, podemos afirmar com alguma propriedade que de tais ofensas poderão surgir lesões cerebrais, que, por sua vez, poderão conduzir a alterações comportamentais, nomeadamente a estados de fúria ou raiva injustificados, ou labilidades emocionais. Ora, havendo um historial de violência, de o agressor ter sido outrora a vítima, não se justificará a realização de exames e perícias para obstar a que haja condenações excessivas desnecessárias?

Essencialmente, o que pretendemos com o presente trabalho é apelar a uma maior interligação da doutrina com a prática, não só dos tribunais, mas também dos gabinetes médico-legais, uma vez que todos rumam no mesmo sentido. Face à riqueza da nossa realidade, ficamos a perder com a carência de mobilização de meios que podem ser essenciais para uma efectiva boa decisão da causa, pois rumamos quase sempre no mesmo sentido, onde nem sequer é colocada a possibilidade de ter havido uma situação de excesso de legítima defesa (ou mesmo de legítima defesa) ou de qualquer outra que tenha sido determinada precisamente por terem havido episódios de violência em sede anterior, onde os papéis de vítima e agressor se encontravam invertidos.

#### 4. Conclusão?

O tema que nos trouxe a escrever estas linhas em nada é desconhecido. A violência doméstica continua a ser uma realidade instalada na nossa sociedade, apesar dos apesares, e continua a carecer de meios formais e não formais para ser combatida. Temos como profícuas as mudanças legislativas, pois conduziram a que houvesse uma maior consciencialização deste flagelo que atravessa quaisquer barreiras, podendo o mesmo ser dito relativamente aos Planos Nacionais de Combate à Violência Doméstica e o lugar de

destaque que este crime ocupa no seio da nossa política criminal. No entanto, será que é suficiente?

Não advogamos já uma criminalização em sentido diverso, nomeadamente no que concerne ao caminho da violência de género, pois o legislador já deu um passo nesse sentido com a alteração do Código Penal de Abril transacto, ao acautelar a qualificação do crime de homicídio (e por conseguinte das ofensas à integridade física) quando fosse determinado por razões atinentes ao género da vítima. Contudo, consideramos que face à actividade legiferante alargada, que temos tido o “prazer” de acompanhar, talvez fosse profícua uma regulamentação específica das perícias médico-legais nos casos que tenham como precedente o cometimento de um crime, mormente nos casos de violência doméstica. Tal viria pôr a tónica na obrigatoriedade da sua realização, designadamente quando nos deparássemos com casos de excesso de legítima defesa, pois a linha existente entre uma condenação severa e a absolvição é muito ténue. Ao não existir obrigatoriedade, e a possibilidade de escolha da sua realização residir unicamente na vontade do juiz, tal pode conduzir a situações de inequidade, sobretudo por não ser consentânea a necessidade, ou mesmo a consideração enquanto não despicienda, de realização de perícias nestas situações. Ora, a linha existente entre a condenação e a absolvição é tão ténue que consideramos que mais um instrumento auxiliar do juiz em nada prejudicaria a realização da justiça, muito pelo contrário.

Algo que nos assombra, e que de alguma forma nos motivou a “exarar” estas breves conclusões, é precisamente o facto de termos constatado no seio da jurisprudência, ao contrário da tendência ora existente nos Estados Unidos da América, que não existem casos de legítima defesa nem, por conseguinte, de excesso de legítima defesa quando tenham havido episódios de violência inter-conjugal. Tal conduz a que a nossa preocupação seja tida como meramente académica, o que nos assombra ainda mais, pois é do conhecimento geral que estas situações de excesso existem, podendo apenas concluir que a qualificação jurídica das mesmas envereda por outro trilho, nomeadamente o do homicídio ou ofensas à integridade física, quer nas suas previsões fundamentais, quer qualificadas ou privilegiadas. Será esse o caminho que efectivamente queremos seguir?

Com aquelas interrogações não queremos advogar a impunidade daquele que sofre maus-tratos e que, motivado por esses, tenha decidido responder com o cometimento de outro crime, trocando assim o papel de vítima por o de agressor. Aliás, nós não somos

apologistas do abolicionismo penal, sendo da opinião de que quem comete um ilícito criminal deve responder pelo mesmo, embora na estrita medida da sua culpa. Logo, não sufragamos que todas as situações que tenham como precedente um crime de alegada violência doméstica devam ser desculpadas, porque supostamente não haveria outra forma de a vítima “se livrar daquele mal”. Muito menos sufragamos a possibilidade de existir uma legítima defesa preventiva (quanto muito poderia existir um direito de necessidade preventivo ou um estado de necessidade desculpante) (Palma, 2005), uma vez que tem de haver alguma agressão para haver legítima defesa, caso contrário poderíamos cair na aporia de um direito penal das intenções, que em nada se nos afigura como conveniente ou viável na sociedade em que hoje nos inserimos.

Existem limites às causas de justificação da ilicitude e da culpa e são precisamente esses limites que devem ser explorados na jurisprudência, designadamente com o recurso a exames e perícias médico-legais como tivemos oportunidade de brevemente explanar, sob pena de os nossos tribunais não estarem a decidir com a plenitude com que poderiam decidir.

### **Referências Bibliográficas**

- Abane, Henrietta, Towards research into wife battering in Ghana: Some Methodological Issues, *in* Men, Women and Violence, edited by Felicia Oyekanmi, ISBN, 2-86978-077-X, 2000, Codesria, Oxford, UK;
- Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal: Parte Especial. Lisboa: Associação -Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1979;
- Andrade, Amélia; Teixeira, Teresa; Magalhães, Olga, Subsídios para o Estudo do Adultério em Portugal no Século XV, disponível em <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/6511.pdf>, consultado a 02.01.2013, p. 98-99;
- Beleza, Teresa, Violência Doméstica, *in* Revista do CEJ, 1.º Semestre 2008, 8 (Especial), 2008, p. 286 e ss;
- Bronze, José Fernando, Lições de introdução ao Direito., 2.ª Edição, 2010;
- Carvalho, Américo Taipa de, A Legítima Defesa, Da Fundamentação Teorético-Normativa e Preventivo-Geral e Especial à Redefinição Dogmática, Porto, 1994;
- Costa, Ricardo da e Coutinho, Priscilla Lauret. “Entre a Pintura e a Poesia: o nascimento do Amor e a elevação da *Condição Feminina* na Idade Média”. *In*:

Gugliemi, Nilda (dir.). *Apuntes sobre familia, matrimonio y sexualidad en la Edad Media. Colección Fuentes y Estudios Medievales 12*. Mar del Plata: GIEM (Grupo de Investigaciones y Estudios Medievales), Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP), diciembre de 2003;

Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, 2.ª Edição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Liberdade, Culpa e Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 3.ª Edição, 1995;

Féria, Teresa, Capítulo sobre o crime de maus-tratos conjugais, consultado a 15.11.2013 [http://www.apmj.pt/index.php?option=com\\_content&view=article&id=62:capitulo-i-sobre-o-crime-de-maus-tratos-conjugais&catid=46>manual-ousar-vencer&Itemid=12](http://www.apmj.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=62:capitulo-i-sobre-o-crime-de-maus-tratos-conjugais&catid=46>manual-ousar-vencer&Itemid=12);

Frisch, Wolfgang, *Neurosciences and the Future of Culpability in Criminal Law*, in *Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 147-165;

Frost-Knappman, Elizabeth e Cullen DuPont, Kathryn, *Women's Rights on Trial, 101 Historical Trials from Anne Hutchinson to the Virginia Military Institute Cadets*, Gale Research, Detroit. 1997;

Gelles, Richard J. e Straus, Murray, *Intimate Violence, The causes and consequences of abuse in the American Family*, Simon & Schuster Inc, 1988, New York;

Gomes, Catarina Sá, *O Crime de Maus Tratos Físicos e Psíquicos Infligidos ao Cônjuge ou ao Convivente em Condições Análogas às dos Cônjuges*, A.A.F.D.L., Lisboa, 2002;

Lúcio, Álvaro Laborinho, *Subjectividade e Motivação no Novo Processo Penal Português*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2, 1991, pp. 205-220;

Matos e Machado, *Violência Doméstica: Intervenção em Grupo Com Mulheres Vítimas*, Manual para Profissionais, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2011;

Moreira, Sara Leitão, *O Juiz e os Limites à Valoração da Prova Penal – Breves considerações*, in *As Novas Fronteiras do Direito no Deabar do Século XXI, Estudos em Homenagem aos Professores Doutores A. Pires de Carvalho e Manuel Fernandes Costa*, Rei dos Livros, Coimbra, 2012, pp. 363-386;

Neves, António Castanheira, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003;



Neves, Paulo Curado, As Emoções no Sistema Exculpatório do Código Penal Português, in *Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 169-181;

Nunes, Carlos e Mota, Maria, O crime de violência doméstica: a al. b), do n.º 1 do art. 152.º do Código Penal, *Revista do Ministério Público*, n.º 122, Abril/Junho, 2010;

Salgueiro, Gabriela, Situação Jurídica da Mulher Casada, Direitos e Deveres Recíprocos dos Cônjuges, *Revista da Ordem dos Advogados*, disponível em [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/GabrielaS.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GabrielaS.pdf);

Palma, Maria Fernanda, O Princípio da Desculpa em Direito Penal, Almedina, Coimbra, 2005;

Palma, Maria Fernanda, Dias, Augusto Silva, Mendes, Paulo de Sousa, *Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2013;

Silva, Germano Marques da, Produção e Valoração de Prova em Processo Penal, *Revista do CEJ*, 1.º Semestre 2006, número 4, Número Especial, pp. 37-53;

Silva, Luísa Ferreira da, «O direito de bater na mulher» - Violência interconjugal na sociedade portuguesa, in *Análise Social*, vol. xxvi (111), 1991;

Veríssimo, Fernando, Do Problema de Saber, Se São Aplicáveis, em Matéria de Violação Recíproca dos Deveres dos Cônjuges, os Princípios Gerais Sobre a Responsabilidade Civil, publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, disponível em [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/PiresV.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PiresV.pdf).

Sara Leitão Moreira

Doutoranda da Universidade de Coimbra em Ciências Jurídico-Criminais

Assistente Convidada no Instituto Superior Bissaya Barreto

Assistente Convidada no Instituto Superior De Contabilidade e Administração de Coimbra

\*\*

*Tradução minha de Abane “violence against wives is an outcome of the belief, fostered in cultures that men are superior and that women with whom they live are their possessions to be treated as they consider appropriate” – supra p. 2.*

<sup>i</sup> Vide as estatísticas da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, disponíveis em [www.APAV.pt](http://www.APAV.pt), onde podemos encontrar dados referentes ao perfil da vítima, do agressor, do tipo de crime levado a cabo e sua expressão em termos sociais. Os estudos levados a cabo por esta associação advêm da sua incessante preocupação com a desprotecção ainda existente das vítimas dos mais variados tipos de crime e à incapacidade de resposta das instâncias de controlo ditas formais. Considera-se de igual relevância os estudos levados a cabo pela Direcção Geral de Políticas da Justiça, disponíveis em [www.siej.dgpi.mj.pt](http://www.siej.dgpi.mj.pt), bem como o apelidado *Eurobarómetro* sobre a Violência Doméstica Contra Mulheres na sociedade portuguesa, disponível em [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

<sup>ii</sup> Falamos aqui em violação pois não raras vezes no seio do matrimónio fora considerado como inconcebível o cometimento deste crime, uma vez que a satisfação sexual faz parte dos deveres conjugais. Para demonstrar tal, consideramos como profícua uma breve exemplificação de tal na literatura. Na lei americana, até ao século XIX, encontrava-se instalada a ideia de que o crime de violação não poderia ser cometido no seio do matrimónio. Tal “excepção” foi suscitada no seio de um caso ocorrido a 26 de Abril de 1857, de violação de uma criança de dez anos, Agnes O’Connor, por um grupo de homens. Foi argumentado pelo advogado de defesa que não tinha ficado provado na acusação que o alegado, Patrick Fogerty, não era marido de Agnes, constituindo tal uma excepção à possibilidade de ser acusado do crime de violação. O juiz afecto ao caso, Judge Bigelow considerou o seguinte, e passamos a citar “[o]f course, it would always be competent for a party indicted to show in defense [sic] of a charge to have been committed was his wife.” Sendo que um homem apenas seria condenado, ou considerado culpado pela prática de um crime de violação contra a sua esposa, se “as principal in the second degree of a rape on his wife by assisting another man to commit a rape upon his wife”. Ou seja, neste caso concreto, tal excepção era completamente despidianda, mas certo é que ela existia. Hoje em dia existe a consciência generalizada de que pode haver violação no seio do matrimónio, não podendo haver tal excepção, pois é considerada como uma forma de violência contra o cônjuge. Para mais desenvolvimentos sobre este caso vide Frost-Knappman, Elizabeth e Cullen DuPont, Kathryn, *Women’s Rights on Trial, 101 Historical Trials from Anne Hutchinson to the Virginia Military Institute Cadets*, Gale Research, Detroit. .1997, pp. 53 e ss.

<sup>iii</sup> Apesar de o requisito da reiteração ter desaparecido, tal como resulta claramente da enunciação da lei, a jurisprudência nem sempre tem entendido assim. Isto é, não é pacífico que qualquer agressão possa ser subsumível ao crime de violência doméstica, uma vez que estejam verificadas os outros requisitos atinentes ao tipo. Neste sentido vide o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 901/11.OPAPVZ.P1, cujo relator fora Ernesto Nascimento, que constata o seguinte que “não são os simples actos plúrimos ou reiterados que caracterizam o crime de maus tratos a cônjuge, o que importa é que os factos, isolados ou reiterados, apreciados à luz da intimidade do lar e da repercussão que eles possam ter na possibilidade de vida em comum, coloquem a pessoa ofendida numa situação que se deva considerar de vítima, mais ou menos permanente, de um tratamento incompatível com a sua dignidade e liberdade, dentro do ambiente conjugal”.

Em sentido coincidente com a nossa posição vide o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 28/04/2010 onde ficou assente que para consubstanciar o crime de violência doméstica é apenas necessária a ocorrência de “um único acto ofensivo de tal intensidade, ao nível do desvalor, da acção e do resultado, que seja apto e bastante a lesar o bem jurídico protegido – mediante ofensa da saúde psíquica, emocional ou moral, de modo incompatível com a dignidade da pessoa humana”, bem como o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16/01/2013, processo n.º 486/08.5GAPMS.C1,

<sup>iv</sup> Neste sentido vide o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12/11/2013, processo n.º 154/05.0GARSD.P1, cuja relatora fora Eduarda Lobo, onde ficou assente que “a exclusão da ilicitude da conduta por legítima defesa [art. 32º do CPenal] exige a presença de cinco requisitos objetivos e um elemento subjetivo, a saber, (i) a agressão de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, (ii) a atualidade da agressão, (iii) a ilicitude da agressão, (iv) a necessidade da defesa, (v) a necessidade do meio e (vi) o conhecimento da situação de legítima defesa – os três primeiros requisitos objetivos referem-se à situação em que o agente atua e os dois últimos à ação de defesa”.

<sup>v</sup> Neste sentido vide o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11/19/2011, processo n.º 1465/10.8JAPRT.P1, cuja relatora fora igualmente Eduarda Lobo, onde se exarou que “I - A defesa só é legítima se surgir como indispensável para a salvaguarda de um interesse jurídico do agredido ou de terceiro e for o meio menos gravoso para o agressor. II - A necessidade de defesa tem de ajuizar-se segundo o conjunto das circunstâncias em que se verifica a agressão, em particular, a perigosidade do agressor e da sua forma de actuar, bem como os meios de que se dispõe para a defesa; e deve aferir-se objectivamente, segundo o exame das circunstâncias feitas por um homem médio colocado na situação do agredido”

<sup>vi</sup> Considerou Eduarda Lobo, enquanto relatora no Acórdão do Tribunal da Relação do Processo, no processo n.º 154/05.0GARSD.P1, de 12/11/2013, que “Haverá excesso de legítima defesa quando, pressuposta uma situação de legítima defesa, se utiliza um meio desnecessário para impedir ou repelir a

---

agressão”. Ou seja, não é qualquer excesso de defesa que poderá subsumir-se a este regime de alguma forma privilegiado.

<sup>vii</sup> Sufragamos aqui a posição de Jorge de Figueiredo Dias, quando alegamos que o excesso de legítima de defesa vai ao encontro da problemática da culpa e que, não obstante seguirmos este trilha, a *nossa* posição não está isenta de crítica. Vejamos, é uma “ideia que está longe de ser indiscutível, mas que não deixa ainda hoje de recolher por toda a parte a generalidade dos pareceres e que liga o problema do excesso de legítima defesa ao fundamento da inexigibilidade”, mas tal quando, e tão só, estejamos perante um estado de afecto asténico, isto é, devido a uma situação de «perturbação, medo ou susto». Vide Liberdade, Culpa e Direito Penal, Coimbra Editora, Coimbra, 3.<sup>a</sup> Edição, 1995, pp.206-209.

<sup>viii</sup> Muito recentemente, mais propriamente em 2013, foi publicada uma obra que compila estudos em torno da culpa e do direito penal que consideramos de tremendo interesse para esta problemática, Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal cuja coordenação ficou a cargo de Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, resultantes de um Colóquio Internacional, levado a cabo entre 23 e 24 de Fevereiro de 2012, com a designação da obra.

<sup>ix</sup> Em nada despienda se revela a exposição do legislador na Introdução à Parte Geral do nosso Código Penal relativa à importância da culpa no nosso Ordenamento Jurídico-Penal “Um dos princípios basilares do diploma reside na compreensão de que toda a pena tem de ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta. O princípio *nulla poena sine culpa*, combatido ultimamente em certos quadrantes do pensamento jurídico-penal, embora mais, ou quase exclusivamente, contra a vertente que considera a culpa como fundamento da pena, ganhou o voto unânime de todas as forças políticas representadas no Parlamento Alemão, quando se procedeu à apreciação dos grandes princípios orientadores da reforma daquele sistema penal. Acrescente-se que mesmo os autores que dão uma maior tónica à prevenção geral aceitam inequivocamente a culpa como limite de pena. E mais. Podemos dizer, sem querer entrar em pormenores, que ele corresponde, independentemente da perspectiva em que se coloque o investigador, a uma larga e profunda tradição cultural portuguesa e europeia”.

<sup>x</sup> Sobre a relevância que as emoções têm tido no seio do Direito Penal, vide Palma, Maria Fernanda Palma, Modelos de Relevância das Emoções no Direito Penal e sua Relação com Diferentes Perspectivas Filosóficas e Científicas, in Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 113-127.

<sup>xi</sup> O Acórdão referido na nota VI é igualmente esclarecedor para a concretização do estado de afecto e como o julgador terá de proceder para chegar a uma conclusão, “no fundo, trata-se de um juízo objetivo e *ex ante*, pelo que o julgador se terá de colocar na posição que assumiria uma pessoa prudente perante as circunstâncias concretas ocorrentes, sem esquecer que a exigência de utilização do meio menos gravoso para o agressor não pode levar a fazer recair sobre o agredido riscos para a sua vida ou integridade física, a significar que o defendente não está obrigado a recorrer a meios ou medidas cuja eficácia para a sua defesa é duvidosa ou incerta”.

<sup>xii</sup> Esta *nossa* conclusão advém do contacto com julgadores e pensadores da doutrina jurídica e sociológica, que consideram que o recurso a perícias é despiendo, tanto porque o julgador considera que nestas questões não necessita de coadjuvação de monta, nomeadamente através do recurso a perícias, mormente devido ao facto de as perícias se presumirem fora da livre apreciação do juiz; tanto porque certas correntes de pensamento, nomeadamente feministas consideram que nestes casos não será necessário recorrer a perícias – convenhamos que estamos a enquadrar o excesso de legítima defesa em situações de violência doméstica – porque o excesso nem se coloca, uma vez que tenha sido a única forma de a vítima “se livrar do mal que a assombra”, como se de uma situação de inexigibilidade se tratasse, logo o recurso a perícias seria uma forma de se estar a revitimizar a vítima que apenas não viu outra forma se apartar de um eventual ciclo de violência.

<sup>xiii</sup> Germano Marques da Silva muito eloquentemente afirmou que “o juiz é livre, mas é também escravo dessa sua liberdade”, in Produção e Valoração de Prova em Processo Penal, Revista do CEJ, 1.<sup>o</sup> Semestre 2006, número 4, número Especial, p. 53.

<sup>xiv</sup> Consideramos pertinente a reprodução de um breve trecho de Sotelo que enfatiza a *nossa* posição “o tribunal explica e justifica a sua valoração probatória precisamente porque tem liberdade para se convencer num sentido ou noutro, já que se tivesse atado, de antemão, a critérios legais, não teria nada que justificar”, apud Lúcio, Álvaro Laborinho, Subjectividade e Motivação no Novo Processo Penal Português, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º 2, 1991, p. 217.