

O TRATAMENTO PENAL DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA

Ciências Penais | vol. 4 | p. 207 | Jan / 2006 | DTR\2006\21

Érika Mendes de Carvalho

Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (Espanha). Professora Adjunta de Direito Penal na UEM.

Área do Direito: Penal

Sumário: - 1.Introdução - 2.Tipicidade - 3.Antijuridicidade - 4.Culpabilidade - 5.Conseqüências jurídico-penais - 6.Tratamento processual penal - 7.Conclusões principais

Resumo: Examina-se a legislação penal vigente no que se refere ao fenômeno da violência doméstica, em especial as alterações ao art. 129 do CP (LGL 1940\2) brasileiro introduzidas pela Lei 10.886, de 17.06.2004, bem como pela recente Lei 11.340, de 07.08.2006. Nessa linha, realiza-se uma exaustiva análise estrutural do tipo de injusto (art. 129, §§ 9.º, 10 e 11, do CP (LGL 1940\2)), das conseqüências jurídicas previstas para o delito em questão e dos instrumentos processuais vigentes.

Palavras-chave: Violência doméstica - Violência intra-familiar - Lesões corporais - Delitos qualificados pelo resultado.

1. Introdução

De início, calha destacar que os maus tratos praticados no âmbito familiar - e, especificamente, aqueles que têm como sujeito passivo o cônjuge ou pessoa com quem o sujeito ativo conviva ou tenha convivido - só foram sancionados de forma específica pelo Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro com a edição da Lei 10.886/2004, que acrescentou dois novos parágrafos ao art. 129, do Título I, Capítulo II (Das lesões corporais). Recentemente, a Lei 11.340, de 07.08.2006 instituiu "mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal (LGL 1988\3) , da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de violência contra a mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil", dispondo também "sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher" e estabelecendo "medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar" (art. 1.º). Esse diploma legal introduziu modificações no que concerne ao delito de violência doméstica previsto pelo art. 129 do CP (LGL 1940\2) , alterando as margens penais e instituindo uma causa especial de aumento de pena (art. 129, § 11, CP (LGL 1940\2)).

O dispositivo assim preceitua: "§ 9.º. Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade". A pena inicialmente cominada - detenção, de seis meses a um ano -, alterada pela recente Lei 11.340, de 07.08.2006, passou a ser de detenção, de três meses a três anos.

O § 10 do art. 129 consigna uma causa de aumento de pena para os casos nos quais da ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima resulta uma lesão corporal de natureza grave (art. 129, § 1.º, CP (LGL 1940\2)), gravíssima (art. 129, § 2.º, CP (LGL 1940\2)) ou mesmo sua morte (art. 129, § 3.º, CP (LGL 1940\2)). Já a causa de aumento de pena insculpida no parágrafo 11 tem seu âmbito de atuação circunscrito às hipóteses do parágrafo 9.º do referido artigo. Nesses casos, sendo a vítima portadora de deficiência, a pena será aumentada de um terço.

Ademais das alterações assinaladas, a Lei 11.340/2006 modificou a redação da alínea *f* do inciso II do art. 61 do CP (LGL 1940\2) , que agora consigna como circunstância agravante genérica a prática do delito "com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica".

Constata-se que houve a previsão de uma agravação das penas de todos aqueles delitos que



importarem em violência contra a mulher, e, em um primeiro momento, explica-se essa opção legislativa em virtude da insuficiência das sanções do ponto de vista preventivo. Tão-somente se a política legislativa refletisse uma alteração efetiva das valorações ético-sociais no que toca a esses fenômenos - e as condutas até então consideradas menos graves fossem reputadas como graves - seria possível constatar uma maior magnitude do conteúdo do injusto e da culpabilidade desses fatos.

O legislador presume, com caráter geral, a maior vulnerabilidade da vítima do sexo feminino nos casos de violência doméstica e familiar, o que pode não acontecer nas situações reais e concretas, o que poderia "dar lugar à atribuição ao autor daquilo que seria obra alheia", isto é, "essa atribuição de responsabilidade, com caráter geral, é incompatível com os princípios do Direito Penal moderno em um Estado de Direito, que desenvolveu critérios de atribuição de responsabilidade 'concretos' pelo fato próprio, e não por fatos alheios".¹ Institui-se uma discriminação com caráter geral em todos os casos de violência doméstica e familiar arrolados pela lei especial, o que aproxima o citado dispositivo de um Direito Penal de autor, baseado na presunção de especial vulnerabilidade da mulher e na presunção de periculosidade do autor da conduta. Demais disso, verifica-se que essa proteção especial à mulher tem um efeito secundário privilegiado quando for ela a agressora contra seu ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do sexo masculino. Com o intuito de proteger a mulher quando vítima da violência doméstica e familiar, a Lei 11.340/2006 a favorece quando for a agressora, e sua vítima não for do sexo feminino. Essa discriminação penal positiva provoca, assim, distorções valorativas, pois há um tratamento diferenciado dos fatos em razão do sexo do sujeito passivo que não admite prova em contrário.

Feitas essas considerações, faz-se necessário elucidar que a legislação penal brasileira considera *violência doméstica* aquela exercida nas circunstâncias previstas no § 9.º do art. 129, isto é, a produção de uma lesão contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, com quem o sujeito ativo conviva ou tenha convivido, bem como a lesão produzida com prevalência das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Todavia, se da ofensa à integridade corporal ou à saúde, praticada nas mencionadas circunstâncias, resulta lesão grave, gravíssima ou a morte da vítima, as sanções previstas nos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 129 serão aumentadas em um terço, segundo estabelece o § 10 do mesmo dispositivo legal. Isso significa que o Código Penal (LGL 1940\2) utiliza, não apenas nos casos de violência doméstica, mas também em várias outras hipóteses, a odiosa técnica dos delitos qualificados pelo resultado. Diferentemente de outros diplomas legais - como é o caso, por exemplo, do Código Penal (LGL 1940\2) espanhol -, o Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro não prevê o concurso de delitos em casos como esses, mas opta por consignar marcos penais específicos para as hipóteses nas quais a violência ofende bens jurídicos como a vida ou incrementa de modo significativo a ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima.

Essa forma de proceder do legislador pátrio não impede qualificar a tipificação da violência doméstica como um recurso adicional do direito penal e que funciona como um reforço de outros delitos² - como os delitos contra a vida, a honra, a liberdade e a integridade sexual, a liberdade, etc. - que figuram como instrumentos penais mais importantes para afrontar o fenômeno criminal da violência doméstica. Entretanto, a disciplina da chamada "violência doméstica" pelo Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro evidencia que, embora em determinadas hipóteses os delitos contra a pessoa e as circunstâncias agravantes gerais ocupem o primeiro plano na proteção dos bens jurídicos afetados pelo mencionado fenômeno delitivo, a opção pela configuração de um delito de lesão e não de perigo, e a ausência de uma referência expressa à habitualidade convertem o recurso ao tipo em apreço na *prima ratio* na luta contra a violência doméstica.

Esse inconveniente é tão-somente uma das várias objeções que podem ser feitas à opção pelos delitos qualificados pelo resultado. No momento oportuno far-se-á referência a outros questionamentos que essa regulação enseja. Cumpre destacar, por oportuno, que o legislador pátrio não enfrentou com suficiência os problemas que a violência doméstica suscita, e tampouco conferiu ao delito a estrutura típica adequada. Com o propósito de melhor compreender e analisar a legislação concernente ao tema, passa-se ao exame do conteúdo do tipo delitivo de violência doméstica insculpido no Código Penal (LGL 1940\2).

A doutrina costuma ressaltar que os traços que caracterizam o tipo delitivo da denominada "violência doméstica" podem ser assim resumidos: 1) a presença de um determinado vínculo entre o sujeito ativo e o passivo; 2) o emprego da violência física ou psíquica; e 3) o atuar desse modo com

habitualidade ³Todavia, como bem se argumenta, a nota que converte o referido tipo delitivo em delito autônomo é, na verdade, a *habitualidade das ações típicas de violência*, ⁴pois essas ações, individualmente consideradas, já são sancionadas com independência do disposto no § 9.º do art. 129 do CP (LGL 1940\2) .

O legislador, porém, ao caracterizar o delito como um mero *tipo agravado de lesões corporais*, que tem como elementos objetivos específicos as relações familiares ou de convivência presente ou pretérita, circunscreveu o conteúdo das ações de violência às lesões físicas ou psíquicas. Entretanto, uma vez que as citadas relações já figuravam como circunstância agravante genérica dos delitos contra as pessoas em sua acepção mais ampla (art.61, II, f, CP (LGL 1940\2)), a nova disciplina - a saber, a introdução de um novo parágrafo no delito de lesão corporal, no qual é incluída uma forma agravada pelas relações familiares, presentes ou passadas, bem como pelas relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade - não produz uma modificação capaz de outorgar um caráter autônomo à figura delitiva da violência doméstica.

De fato, o elemento decisivo que confere autonomia às ações típicas de violência não são as relações existentes entre a vítima e o sujeito ativo, mas o fato deste último atuar habitualmente de modo violento contra todos ou algum dos membros do grupo familiar, afetivo ou similar. Ao prescindir da habitualidade para a configuração do tipo objetivo das lesões perpetradas nesse círculo de pessoas, o legislador termina por sancionar mais gravemente as lesões com base exclusivamente nas aludidas relações, sem levar em consideração que o que de verdade distingue a violência física ou psíquica realizada nas circunstâncias típicas mencionadas: o fato de demonstrar uma determinada atitude do agressor, que só pode ser objeto de um juízo de censura ou de reprovação pessoal mais intenso quando se transforma em um hábito ou modo de atuar reiterado. Em resumo, se as lesões praticadas contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, bem como as perpetradas pelo sujeito prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade, já eram merecedoras de uma pena agravada (art. 61, II, e, f, CP (LGL 1940\2)), o único dado que poderia fundamentar o incremento das margens penais deveria ser, portanto, a habitualidade no exercício dos atos típicos.

O Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro introduz o tipo delitivo de violência doméstica - baseado fundamentalmente na exteriorização de um comportamento violento no âmbito doméstico ou contra pessoas pertencentes ao grupo familiar, afetivo ou similar - dentro da sistemática dos delitos de lesões. Conseqüentemente, o bem jurídico protegido é a integridade corporal ou a saúde física ou mental individuais. ⁵Com efeito, embora os atos de violência caracterizadores dos maus tratos possam estar representados por ataques específicos a bens jurídicos diferentes do mencionado - tais como a integridade moral, a família, a liberdade, etc. - o certo é que tais ofensas são objeto de uma disciplina penal específica e autônoma. ⁶Ademais, enquanto a ofensa à integridade corporal ou à saúde pode perfeitamente acarretar um menoscabo da integridade moral das vítimas, quando se sustenta que o bem jurídico protegido pelo delito é fundamentalmente a integridade moral - como faz um setor da doutrina espanhola, ⁷com lastro na última reforma legislativa, que situa a violência habitual entre os delitos contra a integridade moral - não é possível "captar a totalidade do conteúdo de injusto da violência habitual", ⁸sobretudo quando se constata que uma lesão à integridade moral de uma pessoa nem sempre lesa ou expõe a perigo de lesão sua integridade corporal ou saúde. É correta, portanto, a localização sistemática do delito no Capítulo II (Das lesões corporais) do Título I (Dos crimes contra as pessoas) feita pelo legislador pátrio.

A descrição típica, ao prescindir de uma referência expressa à habitualidade, permite a configuração do delito com a constatação de apenas um comportamento violento que lese efetivamente a integridade corporal ou a saúde do sujeito passivo. Isso significa, ademais, que o delito em apreço, tal como se encontra disciplinado pela legislação penal brasileira, é um delito de lesão, ⁹e não de perigo. E isso porque, diferentemente da disciplina espanhola, ¹⁰por exemplo, a configuração do tipo delitivo exige um resultado concreto no qual se manifeste a lesão do bem jurídico. A mencionada exigência, porém, não leva em consideração o proceder habitual, esgotando sua valoração com a comprovação de um determinado resultado lesivo. Não basta a exposição a perigo do bem jurídico tutelado, posto que a plena realização do tipo está condicionada à sua efetiva ofensa. A redação do § 9.º do artigo 129 corrobora esse entendimento, pois o termo "lesão" é por ele definido como a ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem.

A disciplina brasileira não tem uma cláusula explícita de subsidiariedade como a espanhola, que expressamente afirma que as sanções são aplicadas "sem prejuízo das penas que possam



corresponder aos delitos ou contravenções configurados pelos atos de violência física ou psíquica". Esse dado evidencia, por um lado, que se a violência se concretiza em um atentado à integridade moral ou à liberdade pessoal, por exemplo, caberá a aplicação do concurso de delitos com o correspondente delito contra a honra, ou, conforme o caso, com o delito de constrangimento ilegal (art. 146), ameaça (art. 147) ou seqüestro (art. 148). O tipo de lesão corporal qualificada pela existência de um determinado vínculo entre o sujeito ativo e o sujeito passivo ou por aproveitar-se o sujeito ativo das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade implica, para a sua realização, a efetiva ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima, isto é, o delito exige um resultado concreto que incorpore a lesão ao bem jurídico protegido. O delito de violência doméstica previsto no § 9.º do art. 129 do CP (LGL 1940\2) apresenta a estrutura técnico-jurídica de um tipo de lesão, posto que a concorrência de um menoscabo à integridade corporal ou à saúde física ou mental dos indivíduos que integram ou integram o núcleo de convivência ou reação do autor é indispensável para a sua completa configuração típica, ou, conforme o caso, para a realização dos delitos qualificados pelo resultado mais grave (lesões graves, gravíssimas ou morte) constantes dos §§ 1.º, 2.º e 3.º do referido dispositivo penal.

Embora o ponto de referência do injusto específico do tipo do art. 129, §§ 9.º e 10 seja a produção de um resultado material, é forçoso reconhecer que esses delitos, geralmente, podem ocasionar uma exposição a perigo ou, inclusive, atentar contra outros bens jurídicos pessoais da vítima, como a honra ou a liberdade pessoal. Nessas hipóteses, será possível detectar um concurso de delitos entre o delito de lesão corporal e os tipos penais realizados. O que não é possível, porém, dada a estrutura do tipo de violência doméstica na legislação penal brasileira, é a aplicação do concurso de delitos entre a modalidade qualificada e as hipóteses de lesão corporal grave ou gravíssima, por exemplo: em primeiro lugar, porque consiste em uma hipótese qualificada do tipo básico do art. 129; em segundo lugar, porque apresentam uma estrutura típica similar - baseada fundamentalmente na produção de um resultado determinado e concreto -, na qual são levados em consideração elementos típicos de valoração idênticos e que, além disso, são valorados da mesma forma.

Do ponto de vista que aqui se defende, essa proximidade conduz praticamente à equiparação do conteúdo do injusto das lesões simples ao do delito de violência doméstica. A única nota distintiva entre ambos radicaria na presença de um vínculo entre o sujeito ativo e o passivo ou na constatação de relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade. Cumpre, no entanto, indagar: apresenta o delito de violência doméstica, tal como estruturado pela legislação penal brasileira, um conteúdo de injusto específico? Qual a diferença qualitativa entre a tipificação da conduta como lesão corporal simples (art. 129, *caput*, CP (LGL 1940\2)), com as agravantes do art. 61, e, f, do CP (LGL 1940\2) , e o seu enquadramento típico no atual § 9.º do art. 129, do CP (LGL 1940\2) ? É um equívoco pensar que a pena máxima cominada, o mero *nomen iuris* ou mesmo a disciplina processual penal específica conferida pela nova Lei 11.340/2006 (quando a conduta tem como sujeitos passivos indivíduos do sexo feminino) logrem, por si só, conferir autonomia ao delito de violência doméstica.

A figura de delito do art. 129, § 9.º, do CP (LGL 1940\2) , não afere a repetição ou reiteração dos atos de violência na sua descrição típica e exige a concorrência de um determinado resultado lesivo, de modo que entre as lesões e a violência doméstica não se verifica uma diferença essencial com relação à forma de afetação do bem jurídico. Portanto, além de não ser factível apreciar um concurso de delitos entre duas modalidades idênticas de ataque a um mesmo bem jurídico, pode-se afirmar que na legislação penal brasileira o delito de violência doméstica foi simplesmente equiparado às lesões produzidas na esfera das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade (tipo penal derivado).

2. Tipicidade

2.1 Tipo básico

O delito do art. 129, § 9.º, do CP (LGL 1940\2) brasileiro permite a identificação de dois grupos de sujeitos ativos: a primeira parte do dispositivo penal prevê um delito especial próprio, no qual apenas poderão figurar como autores as pessoas que apresentam as características personalíssimas exigidas pelo tipo. Nesse primeiro grupo, há um traço fundamental que vincula o sujeito ativo ao passivo, representado pela existência de uma relação familiar ou afetiva, presente ou passada: a

lesão deve ser praticada "contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido". A segunda parte do preceito, porém, não define o autor por sua relação pessoal com a vítima do delito, mas admite como sujeito ativo qualquer pessoa, desde que se possa constatar o aproveitamento, de sua parte, das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Deduz-se daí que não é indispensável que no autor concorram determinadas condições pessoais, visto que a descrição típica faz referência "às relações domésticas, de coabitação, ou de hospitalidade" existentes entre a vítima e o sujeito ativo do delito. Podem-se considerar como relações domésticas as que têm lugar não só entre os membros de uma mesma família, mas também entre estes e os que freqüentam habitualmente a casa, como os amigos ou os que lhes prestam seus serviços como trabalhadores fixos ou eventuais. A coabitação, por outro lado, é uma situação fática que se estabelece entre pessoas que convivem em um mesmo espaço. Não é necessário que entre essas pessoas exista uma relação familiar, afetiva ou similar, de maneira que nesse círculo também poderiam estar incluídos, por exemplo, os amigos que dividem um apartamento. Por último, o preceito faz referência às relações de hospitalidade, que são aquelas limitadas no tempo, isto é, a hospitalidade é uma espécie de coabitação provisória ou temporária, que se verifica mediante o consentimento tácito ou expresso de quem hospeda e que se prolonga por um curto espaço de tempo - caracterizam hospitalidade, por exemplo, o convite para almoçar, o pernoite, as visitas feitas por qualquer outra razão.

Assim, enquanto a primeira parte do preceito consigna um delito especial próprio, a segunda parte não circunscreve o círculo dos possíveis autores em virtude de nenhuma condição pessoal. Na Espanha, um setor da doutrina adverte, com razão, que nos delitos de violência doméstica, embora nem sempre a conduta do autor infrinja um dever jurídico específico - como é o caso, por exemplo, dos indivíduos já divorciados -, o certo é que "aos sujeitos ativos lhes une um fundamento material comum de exercer sua posição dominante nas relações familiares, afetivas ou similares de forma habitualmente violenta", o que implica concluir que "uma ampliação legal do círculo de autores deve se basear nesse fundamento material".¹¹ No entanto, na reforma pontual do Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro em matéria de violência doméstica não se verifica esse fundamento material comum, de modo que, mesmo sem exercer essa posição de domínio de forma habitualmente violenta, determinados indivíduos podem figurar como possíveis sujeitos ativos do delito em apreço.

Essa ausência de um fundamento material uniforme, capaz de vincular os sujeitos ativos na legislação penal brasileira demonstra a falta de critério do legislador na determinação da figura delitiva, o que acarreta uma ampliação excessiva do círculo de possíveis autores do delito. Ademais, essa ampliação é a consequência lógica de uma justaposição incorreta de situações ou circunstâncias totalmente diferentes, dado que não é possível valorar do mesmo modo a conduta de quem desempenha uma posição dominante no grupo familiar, afetivo ou similar de modo habitualmente violento e a conduta de quem atua com violência fora do mencionado âmbito, durante uma relação de coabitação ou hospitalidade, com caráter eventual ou esporádico. Uma ampliação do círculo de possíveis autores do delito de violência doméstica que não obedeça a um fundamento material comum e uma disciplina legal que não faça referência à habitualidade como traço particular do fenômeno delitivo examinado só podem estar destinadas ao fracasso.

Na tentativa de sistematizar as relações típicas entre os sujeitos ativo e passivo na regulação penal brasileira, é possível identificar três grupos distintos. O primeiro grupo se refere às relações conjugais e similares, presentes ou passadas. A expressão "companheiro" faz referência à chamada "união estável", que se caracteriza pela presença de alguns requisitos: a inexistência de impedimento matrimonial, a diversidade de sexos, a exclusividade, a notoriedade ou publicidade da relação, a aparência de um matrimônio, a coabitação, a fidelidade, a informalidade e a estabilidade e a durabilidade da relação. Posto que no Brasil tanto as relações conjugais como as uniões estáveis se encontram fundadas na diversidade de sexos, as uniões entre homossexuais que mantenham entre si uma relação de convivência fática estável e análoga relação de afetividade não estariam compreendidas nesse primeiro grupo de relações, embora em razão da amplitude do preceito possam perfeitamente figurar como sujeitos do delito se mantém entre si uma relação de coabitação. Ademais, como nesse primeiro grupo de relações não se faz referência às relações de afetividade análogas à conjugal e se exige a estabilidade do vínculo e a convivência - presente ou passada -, fica excluído o namoro e o noivado. O segundo grupo é o relativo às relações entre o autor e as pessoas vinculadas de modo direto a ele, como os ascendentes, descendentes e irmãos. O preceito não faz referência aos ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro, de modo que ficam excluídos do círculo de sujeitos passivos desse delito, exceto se presente uma relação



doméstica, de coabitação ou de hospitalidade da qual se aproveite o autor para a prática da conduta delitativa. O terceiro e último grupo compreende qualquer pessoa que tenha com o autor uma relação doméstica, de coabitação ou de hospitalidade. Nesse grupo estão incluídas outras pessoas que, familiares ou não do sujeito ativo, integram provisoriamente a convivência familiar. Embora não seja possível identificar uma relação de domínio do sujeito ativo nessas hipóteses, o certo é que o contexto a que se refere o preceito facilita a prática do delito. Opina-se, porém, que não é conveniente limitar as manifestações do fenômeno criminal da violência doméstica - como faz o legislador brasileiro - aos casos que se verificam no âmbito estritamente residencial.

A fórmula casuística adotada pelo Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro no que concerne às relações entre os sujeitos ativo e passivo do delito previsto no art. 129, § 9.º, é altamente criticável. De fato, a redação do preceito parece considerar necessária a convivência em todas as hipóteses mencionadas, pois na primeira parte a fórmula empregada pelo legislador - "com quem conviva ou tenha convivido" - ocupa o primeiro plano, em detrimento da relação de domínio e sujeição que, do ponto de vista aqui perfilhado, deve fundamentar o injusto específico dessa figura delitativa. O mesmo pode ser dito com relação à segunda parte do referido preceito, que de modo inequívoco exige a presença de uma relação doméstica, de coabitação ou de hospitalidade para a configuração do delito. Na realidade, a relação de domínio não deve estar adstrita à convivência, posto que, como acentuam Boldova Pasamar e Rueda Martín, "pode vir definida também por outras formas de relação entre as pessoas e por dependências de todo tipo, como afetivas, econômicas, de assunção de papéis, etc.", "de modo que se deve prescindir desse dado para fundamentar sempre e em todo caso a relação de domínio".¹²

A disciplina da violência doméstica no direito penal brasileiro tem como nexos comuns, que permeiam todas as relações pessoais típicas, a exigência de convivência - presente ou passada, estável ou provisória - entre os sujeitos ativo e passivo. Daí a rubrica escolhida - "violência doméstica" - para o dispositivo em comento. De *lege ferenda*, seria mais adequado não definir ou caracterizar o delito apenas pela convivência ou pelo parentesco, revelando-se mais apropriado para afrontar o fenômeno criminal analisado conferir ênfase à inclinação, hábito ou predisposição do autor ao exercício da violência. Embora a recente Lei 11.340/2006 expressamente prescindisse da exigência de coabitação (art. 5.º, III) na definição da expressão violência doméstica e familiar (contra a mulher), e, contraditoriamente, admita como modalidade desta qualquer conduta que "cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas" (art. 5.º, I), o certo é que o tipo penal do art. 129, § 9.º, do CP (LGL 1940\2) sim exige a convivência, presente ou pretérita, ou a presença de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade para a configuração da conduta típica, quer tenha esta como sujeito passivo pessoa do sexo feminino, quer do sexo masculino.

O *objeto material* do delito está constituído pelo corpo e pelo estado anímico ou emocional do sujeito passivo. A proteção penal não se limita, portanto, exclusivamente à normalidade anatômica da vítima, abarcando também a regularidade fisiológica e psíquica. A conduta típica consiste em ofender a integridade corporal ou a saúde de alguém, produzindo-lhe uma lesão. A lesão, nessas hipóteses, advém do exercício da violência física ou psíquica: a primeira implica ofensa à integridade corporal do sujeito passivo, que pode ocorrer sob a forma de golpes, empurrões, colisões, embates, etc.; a segunda, por sua vez, não pressupõe uma aplicação de força física sobre o corpo da vítima, mas compreende os atos de intimidação e os tratos desumanos ou degradantes que afetam sua incolumidade psíquica ou mental.¹³ Embora o tipo objetivo não faça referência explícita à violência psíquica, as expressões "integridade corporal" e "saúde" indicam que além da incolumidade física do sujeito passivo também se tutela a psíquica, que pode perfeitamente ver-se afetada pela intimidação e pelo tratamento degradante ou vexatório.¹⁴

Para a configuração do delito requer-se o efetivo menoscabo da saúde física ou psíquica do sujeito passivo, já que se faz referência explícita à "lesão praticada" pelo autor. As meras desavenças conjugais ou familiares e as discussões que provocam apenas perturbações emocionais incapazes de comprometer ou afetar a integridade psíquica da vítima não se encontram incluídas, portanto, no âmbito da violência doméstica, pois é preciso que se constate uma certa magnitude na violência psíquica e que esta se concretize em efetivo menoscabo da saúde psíquica. O mesmo pode-se dizer a respeito da violência física: as lesões insignificantes ou quase imperceptíveis não possuem entidade suficiente para influir decisivamente sobre a integridade corporal da vítima e caracterizar o

delito de violência doméstica, embora sim possam configurar a contravenção penal ancorada no art. 21 da Lei das Contravenções Penais (LGL 1941\7) .

Sob a perspectiva aqui adotada, é perfeitamente possível a execução do delito do art. 129, § 9.º, em comissão por omissão. ¹⁵Com efeito, uma vez que se está diante de um delito que pressupõe a produção de um resultado material - a lesão à integridade corporal ou à saúde da vítima - é possível aplicar-lhe a cláusula do art. 13, § 2.º, do CP (LGL 1940\2) brasileiro, destinada a sancionar a omissão imprópria. Desse modo, se o omitente ostenta uma posição de garante derivada da lei, do contrato ou do atuar precedente, será possível imputar-lhe o resultado lesivo - é o que ocorre, por exemplo, quando o cônjuge não impede o maltrato de um filho por parte do outro cônjuge, desde que capaz de dominar quem exerce os atos de violência.

O *tipo subjetivo* está representado pelo dolo, isto é, pela consciência e vontade de ofender a integridade corporal ou a saúde das pessoas que se encontram nas circunstâncias mencionadas pelo tipo objetivo.

Para um setor da doutrina espanhola, ¹⁶o injusto específico do delito de violência doméstica só pode ser captado a partir do prisma da habitualidade no exercício dos atos típicos. Por conseguinte, o elemento da habitualidade evidenciaria um elemento subjetivo do injusto de tendência interna, demonstrando uma atitude tendente a converter o âmbito familiar em um espaço dominado pelo medo. Outrossim, a habitualidade se configuraria como um fator objetivo de perigo, dado que seria justamente a permanência das vítimas em situação de violência o que acarretaria um perigo objetivamente relevante. Daí que a habitualidade, além de figurar na estrutura delitiva como um elemento subjetivo do injusto, teria a função de manifestar uma inclinação do autor ao exercício da violência, o que a caracteriza como um fator objetivo de perigo. ¹⁷Pois bem, embora tal postura seja coerente, o certo é que no Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro a configuração do delito de violência doméstica como um delito de resultado - e, em determinadas hipóteses, como um delito qualificado pelo resultado mais grave - permite sua apreciação com independência da constatação da permanência das vítimas na situação de violência. De fato, o ato isolado e esporádico que lesa a integridade corporal ou a saúde do sujeito passivo, embora não indique uma tendência ou predisposição do autor para o exercício da violência, sem dúvida alguma permite a configuração do delito previsto no art. 129, §§ 9.º e 10 do CP (LGL 1940\2) , pois este último se estrutura com base na realização de uma conduta objetiva nas condições mencionadas pelo preceito, independentemente de demonstrar ou não uma inclinação do autor à realização desses atos. Por conseguinte, o fato de que no sujeito ativo não tenha se formado um hábito, inclinação ou tendência ao exercício da violência no âmbito familiar não se leva em consideração no momento da configuração do injusto específico da figura de delito.

O delito do art. 129, §§ 9.º e 10 não requer a habitualidade como um elemento objetivo-subjetivo para sua constituição, bastando a comprovação da prática de uma conduta violenta que importe um efetivo menoscabo da saúde física ou psíquica da vítima. Ao prescindir da habitualidade na descrição da conduta típica, a legislação penal brasileira confere ao fenômeno criminal da violência doméstica um tratamento completamente equivocado, porque um episódio isolado e esporádico não evidencia uma tendência do autor ao exercício da violência e se inexistente no autor essa inclinação ou predisposição psíquica à realização de atos violentos contra as pessoas que convivem com ele não se justifica a criação de um delito autônomo de lesão corporal no âmbito doméstico. Se o que importa para o legislador é apenas o lugar no qual são praticados os atos de violência e as pessoas contra as quais eles se dirigem, é possível afirmar que a disciplina anterior do delito de lesão corporal, com as agravantes de parentesco (art. 61, II, e, CP (LGL 1940\2)) e da prática da conduta delitiva aproveitando-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade (art. 61, II, f, CP (LGL 1940\2)) já incorporavam uma valoração específica suficiente para afrontar o problema em questão. Todavia, é evidente que a "violência doméstica" não pode receber o mesmo tratamento penal destinado às lesões simples. Mas a criação de um tipo penal autônomo só pode ocorrer quando apoiada em elementos capazes de conferir ao injusto penal uma especificidade, necessária inclusive para justificar a ampliação dos marcos penais. E o elemento da habitualidade é precisamente o que confere ao fenômeno criminal da violência doméstica um conteúdo próprio e distinto do delito de lesão simples. A exigência da habitualidade no emprego da violência física ou psíquica deve ser entendida em um sentido objetivo-subjetivo, o que significa que para a sua constituição faz-se necessário não só a reiteração do comportamento violento, mas também a demonstração de que tal modo de proceder do autor é expressão de uma tendência à repetição do

exercício dos atos típicos. Em síntese, "a valoração da habitualidade não recai só em aspectos meramente objetivos dos acontecimentos, mas, sobretudo, no aspecto subjetivo da tendência interna do autor".¹⁸

Cumpra reconhecer, porém, que a ausência de uma alusão expressa à habitualidade pela legislação penal pátria é coerente com a decisão de configurar o delito como um delito de resultado, e não de perigo abstrato ou concreto. Para o Código Penal (LGL 1940\2) é irrelevante o fato de que os atos violentos - plurais e próximos no tempo - sejam a expressão do hábito ou inclinação subjetiva do autor ao comportamento típico, pois o essencial é a concorrência de um resultado de lesão à integridade corporal ou à saúde do sujeito passivo. A mera exposição a perigo da vida ou da saúde da vítima não configura o delito de violência doméstica, mas o previsto no art. 132 do CP (LGL 1940\2) . Entende-se aqui que seria preferível que a estrutura do delito fosse a de um tipo de perigo abstrato para a saúde e integridade pessoais, já que isso pressupõe adiantar as barreiras de proteção do Direito Penal. Com efeito, a violência física ou psíquica pode produzir, por exemplo, um delito de lesão corporal, que já se encontra sancionado por um preceito penal próprio. Entretanto, o fenômeno criminal da violência doméstica não se esgota nas lesões singularmente perpetradas contra todos ou algum membro do grupo familiar, afetivo ou similar, mas consiste em se comportar habitualmente de modo violento, o que demonstra que as lesões e a violência habitual são formas independentes de lesão de um mesmo bem jurídico que não podem nem devem ser consideradas isoladamente.¹⁹ O atentado à integridade corporal e à saúde não é o dado decisivo para justificar um delito de violência doméstica e tampouco para fundamentar a agravação da pena nas circunstâncias referidas - posto que já existiam circunstâncias agravantes destinadas a atuar sobre a pena do delito de lesões quando este ocorria contra as mencionadas pessoas ou no contexto doméstico -, mas o que confere uma especificidade ao fenômeno em apreço é o perigo para a integridade física e psíquica das vítimas derivado do clima permanente de violência inerente à habitualidade. O legislador brasileiro deixou passar a oportunidade de conferir um tratamento adequado à matéria e terminou por converter a figura delitiva do art. 129, § 9.º em uma mera repetição do delito de lesões, acrescentando unicamente à sua estrutura o conteúdo de duas agravantes genéricas.²⁰

A atual previsão do delito de violência doméstica no Direito Penal brasileiro não permite o concurso formal entre o delito básico doloso de lesões simples e o tipo qualificado pela violência doméstica, dado que os tipos agravados de outro básico carecem de verdadeira independência delitiva (tipos derivados). Teria sido mais acertada a elaboração de um delito autônomo de violência doméstica - e não de uma hipótese agravada do delito de lesões -, situado entre os delitos contra a integridade corporal e a saúde, e com a estrutura de um delito de perigo - e não de lesão - definido não só pela presença de um determinado vínculo entre o autor e o sujeito passivo e pelo emprego da violência física ou psíquica, mas precisamente pela habitualidade que impregna a conduta do sujeito ativo. Conseqüentemente, a diversidade de estrutura e conteúdo do delito de violência doméstica assim configurado com relação ao delito de lesões permitiria a aplicação do concurso de delitos, pois enquanto naquele seria valorada uma determinada conduta habitual - com independência dos resultados causados -, no delito de lesões o momento axiológico se esgotaria na produção de um resultado material.

2.2 Delitos qualificados pelo resultado e figuras qualificadas ou agravadas por um resultado mais grave

Ademais dessas objeções que podem ser feitas à disciplina da violência doméstica constante do § 9.º do art. 129 do CP (LGL 1940\2) , cabe observar que o § 10 do referido dispositivo também é merecedor de críticas. Com efeito, o § 10 consigna uma causa de aumento de pena aplicável aos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 129, hipóteses de delitos qualificados pelo resultado e de figuras agravadas por um resultado mais grave. Para melhor compreender a questão, é preciso ressaltar, em uma primeira aproximação à matéria, que na legislação penal brasileira encontram-se presentes inúmeras hipóteses de delitos qualificados pelo resultado e várias figuras qualificadas ou agravadas por um resultado mais grave. As lesões graves, gravíssimas e a lesão corporal seguida de morte são exemplos do emprego dessa técnica legislativa. Em um segundo momento, faz-se necessário diferenciar os delitos qualificados pelo resultado das figuras qualificadas ou agravadas por um resultado mais grave. Nos *delitos qualificados pelo resultado* a previsão de uma pena superior deve-se a um maior conteúdo de injusto e/ou às exigências de prevenção geral, imputando-se o resultado a título de culpa; por outro lado, nas figuras qualificadas ou agravadas por um resultado

mais grave, este último deverá estar abarcado pelo dolo, de maneira que nelas não se verifica um conteúdo de injusto superior ao já inerente à circunstância dolosa na qual se baseia a agravação da pena e tampouco é possível justificar a elevação da pena com lastro em razões de prevenção geral.

21

Todavia, a distinção feita no plano doutrinário entre os delitos qualificados pelo resultado e as figuras qualificadas ou agravadas por um resultado mais grave fica obscurecida pela redação dada ao art. 19 do CP (LGL 1940\2) brasileiro, que determina que "pelo resultado que agrava especialmente a pena só responde aquele que o tenha causado ao menos culposamente", o que permite dar lugar às combinações dolo-dolo nos delitos qualificados pelo resultado e às combinações dolo-culpa nas figuras qualificadas ou agravadas por um resultado mais grave. Isso demonstra que esses delitos se opõem frontalmente ao princípio de proporcionalidade, posto que é possível sancionar com a mesma pena a produção dolosa e culposa do ulterior resultado mais grave, quando a rigorosa obediência àquele princípio determina que se sancione diversamente. Por outra parte, como adverte a melhor doutrina, a contrariedade desses delitos com relação ao princípio de culpabilidade reside em duas razões diferentes, pois enquanto nos delitos qualificados pelo resultado a lesão ao princípio de culpabilidade "radica na comparação das margens penais estabelecidas com aquelas obtidas pelo concurso formal de delito", ²² nas figuras qualificadas ou agravadas por um resultado mais grave a referida infração ao princípio de culpabilidade se origina da aplicação de uma regra pela qual se imputa como se fosse dolosa a produção de um resultado culposo.

O § 10 do art. 129 do CP (LGL 1940\2) determina que nos casos elencados nos §§ 1.º, 2.º e 3.º do mesmo artigo, se as circunstâncias são aquelas indicadas no § 9.º, que cuida da violência doméstica, a pena será aumentada de um terço. Uma análise daqueles parágrafos permite concluir que alguns de seus incisos consignam hipóteses de delitos qualificados pelo resultado (art. 129, § 1.º, II, § 2.º, V, e § 3.º, CP (LGL 1940\2)) - uma vez que o resultado mais grave deve ser imputado a título de culpa -, enquanto outras hipóteses são autênticas figuras qualificadas ou agravadas por um resultado mais grave (art. 129, § 1.º, I, III, IV, e § 2.º, I, II, III e IV, CP (LGL 1940\2)). Em todo caso, o certo é que tanto nos delitos qualificados pelo resultado como nas figuras qualificadas ou agravadas por um resultado mais grave há uma evidente violação do princípio de proporcionalidade e do princípio de culpabilidade, pelas razões já expostas. Na legislação penal brasileira, as hipóteses de violência doméstica nas quais o resultado mais grave é imputado ao sujeito ativo a título de culpa deveriam, de *lege ferenda*, merecer uma agravação inferior à prevista para as combinações dolo-dolo, a fim de evitar a equiparação punitiva entre a realização dolosa e a culposa.

Em conclusão, abstraindo-se dos demais casos de delitos qualificados pelo resultado e de outras figuras qualificadas ou agravadas por um resultado mais grave presentes na legislação penal brasileira, ²³ aconselha-se a supressão da referência feita pelo § 10 do delito de lesões agravadas pela violência doméstica aos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 129; outrossim, os §§ 1.º, 2.º e 3.º do mencionado artigo deveriam ser derogados, visto que implicam uma infração inequívoca aos princípios de proporcionalidade e de culpabilidade. Nas hipóteses de delitos qualificados pelo resultado, seria preferível a aplicação das regras próprias do concurso de delitos. Quanto às figuras qualificadas ou agravadas por um resultado mais grave, seria oportuna a previsão de uma atenuação da pena em todos os casos nos quais o resultado mais grave fosse produzido a título de culpa.

3. Antijuridicidade

A antijuridicidade do delito de lesões corporais agravado pela violência doméstica não pode ser excluída pela aplicação da causa de justificação do exercício regular do direito de correção ou disciplina (art. 23, III, CP (LGL 1940\2)), pois os pais que usem de violência física ou psíquica não castigam de forma moderada e razoável seus filhos e tampouco atuam com ânimo ou vontade de corrigir (*animus corrigendi*). ²⁴ De fato, a produção de lesões pelo emprego - habitual ou não - de violência física ou psíquica não pode ser considerada como um castigo necessário e adequado ao fim correcional. Os atos de violência singulares que ocasionam um resultado de lesão não se encontram amparados pela causa de justificação do direito de correção porque não são proporcionais a esse fim.

4. Culpabilidade

Quanto à culpabilidade, há ocasiões nas quais será possível a aplicação da eximente de inimputabilidade, o que estará condicionado à análise das circunstâncias pessoais concorrentes no sujeito ativo do delito. Assim, por exemplo, o consumo habitual de bebidas alcoólicas²⁵ ou a utilização de substâncias entorpecentes ou de efeitos análogos, ou, por outro lado, a constatação de transtornos da personalidade permitirão, em princípio, a aplicação da eximente de inimputabilidade ou de semi-imputabilidade, conforme o caso (art. 26, *caput*, e parágrafo único, CP (LGL 1940\2)), com a conseqüente diminuição da pena imposta ou mesmo com sua substituição por uma medida de segurança.

Por outro lado, admite-se também a exclusão da culpabilidade pelo erro de proibição - na hipótese de erro inevitável - ou atenuação da pena imposta - se evitável o erro - nas hipóteses de violência doméstica, desde que se constate, por exemplo, que o autor atua com a convicção de que seu comportamento está amparado por uma causa de justificação inexistente ou erre sobre seus limites - como no caso do direito de correção.

5. Conseqüências jurídico-penais

A pena de detenção cominada à conduta típica epigrafada no art. 129, § 9.º, do CP (LGL 1940\2) brasileiro teve seus limites mínimo e máximo recentemente modificados pela Lei 11.340/2006. A margem mínima foi reduzida de seis meses para três meses de detenção, enquanto a máxima foi acertadamente elevada de um ano para três anos de detenção.²⁶ As penas dos §§ 1.º, 2.º e 3.º são de reclusão, de um a cinco anos para as lesões graves, de dois a oito anos para as lesões gravíssimas e de quatro a doze anos para a lesão corporal seguida de morte. Em todos esses casos, a pena de prisão será aumentada em um terço quando as circunstâncias forem as mencionadas pelo § 9.º (violência doméstica). Por outro lado, e tão-somente na hipótese do § 9.º do art. 129, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência (art. 129, § 11, CP (LGL 1940\2)).

Foi oportuno o incremento das margens penais do art. 129, § 9.º, do CP (LGL 1940\2) , já que a pena máxima anteriormente prevista - um ano de detenção - não se ajustava à magnitude da ofensa ao bem jurídico tutelado. Não obstante, a cominação de pena mínima inferior a seis meses não resulta proporcional à gravidade da conduta perpetrada, opinando-se aqui que o limite mínimo anterior deveria ter sido mantido pelo legislador.

Por outro lado, nas hipóteses de delitos qualificados pelo resultado e de figuras qualificadas ou agravadas por um resultado mais grave a pena será aumentada em um terço, o que também pode conduzir a penas desproporcionais, já que em muitos casos a aplicação do concurso de delitos se mostraria mais adequada à gravidade do injusto específico desses delitos.

É conveniente assinalar, nesse passo, que a edição da Lei 11.340/2006 instituiu um tratamento penal e processual penal exclusivamente dirigido a "coibir e prevenir a violência doméstica e familiar *contra a mulher*", e, nesse sentido, "dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher", além de estabelecer "medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar" (art. 1.º).

Isso significa, em primeiro lugar, que as medidas assistenciais e de prevenção, as medidas protetivas de urgência e os procedimentos nela descritos se aplicam tão-somente aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, definida aquela como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial"(art. 5.º, *caput*). Em segundo lugar, significa também que os casos de violência doméstica e familiar contra indivíduo do sexo masculino continuarão a obedecer à disciplina penal e processual anterior, ainda vigente.

De conseqüente, a vedação contida no art. 17 da Lei 11.340/2006 limita-se às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nestas últimas é vedada expressamente a aplicação "de penas de cesta básica outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa".

Com relação às penas restritivas de direitos, é possível defender que tampouco nos casos de violência doméstica e familiar contra o homem sua aplicação seria admissível. Entende-se, com



caráter geral, que o art. 44, I, do CP (LGL 1940\2) brasileiro veda a substituição da pena privativa de liberdade nos delitos de violência doméstica (art. 129, § 9.º, CP (LGL 1940\2)) por penas restritivas de direitos, posto que estabelece expressamente que isso somente é possível "quando aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa", cumpridos os demais requisitos exigidos por aquele preceito.

No tocante à pena de multa, cabe indicar que o art. 60, § 2.º, do CP (LGL 1940\2) determina que se a pena privativa de liberdade aplicada não exceder de seis meses poderá ser substituída pela pena de multa, embora a lei não comine essa pena ao delito em apreço, desde que o réu não seja reincidente em delito doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e sua personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem a suficiência da substituição. É necessário advertir que a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade aplicada não superior a seis meses pela pena de multa na hipótese do § 9.º do art. 129 foi afastada apenas quando o sujeito passivo for pessoa do sexo feminino, a teor do art. 17 da Lei 11.340/2006. Com a restrição legal instituída pela nova lei, reconhece-se que a aplicação de pena de multa pode terminar por repercutir negativamente sobre o próprio sujeito passivo do delito, que com frequência depende economicamente do réu.²⁷

Entretanto, em sendo a violência doméstica e familiar perpetrada contra pessoa do sexo masculino por pessoa do sexo feminino ou masculino, a disciplina anterior permanece, isto é, admite-se a substituição da pena de detenção igual ou inferior a seis meses pela multa. A crítica à possibilidade de substituição da pena de detenção pela multa, porém, continua a valer nessas últimas hipóteses, sempre que for constatado um vínculo de dependência econômica do sujeito passivo com relação ao autor do delito.

6. Tratamento processual penal

A disciplina processual penal do fenômeno da violência doméstica sofreu diversas e profundas alterações com o advento da Lei 11.340/2006. Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que a elevação da margem penal máxima de um para três anos de detenção não mais permite qualificar a infração penal descrita no art. 129, § 9.º, do CP (LGL 1940\2) como delito de menor potencial ofensivo - e aplicar-lhe, de conseqüente, o disposto na Lei 9.099/95 -, uma das principais críticas outrora dirigidas pela doutrina ao tratamento processual penal dispensado ao referido fenômeno pelo legislador. Mesmo os delitos de menor potencial ofensivo perpetrados contra vítima do sexo feminino, no contexto doméstico ou familiar (v.g. art. 147, CP (LGL 1940\2)), encontram-se agora afastados da disciplina da Lei 9.099/95, posto que a Lei 11.340/2006 expressamente adverte que "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26.09.1995" (art. 41).

A aplicabilidade da transação penal (art. 61, Lei 9.099/95) aos casos de violência doméstica - a saber, às hipóteses de lesões corporais praticadas nas circunstâncias descritas pelo art. 129, § 9.º, do CP (LGL 1940\2) - que tenham por sujeito passivo vítima do sexo masculino também estaria vedada, a partir do momento em que o aumento da pena máxima cominada impede a caracterização do referido delito como de menor potencial ofensivo. O mesmo não se pode dizer a respeito da suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/95), Assim, se o sujeito ativo da conduta delitativa descrita pelo art. 129, § 9.º, do CP (LGL 1940\2) , realizá-la contra vítima do sexo masculino, a suspensão condicional do processo seria admissível, em tese, em razão da pena mínima abstratamente prevista - agora de três meses de detenção - e desde que observado o disposto no art. 89, *caput*, da Lei 9.099/95.

A nova Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher institui um regime assistencial e processual específico em razão do sexo da vítima, e, nessa linha, estabelece, entre outras medidas, as seguintes:

a) inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar, determinada pelo juiz por prazo certo, no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal (art. 9.º, § 1.º);

b) acesso prioritário à remoção da mulher servidora pública, integrante da administração direta ou indireta (art. 9.º, § 2.º, I);

c) manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses (art. 9.º, § 2.º, II);

d) nos casos de violência sexual, acesso da mulher aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das doenças sexualmente transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis (art. 9.º, § 3.º);

e) na hipótese de iminência ou prática efetiva de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial deverá adotar, de imediato, as providências legais cabíveis (arts. 11 e 12);

f) a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal - pela União, no Distrito Federal e Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 14). A instituição dos referidos Juizados poderá ser acompanhada pela implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária (art. 34). Enquanto isso não ocorrer, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 33);

g) nos crimes de ação penal pública condicionada à representação abarcados pela Lei 11.340/2006, a renúncia àquela deverá ser feita perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público (art. 16);

h) o conhecimento pelo juiz do expediente com o pedido da ofendida no prazo de 48 horas, determinando aquele seu encaminhamento ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso, e comunicando ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis (art. 18);

i) possibilidade de concessão imediata pelo juiz de medidas protetivas de urgência à ofendida (arts. 23 e 24) e de medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (art. 22) - independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado (art. 19, §1.º) - e de concessão de medidas protetivas a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida (art. 19, *caput*);

j) possibilidade de decretação da prisão preventiva do agressor (art. 313, IV, CPP (LGL 1941\8)) pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal (art. 20);

l) notificação da ofendida acerca dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente os pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público, não podendo aquela entregar intimação ou notificação ao agressor (art. 21);

m) intervenção do Ministério Público, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 25), adotando quando necessário for as medidas descritas no art. 26;

n) obrigatoriedade de acompanhamento da ofendida por advogado em todos os atos processuais, cíveis e criminais, salvo quando pedir a concessão de medida protetiva de urgência (art. 27);

o) acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado (art. 28);

p) determinação pelo juiz do comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação (art. 152, parágrafo único, LEP (LGL 1984\14)).

Saliente-se que os casos de violência doméstica e familiar que tenham como sujeito passivo pessoa do sexo masculino obedecem à disciplina da legislação penal e processual ordinárias, não estando abarcados pelo regime específico instituído pelo novo diploma legal.

Antes do advento da Lei 11.340/2006, discutia-se a necessidade de representação por parte da vítima para o início da persecução penal ou se este independia de sua manifestação de vontade. E isso era assim porque os delitos de lesões leves e de lesões culposas previstos, respectivamente, no

caput do art. 129 do CP (LGL 1940\2) e em seu § 6.º têm o início de sua persecução penal condicionado à representação por determinação expressa do art. 88 da Lei 9.099/95. Parte da doutrina sustentava, sob a égide da disciplina processual anterior, que também a violência doméstica prevista no § 9.º do mesmo artigo seria delito de ação penal pública condicionada à representação da vítima, constituindo uma hipótese concreta de lesão leve produzida no âmbito doméstico.²⁸

A postura assinalada equiparava, portanto, a lesão corporal praticada no contexto assinalado pelo art.129, § 9.º, do CP (LGL 1940\2) , à lesão corporal leve constante do *caput*, estendendo a exigência de representação instituída no art. 88 da Lei 9.099/95 à violência doméstica. Entretanto, com a elevação da margem penal máxima do delito do art. 129, § 9.º, do CP (LGL 1940\2) de um para três anos de detenção e com a sua conseqüente descaracterização como infração penal de menor potencial ofensivo, não parece mais defensável a exigência de representação para o delito em epígrafe.

De fato, as lesões perpetradas contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido o agente, ou, ainda, prevalecendo-se este das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade revestem-se, a juízo do legislador, de maior magnitude que aquelas realizadas fora das circunstâncias mencionadas, o que justificaria a elevação da pena máxima abstratamente prevista.

Na verdade, o injusto penal específico da figura de delito examinada se fundamenta basicamente na relação de domínio e sujeição entre sujeito ativo e vítima. E essa relação de domínio - que independe de convivência, na realidade - pode radicar precisamente em outras formas de dependência, como a afetiva ou a econômica, o que não ocorre nas lesões leves ou culposas, É preferível, portanto, não condicionar o início da ação penal nos casos do art. 129, § 9.º, CP (LGL 1940\2) , à manifestação formal de vontade do sujeito passivo.

7. Conclusões principais

1. O legislador pátrio, ao caracterizar o delito previsto nos §§ 9.º e 10 do art. 129 do CP (LGL 1940\2) como um mero *tipo agravado de lesões corporais* - que apresenta como elementos objetivos específicos as relações familiares ou de convivência presente ou pretérita - limita o conteúdo das ações de violência às lesões físicas ou psíquicas. Entretanto, é forçoso constatar que as citadas relações já figuravam como circunstância agravante genérica dos delitos contra as pessoas em sua acepção mais ampla, o que demonstra que a nova disciplina não chega a produzir uma modificação capaz de outorgar um caráter autônomo à figura delitiva da violência doméstica.

2. Tendo em vista que se as lesões praticadas contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, bem como as perpetradas pelo sujeito ativo prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade, já eram merecedoras de uma pena agravada (art. 61, II, e, f, CP (LGL 1940\2)), o único dado que poderia fundamentar o incremento das margens penais deveria ser, portanto, a habitualidade no exercício dos atos típicos. O elemento decisivo que confere autonomia às ações típicas de violência é, portanto, o fato de o agressor atuar habitualmente de modo violento contra todos ou algum dos membros do grupo familiar, afetivo ou similar.

3. A estrutura técnico-jurídica do delito de violência doméstica previsto no § 9.º do art. 129 do CP (LGL 1940\2) é a de um tipo de lesão, dado que a concorrência de um menoscabo à integridade corporal ou à saúde física ou mental dos indivíduos que integram ou integraram o núcleo de convivência ou relação do autor é indispensável para a sua completa configuração típica, ou, conforme o caso, para a realização dos delitos qualificados pelo resultado mais grave (lesões graves, gravíssimas ou morte) constantes dos §§ 1.º, 2.º e 3.º do dispositivo penal em epígrafe. Ademais, o Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro introduz o tipo delitivo de violência doméstica dentro da sistemática dos delitos de lesões corporais. Conseqüentemente, o bem jurídico protegido é a integridade corporal ou a saúde física ou mental individuais.

4. O delito do art. 129, § 9.º, do CP (LGL 1940\2) permite a identificação de dois grupos de sujeitos ativos: a primeira parte do dispositivo penal prevê um delito especial próprio, no qual apenas poderão figurar como autores as pessoas que apresentam as características personalíssimas exigidas pelo tipo; a segunda parte do preceito, porém, não define o autor por sua relação pessoal com a vítima do delito, mas admite como sujeito ativo qualquer pessoa, desde que se possa constatar o

aproveitamento, de sua parte, das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

5. A fórmula casuística adotada pelo Código Penal (LGL 1940\2) no que concerne às relações entre os sujeitos ativo e passivo do delito previsto no art. 129, § 9.º - "com quem conviva ou tenha convivido" - privilegia a convivência em todas as hipóteses mencionadas, em detrimento da relação de domínio e sujeição que, do ponto de vista aqui perfilhado, deve fundamentar o injusto específico dessa figura delitiva. A relação de domínio não deve estar adstrita à convivência, pois pode ser definida também por outras formas de relação entre as pessoas e por dependências de todo tipo.

6. O fenômeno criminal da violência doméstica não se esgota nas lesões singularmente perpetradas contra todos ou algum membro do grupo familiar, afetivo ou similar, mas consiste em se comportar habitualmente de modo violento, o que demonstra que as lesões e a violência habitual são formas independentes de ofender um mesmo bem jurídico que não podem nem devem ser consideradas isoladamente. O legislador brasileiro deixou passar a oportunidade de conferir um tratamento adequado à matéria e terminou por converter a figura delitiva do art. 129, § 9.º em uma mera repetição do delito de lesões, acrescentando unicamente à sua estrutura o conteúdo de duas agravantes genéricas. Mais acertada teria sido a elaboração de um delito autônomo de violência doméstica - e não de uma hipótese agravada do delito de lesões -, situado entre os delitos contra a integridade corporal e a saúde, e com a estrutura de um delito de perigo - e não de lesão - definido não só pela presença de um determinado vínculo entre o autor e o sujeito passivo e pelo emprego da violência física ou psíquica, mas precisamente pela habitualidade que impregna a conduta do sujeito ativo.

7. O § 10 do art. 129 do CP (LGL 1940\2) determina que nos casos elencados nos §§ 1.º, 2.º e 3.º do mesmo artigo, se as circunstâncias são aquelas indicadas no § 9.º, que cuida da violência doméstica, a pena será aumentada de um terço. Nos delitos qualificados pelo resultado (art. 129, § 1.º, II, § 2.º, V, e § 3.º, CP (LGL 1940\2)) e nas figuras qualificadas ou agravadas por um resultado mais grave (art. 129, § 1.º, I, III, IV, e § 2.º, I, II, III e IV, CP (LGL 1940\2)) há uma evidente violação do princípio de proporcionalidade e do princípio de culpabilidade. Sugere-se, de conseguinte, a supressão da referência feita pelo § 10 do delito de lesões agravadas pela violência doméstica aos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 129; outrossim, os §§ 1.º, 2.º e 3.º do mencionado artigo deveriam ser derogados. Nas hipóteses de delitos qualificados pelo resultado, seria preferível a aplicação das regras próprias do concurso de delitos. Quanto às figuras qualificadas ou agravadas por um resultado mais grave, seria oportuna a previsão de uma atenuação da pena em todos os casos nos quais o resultado mais grave fosse produzido a título de culpa.

8. A antijuridicidade do delito de lesões corporais agravado pela violência doméstica não pode ser excluída pela aplicação da causa de justificação do exercício regular do direito de correção ou disciplina (art. 23, III, CP (LGL 1940\2)), pois os pais que usam de violência física ou psíquica não castigam de forma moderada e razoável seus filhos e tampouco atuam com ânimo ou vontade de corrigir.

9. Quanto à culpabilidade, há ocasiões nas quais será possível a aplicação da eximente de inimizabilidade, o que estará condicionado à análise das circunstâncias pessoais concorrentes no sujeito ativo do delito. Por outro lado, admite-se também a exclusão da culpabilidade pelo erro de proibição - na hipótese de erro inevitável - ou atenuação da pena imposta - se evitável o erro - nas hipóteses de violência doméstica, desde que se constate, por exemplo, que o autor atua com a convicção de que seu comportamento está amparado por uma causa de justificação inexistente ou erre sobre seus limites - como no caso do direito de correção.

10. No que concerne às conseqüências jurídico-penais abstratamente previstas, constata-se a modificação das margens penais do art. 129, § 9.º, do CP (LGL 1940\2), com o advento da Lei 11.340/2006. A pena mínima foi reduzida de seis para três meses de detenção; a pena máxima, por sua vez, foi aumentada de um para três anos de detenção. Considera-se oportuna a alteração da pena máxima cominada, posto que aquela anteriormente prevista - um ano de detenção - não se revelava adequada à magnitude da ofensa ao bem jurídico tutelado. Não obstante, opina-se que o limite mínimo anterior - de seis meses - deveria ter sido mantido pelo legislador.

11. Na hipótese do § 9.º do art.129, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência (art. 129, § 11, CP (LGL 1940\2)). A causa de aumento de pena inserida pela Lei 11.340/2006 fundamenta-se na maior magnitude do injusto penal, uma vez

que a vulnerabilidade da vítima e a desproporção de forças entre sujeito ativo e passivo afastam a possibilidade de uma reação efetiva à conduta delitiva, o que aumenta a probabilidade de produção do resultado, além de revelar uma maior periculosidade da conduta.

12. A Lei 11.340/2006 instituiu um tratamento penal e processual penal exclusivamente dirigido a "coibir e prevenir a violência doméstica e familiar *contra a mulher*". As medidas assistenciais e de prevenção, as medidas protetivas de urgência e os procedimentos nela descritos se aplicam tão-somente aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, definida aquela como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial" (art.5º, caput). Em segundo lugar, significa também que os casos de violência doméstica e familiar contra indivíduo do sexo masculino continuarão a obedecer à disciplina penal e processual anterior, ainda vigente.

1 BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. A discriminação positiva da mulher no âmbito penal (Reflexões sobre a Lei Orgânica 1, de 28.12.2004, de medidas de proteção integral contra a violência de gênero), *Ciências Penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2, p.54.

2 Vide BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal (LGL 1940\2) español. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, 2004, n. 14, p. 13.

3 Cf. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. El nuevo tratamiento de la violencia habitual... op. cit., p. 14; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carmen. El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo. (Coord.). *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Madrid: Edersa, 2002, p. 198 e ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 147 e ss., 169, 186 e 187.

4 Cf. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. El nuevo tratamiento de la violencia habitual... op. cit., p. 14; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad. *Poder Judicial*, 2ª época, 1993, n. 32, p. 11.

5 Vide PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 2. Parte especial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 138. Damásio de Jesus considera o delito em epígrafe pluriofensivo, pois ao lado da incolumidade física individual, o legislador "pretende também, por intermédio da agravação da pena, tutelar a tranqüilidade e harmonia familiares" (JESUS, Damásio de. *Violência doméstica. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2000, p. 11).

6 Cf. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. El nuevo tratamiento de la violencia habitual... op. cit., p. 15.

7 Sobre a questão, vide CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre): propuestas de interpretación. In: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.). *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 243 e ss., e 261 e ss.

8 Vide BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. El nuevo tratamiento de la violencia habitual...op. cit., p. 16. Também em sentido crítico, HUERTA TOCILDO, Susana. Los límites del Derecho Penal en la prevención de la violencia doméstica. In: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. (Coord.). *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 513 e ss., quem acentua "o caráter difuso do bem jurídico, sua difícil precisão, sua ausência de contornos e natureza conseqüentemente pouco clara, sua confusão com outros bens jurídicos personalíssimos e com a própria idéia de dignidade

humana subjacente em todos" (Los limites... op. cit., p. 515).

9 Cf. PRADO, Luiz. Regis. *Curso...* op. cit., p. 142 ss.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte especial. v. 2, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 183-184.

10 Consideram que a estrutura técnico-jurídica do delito inculcado no art. 173.2 do Código Penal (LGL 1940\2) espanhol é a de um tipo de perigo abstrato para a saúde e a integridade pessoais, por exemplo, GRACIA MARTÍN, Luis. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis (Coord). *Comentarios al Código Penal (LGL 1940\2)* . v. 1. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 425-426, e 452; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. El nuevo tratamiento de la violencia habitual... op. cit., p. 15, 18 e 23. Opinam diversamente, por exemplo, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de malos tratos familiares*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 48 e ss.; OLMEDO CARDENETE, Miguel. *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*. Barcelona: Atelier, 2001, p. 64; ACALE SÁNCHEZ, María. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 96-97; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.). *Comentarios al Código Penal (LGL 1940\2)* . v. 2. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 116-117.

11 BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. El nuevo tratamiento de la violencia habitual... op. cit., p. 19 [Idem. La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género). *Diario La Ley*, dez. 2004, n. 6.146, p. 4; A discriminação positiva da mulher no âmbito penal (Reflexões sobre a Lei Orgânica 1, de 28.12.2004, de medidas de proteção integral contra a violência de gênero). Trad. Érika Mendes de Carvalho. *Ciências Penais -Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, n. 2, 2005, p. 56].

12 BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *El nuevo tratamiento de la violencia habitual...* op. cit., p. 20, nota 19.

13 A Lei 11.340/2006 define como forma de violência doméstica e familiar contra a mulher a violência física - "entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal" (art. 7.º, I) -, a violência psicológica - "entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação" (art. 7.º, II) -, a violência sexual - "entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos" (art. 7.º, III); a violência patrimonial - "entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades" (art. 7.º, IV) - e a violência moral - "entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria" (art. 7.º, V).

14 Sobre o conteúdo e delimitação da expressão "violência psíquica", vide BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. El nuevo tratamiento de la violencia habitual..., op. cit., p. 22-23; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 12 e ss., 32-36; OLMEDO CARDENETE, Miguel. *El delito de violencia habitual...*, op. cit., p. 79-90; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal (LGL 1940\2) en materia de violencia doméstica. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo. (Coord.). *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Madrid: Edersa, 2002, p. 153 e ss.; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico..., op. cit., p. 252-255; HUERTA TOCILDO, Susana. Los límites..., op. cit., p. 526 e ss.



15 Dessa opinião, OLMEDO CARDENETE, Miguel. *El delito de violencia habitual...*, op. cit., p. 73-74.

16 Nesse sentido, por exemplo, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *El nuevo tratamiento de la violencia habitual...*, op. cit., p. 14-15, 24 e ss.; GRACIA MARTÍN, Luis. In: Díez Ripollés, José Luis; Gracia Martín, Luis (Coord.). *Comentarios al Código Penal (LGL 1940\2)* . v. 1. Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 459.

17 Vide, nessa linha, GRACIA MARTÍN, Luis, In: Díez Ripollés, José Luis; Gracia Martín, Luis (Coord.). *Comentarios...*, op. cit., p. 459; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *El nuevo tratamiento de la violencia habitual...* op. cit., p. 24 e ss.

18 BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *El nuevo tratamiento de la violencia habitual...* op. cit., p. 27.

19 Vide, por todos, GRACIA MARTÍN, Luis. In: Díez Ripollés, José Luis; Gracia Martín, Luis (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., p. 486-487.

20 Nesse sentido também se manifesta SABADELL, Ana Lúcia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 840, 2005, p. 448, indagando enfaticamente "por que, se o legislador considera a violência doméstica como agravante, não cria um tipo penal autônomo e abrangente? De todas formas, fica claro que a legislação nacional permanece sem uma definição da violência doméstica que se encontre em sintonia com as reivindicações feministas".

21 Sobre a distinção, vide, por todos, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. Imputación subjetiva de resultados 'más graves' en el Código Penal (LGL 1940\2) español. *ADPCP*, 1994, fasc. II, p. 57 e ss., esp. p. 68.

22 BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. Imputación subjetiva de resultados 'más graves'... op. cit., p. 70.

23 Sobre a questão, vide TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 427 e ss. (Idem. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 237 e ss.); MAYRINK DA COSTA, Álvaro. *Direito penal*. v. 2, 7. ed. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 750-755.

24 Vide CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. v. 2. Parte geral, p. 310; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *El nuevo tratamiento de la violencia habitual...*, p. 29; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El delito de violencia habitual...*, op. cit., p. 14; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar*. In: LATORRE LATORRE, V. (Coord.). *Mujer y derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 162-163; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva. *El derecho de corrección*. In: BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 218; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. v. 2, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 396, entre outros.

25 No entanto, cabe advertir que "é preciso que o estado de intoxicação plena não tenha sido buscado com o propósito (dolo) de cometer a infração, ou que não se tenha previsto ou podido prever sua comissão. Isto é, que sejam afastadas a *actio libera in causa dolosa* e a *actio libera in causa culposa*. Assim, por exemplo, sujeitos viciados em álcool ou em drogas que sabem que nessas situações de intoxicação reagem violentamente contra os membros de sua família (mulher, filhos, irmãos, etc.) não poderão invocar essa eximente, e, portanto, não será possível aplicar-lhes medidas de segurança" (HIGUERA GUIMERÁ, Juan. Felipe. *Estudio de las causas de inimputabilidad en los sujetos activos de los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género*. In: BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 236).

26 Em sentido crítico com respeito à pena máxima anteriormente prevista, vide CARVALHO, Érika Mendes de. *Consideraciones críticas sobre la nueva regulación del delito de violencia doméstica en Brasil*. In: BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La reforma penal*



en torno a la violencia doméstica y de género. Barcelona: Atelier, 2006, p. 421.

27 Nesse sentido, por exemplo, PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 94; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. El nuevo tratamiento de la violencia habitual... op. cit., p. 45, nota 88.

28 Assim, por exemplo, PRADO, Luiz Regis. *Curso...* op. cit., p. 158; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Parte especial. v. 2, 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 108; JESUS, Damásio de. Violência doméstica... op. cit., p. 12; GOMES, Luiz Flávio; Bianchini, Alice. Violência doméstica: mais uma lei puramente simbólica. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2000, p. 8.