

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
O CONCEITO DE CÔNJUGE NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

Professor Luiz Vicente Cernicchiaro

Tese apresentada a Universidade de Brasília para  
obtenção do grau de Doutor em Direito.

UnB, Fevereiro de 1 969.



## CAPITULO I

### INTRODUÇÃO



A família ultrapassa os tempos. Resiste às revoluções. Apenas o tratamento jurídico muda de colorido.

Em Roma, a família patriarcal concentrou nas mãos do pater familias o ius vitae jet necis, compreendendo segundo romanistas, o direito de matar as pessoas que estivessem sob sua orientação.

A família germânica, concebida em outras bases, era menos rígida, e a liberdade dos filhos ocorria quando aptos a enfrentar as dificuldades da vida.

O acompanhamento da evolução histórica do instituto, seria enfadonho e desnecessário. Interessa - tendo em vista a finalidade do trabalho - frisar a pluralidade de conceitos jurídicos de família, e a seguir, comparar a família legítima com a família natural.

O fenômeno resulta de fato natural, ou de fato jurídico. No primeiro aspecto, afirmam MAZEAUD e MAZEAUD, repousa em fundamento meramente natural. Qualquer união de homem e da mulher constitui uma família, formada, ademais, pelos filhos. É a família natural.

Em segundo lugar, a união é necessária, mas insuficiente. A vontade de criar um grupo estável submete-se ao ordenamento jurídico. Forma-se pelo casamento. A comunidade forma a família legítima.

É possível ainda outra maneira de organização, apoiada em fundamento artificial. Os pais escolhem seus filhos. É a família adotiva <sup>(1)</sup>.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO indica três sentidos <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> MAZEAUD e MAZEAUD, "Leçons de Droit Civil", ed. 1963, tomo I, pág. 702:

<sup>(2)</sup> "Num sentido restrito, o vocabulário abrange, tão somente, cônjuge e prole. Emprega-o com esse significado, o art. 233, nº IV, do Código Civil. Em acepção mais ampla, chega a incluir estranhos, como no caso do art. 744 do mesmo Código, em que as necessidades da família do usuário compreendem também as pessoas de seu serviço doméstico. E o caso ainda do art. 241 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, que considera como família do funcionário, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam a suas expensas e constem de seu assentamento individual. A Lei nº 2.378, de 24-12-1954, dispondo sobre concessão de vantagens aos militares da F.E.B., considera família do expedicionário; 1º) a viúva; 2º) os filhos menores e filhas maiores, solteiras, bem como filhos maiores inválidos que não possam prover os meios de subsistência; 3º) as filhas



ORLANDO GOMES e NELSON CARNEIRO, consignam afirmação indiscutível <sup>(3)</sup>: "Toda diferença jurídica entre filiação legítima e filiação ilegítima tende a desaparecer. A família natural, que se funda apenas no laço de sangue, e que existe malgrado as convenções sociais, revive. O estigma que recaía iniquamente sobre os filhos de pais não unidos pelo matrimônio é hoje repellido por várias legislações".

A família, como instituição, é grupo humano que atende aos fins sociais, visto organização dessa natureza estar em sintonia com o mundo exterior, que, por sua vez, lhe confere equilíbrio interno <sup>(4)</sup>.

A família legítima perde sua preeminência em relação à família natural; esta deixou de ser mero fato para elevar-se à categoria de instituição jurídica <sup>(5)</sup>.

Como instituição, a família, enfeixa série imensa de relações que compõem o status familiae, eleito bem jurídico. Indiferente nascer de justas núpcias, ou de união de fato. Em não sendo vedada pelo Direito, recebe consagração. A extensão dos efeitos é pormenor de somenos. Importante é ser juridicamente reconhecida.

A família é organismo ético. O Estado intervem para fortalecer os vínculos, garantir a realização de seus fins, e não como sucede em outras áreas, com arbítrio pleno, sem atender aos preceitos éticos, transformados em jurídicos <sup>(6)</sup>.

---

viúvas ou desquitadas; 4º) a mãe viúva ou solteira, bem como a desquitada, que por ocasião da morte do de cujus já se achava legalmente separada; 5º) o pai inválido que vivia às expensas do de cujus; 6º) os irmãos menores e maiores interditos que viviam às expensas do de cujus, bem como as irmãs germanas viúvas ou desquitadas, que por ocasião da morte do de cujus já se achavam legalmente separadas. Idêntica disposição se depara na Lei nº 4.340, de 13-6-1964. Por fim, num sentido mais largo ainda, cinge o vocábulo todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cujo alcance se expande ou se reduz, segundo o específico criatório de cada legislação".

<sup>(3)</sup> ORLANDO GOMES e NELSON CARNEIRO, "Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos", ed. 1958, pág. 18.

<sup>(4)</sup> M. HAURIOU, "Principes de Droit Public", ed. 1910, pág. 502.

<sup>(5)</sup> G. MATRY e P. RAYNAUD, "Droit Civil", ed. 1961, vol. I, pág. 502

<sup>(6)</sup> RUGGIERO, "Instituições de Direito Civil", ed. 1958, vol. 2, pág. 23.



O status, indicando a situação pessoal na família, e na sociedade, implica especial relevância. Os direitos e obrigações correspondentes, antes de tudo, são conseqüências desse estado. A prestação de alimentos entre os parentes não se reduz a mera expressão econômica de um contrato. O ordenamento, in casu, opera orientado, essencialmente, pela finalidade, que ultrapassa os interesses pessoais, em favor dos interesses superiores da família <sup>(7)</sup>.

A família, por sua vez, constitui meio para o Estado alcançar finalidade maior: a ordem pública. Este aspecto é de suma importância para a interpretação do ordenamento jurídico. As leis visam a proteger o bem, ou interesse juridicamente relevante, o que implica flexibilidade do conteúdo das normas, conforme as mutações condicionadas pelas idéias dominantes no tempo e no espaço.

A noção de ordem pública amplia-se dia a dia, como efeito do crescente interesse do Estado pelas relações jurídicas.

A família é disciplinada, predominantemente, por normas de ordem pública, em virtude de serem indisponíveis. Atualmente, está superada a opinião de escritores como LEHMANN <sup>(8)</sup>, de que as normas de Direito de Família, só excepcionalmente têm caráter de Direito Público. Acontece o contrário. O Direito Privado se publiciza constantemente. A Família, preocupação de organismos internacionais, não constitui exceção. Os legisladores sempre se interessam vivamente pela instituição, como peça social de alta valia.

HENRI DE PAGE, espelha a atual concepção:

"Par application de cette idée, la structure juridique de la famille naturelle se dessine comme suit:

"A - Quant a l'etendue:

---

<sup>(7)</sup> RUGGIERO, *idem*, pág. 24/25.

<sup>(8)</sup> LEHMANN, "Derecho de Familia", ed. 1953, vol. IV, pág.12.



"1°) Aucun lien légal n'existe entre le père et mère de l'enfant. L'union libre n'est pas une forme de droit: c'est un fait. Les concubins ne sont pas époux. Ils sont juridiquement étrangers l'un à l'autre. Leur union ne crée donc aucun d'alliance.

"2°) Le lien du sang (filiation) n'existe qu'entre l'enfant et ses auteurs (parenté au premier degré; Code civ. art. 757).

"B - Quant aux droits auxquels elle donne naissance:

"1°) La famille naturelle n'est pas, par le seul fait de son existence, officiellement reconnue par la loi. Son arrivée à la vie juridique dépend uniquement de l'initiative des intéressés (reconnaissance volontaire par les parents, ou recherche en justice par l'enfant). La parenté naturelle demeure, de soi, indéfiniment obscuré.

"2°) Les preuves de la filiation naturelle sont beaucoup plus rigoureuses que celle de la filiation légitime.

"3°) Les droits que confère à l'enfant la filiation naturelle sont, en règle générale, d'entendement moindre que ceux qui découlent de la filiation légitime <sup>(9)</sup>."

O autor, todavia, reconhece:

"Remarquons toutefois que la jurisprudence, entraînée par un mouvement irrésistible, semble-t-il, tend, quant à d'autres points de vue, à assimiler la filiation naturelle à la filiation légitime" <sup>(10)</sup>.

O Direito, por outro lado, revela intimidade com a Moral; embora, conceitualmente, distintos, interpenetram-se de forma a se complementarem.

---

<sup>(9)</sup> HENRI DE PAGE, "Traité Élémentaire de Droit Civil Belge", ed. 1948, vol. I, pág. 598.

<sup>(10)</sup> HENRI DE PAGE, ob. cit., pág. 1116.



A moralidade, expressão da Moral, temporal e especialmente fixada, é conceito jurídico. Os bons costumes exercem papel revitalizador à simples técnica <sup>(11)</sup>.

Esse fenômeno compõe o contexto geral. Os bons costumes exercem papel saliente no mundo jurídico. A moralidade, antes recriminadora da família que não decorresse do matrimônio, hoje de certa forma, admite a família natural.

As categorias jurídicas são históricas. Ao intérprete não é dado olvidar esse pormenor. Pretender enxergar a norma jurídica como algo imutável é concluir erroneamente (cf. o capítulo "Interpretação progressiva").

O Direito não é neutro diante do grupo social formado pela união do homem e da mulher. De acordo com a recepção, no direito brasileiro, a família se apresenta sob três aspectos:

- a) Família legítima
- b) Família natural
- c) Família ilegítima.

No Código Civil Brasileiro, as regras disciplinam a família legítima, originária do casamento. Consignam-se os efeitos do matrimônio e se definem as relações patrimoniais e pessoais de marido e mulher e destes com terceiros. Encontram-se também referências a relações extramatrimoniais. Não se deve entretanto, englobar sob o nomen iuris família ilegítima todos os casos enquadrados na segunda hipótese. Dever-se-á, notadamente com a orientação hodierna das legislações e de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, distinguir a família natural, não resultante do matrimônio, porém não recriminada, da família ilegítima, isto é, quando for cominada sanção à sua constituição.

---

<sup>(11)</sup> FERNANDO FUEYO LANERI, "Revista de Derecho Español y Americano", ed. 1967 - Octubre-Diciembre - pág. 50, "La noción de orden público y su evolución útil", reproduzindo observação de Henri de Page.



## **Família legítima**

### a) Constituição do Brasil

O casamento é a matriz e a forma solene de reconhecimento da família legítima. A Constituição do Brasil de 1967 conferiu especial atenção ao tema. Visou, ademais, a resguardá-la de eventual desagregação, e proclamou a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

A atual Carta Magna, a exemplo das anteriores, situou a família sob a proteção dos Poderes Públicos.

O princípio de igualdade jurídica dos indivíduos, provocou queda da importância política da família. O fenômeno, entretanto, continua a ser considerado por outros aspectos.

A preocupação jurídica, hoje, confere maior ênfase ao sentido social. E a tônica de relevo. As Constituições consignam, expressamente, esse escopo. Na França, o preâmbulo da Carta Política declara: "A Nação assegura ao indivíduo e à família, as condições necessárias ao seu desenvolvimento".

Apesar disso, é marcante a presença dos princípios religiosos. Nesse aspecto, entre nós, é indisfarçável a influência destes. A esse respeito, os debates da constituinte de 1946 oferecem precioso manancial, conclusões ainda válidas, em virtude da congênere de 1967, nessa matéria, haver conservado a mesma posição. A indissolubilidade do matrimônio, e o casamento religioso com efeitos civis, foram concessões à posição da Igreja Católica Apostólica Romana.

Como se expressou o douto Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, na aula inaugural proferida na "Faculdade de Direito de Curitiba, em 1958, a Constituição





vincula os ramos da ordem jurídica <sup>(12)</sup>: “A Constituição de um país - segundo se exprimia PELEGRINO ROSSI - é tête de chapitre de todas as disciplinas de Direito, visto que traz inscrita, em seus textos e cânones, normas reguladoras, de caráter geral, para os diversos setores da ordem jurídica”.

Essa importância avulta nos países que adotam a chamada Constituição rígida. A dificuldade da alteração do texto visa a torná-la estável, com o que seus dispositivos repercutem de maneira duradoura no ordenamento jurídico.

Ocorre, contudo, que a supremacia da Carta Magna não vincula os institutos jurídicos a ponto de definí-los de forma unitária para todos os ramos do Direito. Daí, em várias passagens inexistir coincidência de conceitos, o que não implica contradição. É tradicional - trazemos o exemplo a título de ilustração - em Direito Penal, a distinção entre crime e contravenção, como espécies do gênero infração penal. Entretanto, o confronto entre a Lei Maior e o Código Penal revela, muitas vezes, divergência literal <sup>(13)</sup>.

A Constituição vigente não definiu a família. Limitou-se a indicar a maneira de sua formação legítima - o matrimônio - e a ampará-la, independentemente de sua origem.

Em todos os povos, o matrimônio dá nascimento à família, embora as legislações não o disciplinem de maneira uniforme. Observa-se, entretanto, algo comum: o

---

<sup>(12)</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Estudos de Direito Processual Penal", ed. 1960, pág. 43.

<sup>(13)</sup> LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, "O Direito Penal na Constituição de 1967", in "Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal", ano II, n. 3, pág.24/25: "A integração da mencionada norma com o texto de Constituição, leva o intérprete a concluir que o espírito da Carta Política é o da manutenção da secular garantia. A circunstância de menção apenas a crime, não nos parece decisiva, embora o constituinte, para outro efeito, haja feito menção ao gênero - infrações penais, ao dar a União Federal competência para "a apuração de infrações penais a segurança nacional, a vida política e social, ou em detrimento seus, serviços e interesses da União assim como de outras infrações, cuja prática tenha repercussão internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei (art. 8º, VII, "c").

O Direito Constitucional nem sempre designa os institutos jurídicos com a mesma denominação do Direito Penal. A título de ilustração, ressaltem-se a graça e o indulto, previstos no Código Penal, entretanto, nas Constituições, tradicionalmente, são tratados unitariamente, como indulto, o que nada impede, como não impedira durante a Constituição de 1946, que o Presidente da República concedesse a Indulgentia Principis individual, ou coletivamente.



interesse do Estado. A maioria dos países cercam-no de solenidade, o que decorre de sua natureza jurídica <sup>(14)</sup>.

A Constituição da Itália, depois de grandes discussões, reconheceu; "La Republica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" <sup>(15)</sup>.

A Constituição nacional não fixou nenhuma geração como limite do conceito, a exemplo de outros setores do ordenamento jurídico. Interessou-se em ressaltar sua origem.

O casamento por sua vez, será civil, podendo o religioso a ele ser equiparado, "se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no registro competente" (art. 167, § 2º).

A família, dispensa o animus de estabilidade, visto, em face da Constituição, ser bastante o casamento, satisfaz com a livre manifestação da vontade perante a autoridade celebrante. Frise-se, todavia, que o desejo de vida em comum é normal entre os nubentes, conquanto não indispensável.

Na família, pode surgir comunidade menor, formada pelo casal. Aqui, é exigido aquele requisito subjetivo.

Ainda que o noivo, livre de coação física ou moral, manifeste, solenemente sua concordância, (embora imbuído de idéia de não conviver com o contraente), o ato é juridicamente válido. Isso ocorre em algumas circunstâncias. Por razões de política criminal, visando a facilitar a constituição da família legítima, o Código Penal contemplou, como causa de extinção da punibilidade, o casamento do ofensor com a ofendida, relativamente a alguns crimes contra os Costumes. Às vezes, com o mero intuito de livrar-se do processo criminal e

---

<sup>(14)</sup> L. FERNANDEZ CLERIGO, "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada", ed. 1947, pág. 16: "En el Derecho positivo, hemos visto que, aparte los matrimonios religiosos o sacramentales admitidos en España, Portugal Noruega, Itália, Yugoslavia, Grecia, Bulgaria y Polonia, todas las demás legislaciones y aun aquellas mismas, en cuanto establecen con carácter subsidiario el matrimonio civil, lo regulan en el fondo como una verdadera institución, a pesar de que muchas de ellas le sigan dando el nombre de contrato. Son más o menos explícitas en este punto, pero lo cierto es que la naturaleza institucional del matrimonio se refleja en todas las principales legislaciones, salvo las tres que vamos a considerar más adelante".

<sup>(15)</sup> Constituição da Itália, art. 29.



não correr o risco de eventual condenação, há opção pelo casamento, com o que desaparece o ius puniendi.

De outro lado, o casamento contraído, sem vícios, e com intenção de vida em comum, - ainda que o casal, posteriormente, efetiva a separação - continuará pertencendo à família criada com o matrimônio.

Conseqüentemente, se a desconstituição da sociedade conjugal se opera ao cessar o animus de mantê-la, as relações de família entre os cônjuges somente se extinguirão quando, por meio hábil, um ato jurídico posterior, cessar os efeitos do matrimônio.

Não se deve confundir, pois, a família com a sociedade conjugal. Aquela, pode ser composta de várias pessoas. A segunda limita-se ao casal. Essa distinção repercutirá no Direito Penal.

Sociedade conjugal outra coisa não é que a união sancionada pelo matrimônio. Daí ser admissível o desquite que a desfaça, mantendo, porém, intacta a família, em virtude da indissolubilidade do casamento, em nosso Direito. Esse pormenor é outro subsídio à afirmação de que a affectio é exigência somente da comunidade formada pelo casal.

#### b) Código Civil

A família, como instituto jurídico, projeta-se no Direito Civil, onde, tradicionalmente, é focalizada minuciosamente. O Código Civil Brasileiro considera-a efeito do casamento. "Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos" (art. 352 a 354).

Dessa forma, o conceito civilista coincide com o extraído na Constituição, fato, aliás, que não causa surpresa em face da hierarquia das leis. O trato da matéria, porém, é mais amplo, do que o mandamento constitucional. Expressamente, refere-se à prole comum dos cônjuges, concebida, ou nascida antes do enlace matrimonial. A maior extensão se explica



pelas características deste ramo do Direito. Enquanto a Constituição traça os marcos fundamentais do ordenamento jurídico do Estado, a legislação ordinária, por disciplinar as relações entre os cidadãos, necessita remeter-se a pormenores, não se restringindo em enunciar linhas estruturais.

Chame-se atenção, mais uma vez, a que as normas do Direito de Família, embora, tradicionalmente, tratadas no diploma do direito privado, revelam acentuada influência do Direito Público.

O casamento - em nossa legislação - é ato jurídico pelo qual o homem e a mulher, indissolavelmente, constituem a família legítima.

O fim imediato do matrimônio é a formação da família. Em face da lei brasileira, que no assunto, se apartou do Direito Canônico, é despicienda qualquer referência à perpetuação da espécie. Tanto isso procede, que se os nubentes não quiserem, ou lhes for impossível a reprodução, o ato estará isento de vício e produzirá todos os efeitos. Raciocínio em contrário, implicaria impugnar a legalidade do casamento nuncupativo.

Trata-se de ato jurídico consignado na Constituição e cuidadosamente regulado na lei comum.

O Código Civil, entretanto, diversamente da Lei Maior, disciplina espécie de família, além da organizada através do matrimônio. Vale dizer: reconhece o fenômeno por outras formas de manifestação, de que o casamento é somente uma fonte. Outros fatos ocasionam o nascimento da família: o parentesco, a afinidade, a legitimação adotiva, cuja análise seria superfetação para o escopo buscado no trabalho.

É imperioso sublinhar, o conceito civilista, embora rico de pormenores, é mais acanhado do que o definido na Carta Política. Comparativamente, a Constituição tratou horizontalmente a matéria. O Código Civil fê-lo verticalmente, isto é, a Lei Maior conferiu



maior extensão ao instituto, ao passo que o Código se preocupou com pormenores, no âmbito por ele focalizado. A esse respeito são oportunas e valiosas as ponderações de PONTES DE MIRANDA, ao reconhecer a Família como instituição social, vale dizer, não se restringiu à oriunda do casamento <sup>(15)</sup>:

“Em verdade, há dois conceitos, que foram encobertos no texto constitucional, sem que tal associação se possam tirar conclusões contrárias ao que a própria Constituição quis proteger em capítulo especial. Seria desconhecer-se o intuito ético-político do legislador constituinte, que não pretendeu defender só a instituição jurídica, mas a família como instituição social”.

Esse fato reflete no ordenamento jurídico. A preeminência da Constituição em nosso sistema legislativo, enseja que leis penais, - mesmo utilizando nomenclatura própria do Código Civil - confirmam significado próprio ao instituto, ampliando, ou restringindo o ministrado pelo direito privado. Nada impede a reelaboração expressa, ou implícita dos conceitos.

BETTIOL, nesse ponto, é incisivo <sup>(16)</sup>:

"No sólo por razones formales sino también por razones de propósito, por motivos sustanciales, el derecho penal tiene su propia autonomía e independencia. Puede e hasta deve olvidarse de aquella situación extrapenal respecto de los imperativos que establece y que dota de sanción penal.

"El derecho penal prohíbe el maltrato de animales, aun de los propios; prohíbe, en tiempo de guerra, escuchar transmisiones radiales enemigas o neutrales; prohíbe blasfemar. Todos estos hechos tienen autonomía sustancial absoluta, y por esto resultaría vano buscar otra inscriminación que lógicamente debería existir o surgir en territorios extrapenales. Bajo la teoría, del carácter sancionatório se oculta una mentalidad "corrosiva" para la ciencia del derecho penal, ya que se pretende mantenerla sometida a la orientación del derecho civil. Pero si hoy se habla de un renacimiento del pensar penalista, debe proclamarse sin retaceos la plena y absoluta autonomía del derecho penal por razones lógicas, ontológicas y funcionales. Toda otra consideración peca de formalista o encuentra justificaciones históricas sólo aparentes”.

Inexistirá, ademais, contradição entre os ramos do Direito. Uma vez que a Lei Maior acolheu a família natural, nenhuma anomalia jurídica será divisada, se o Direito Penal estabelecer normas para garanti-la. E, conseqüentemente, levar em consideração as relações

<sup>(15)</sup> PONTES DE MIRANDA, "Tratado de Direito Privado", ed. 1956, vol. 7, § 760, nº 3, pág. 175.

<sup>(16)</sup> BETTIOL, GIUSEPPE, "Derecho Penal", ed. 1965, pág. 73.



entre os seus membros, deles exigindo comportamento imposto aos que compõem a família legítima.

A parte final do artigo 167: "...e terá direito à proteção dos Poderes Públicos" merece atenção do intérprete.

O mandamento constitucional é amplo, irrestrito, ao envolver matéria de preservação e desenvolvimento da família. A ilação se robustece à vista do disposto no § 4º: "A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência". Essa colocação, em última análise, significa atenção àquele núcleo social. Se o referido amparo fosse limitado, não haveria explicação para a discriminação, que, diga-se de passagem, foi sublinhada para enfatizar, neste trecho, o sentido social da Constituição brasileira.

A "proteção dos Poderes Públicos", nesse raciocínio, projeta-se em todos os setores jurídicos. Não há empecilho, a que a legislação penal extenda seus efeitos à família, entendida no sentido amplo da Carta Política, uma vez respeitadas suas restrições.

Dessa forma, o Direito Penal, reforço - de maneira autônoma - de defesa de objetividades jurídicas, pode ser chamado à colação, a fim de contribuir para a conservação de bens e interesses eleitos pela Lei Fundamental.

PONTES DE MIRANDA, redige pensamento que retrata com fidelidade o conteúdo do artigo 163 daquela Carta, substancialmente homogêneo com o texto em comento (17):

"O art. 119 da Constituição de Vaimar, onde se dizia que o matrimônio é a base da família e da conservação e aumento da nação, achando-se sob a proteção especial da Constituição, foi inspirado, em oposição à atitude dos comunistas alemães, nas sessões de Vaimar. O art. 144 da Constituição brasileira de 1934 correspondeu à resistência do catolicismo à dissolubilidade do vínculo conjugal. Não se pode dizer, portanto, como se disse a propósito da Constituição alemã, que o art. 144 não constituía direito diretamente aplicável, mas feixe de princípios normativos para o legislador..."

---

(17) PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1946", ed. 1960, tomo VI, págs. 174/175.



### Família Ilegítima

O Código Civil, em algumas hipóteses, estabelece sanções ao grupo social, formado pelo homem e a mulher. Proíbe o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos (art. 358). O adultério constitui justa causa para a decretação do desquite (art. 317, I). Muitas vezes, a penalidade é cominada na lei penal (Adultério, art. 240).

Nesses casos, falar-se-á em família ilegítima, visto o direito positivo, vedar a sua constituição.

O Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência é liberal na caracterização do concubinato em reconhecer efeitos jurídicos dele resultantes, manteve oposição quando a lei recrimina a união do homem e da mulher <sup>(18)</sup>:

"Concubinato - O de que trata a Súmula 380 não é o que ocorre quando um dos que dele participam é casado. A Justiça não pode reconhecer efeitos jurídicos de natureza patrimonial ao adultério. Recurso Extraordinário de que não se conhece".

No voto, o Ministro ADAUCTO CARDOSO consignou:

"Nesta Súmula o que se tem em consideração é aquele consórcio de fato que o direito tolera com o nome de concubinato e a cuja dissolução se segue a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

"No caso dos autos, o recorrente, homem casado, que vivia com a esposa e a enganava com a recorrida, não pode pretender que a Justiça lhe outorgue efeitos jurídicos patrimoniais ao adultério".

### Família Natural

Em outra área - mais ampla e de grandes conseqüências - situa-se a Família Natural. Localiza-se em posição intermediária entre as anteriormente referidas. Não repousa no casamento, nem é repelida pela legislação.

---

<sup>(18)</sup> Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 43, Janeiro, pág. 51/53.



Em se fazendo comparação entre as três espécies, nota-se ascensão da família natural e retraimento dos casos típicos das demais. G. MATRY e P. RAYNAUD explicam o fato <sup>(19)</sup>:

"D'autre part, la famille légitime perd de sa prééminence par rapport à la famille naturelle qui impose précisément moins de contraintes".

"La famille naturelle cesse d'être un pur fait por prende place au rang des institutions juridiques".

"La promiscuité des grandes villes, l'affaiblissement du sens religieux multiplient les faix ménages et l'union libre est souvent consacrée par le droit."

"La preuve en justice de la filiation naturelle est facilitée, les droits des enfants naturels sont augmentés et ainsi une véritable famille naturelle a pris figure à côté de la famille légitime".

Antes de tudo - não se olvide, - o fato implica indisfarçável problema social. O direito, em virtude disso, não pode deixar de considerá-lo.

E útil sublinhar a observação de PONTES DE MIRANDA <sup>(20)</sup>:

"No garantir a família como instituição, o texto caracterizou o casamento como indissolúvel. A grosseira feitura da regra jurídica aponta-a como algo de incoerente. A família é protegida como instituição; mas a alusão ao casamento poderia levar a pensar-se que só existe família onde houve casamento, em que se fundasse e, ainda mais, que tal casamento há de ser indissolúvel. Seria absurdo ir-se até aí".

A legislação ordinária no Brasil modificou sensivelmente a posição do Código Civil. Este refletiu o entendimento predominante à época da sanção. Desconheceu a família natural. Referiu-se apenas à legítima e à ilegítima.

Paulatinamente, contudo, fizeram-se sentir os efeitos civis das obrigações pessoais e patrimoniais entre os casais de fato. As relações destes com terceiros, os direitos dos filhos à sucessão, exemplificativamente, determinaram tomada de posição do legislador e orientação dos Tribunais.

MOURA BITTENCOURT, retrata a situação do tema <sup>(21)</sup>:

<sup>(19)</sup> G. MATRY e P. RAYNAUD, ob. cit., pág. 502.

<sup>(20)</sup> PONTES DE MIRANDA, "Comentários", pág. 176.

<sup>(21)</sup> MOURA BITTENCOURT, "O Concubinato no Direito".ed. 1961, vol. I, pág. 26.





"A união livre pode, por isso, acarretar, em várias conjunturas, a existência de verdadeira família. A subordinação da mulher e dos filhos, por vezes, até dos netos, ao que homem que, por esta ou aquela razão, não quis ou não pôde formar sua prole com base matrimonial, vai aos poucos formando um agrupamento em análogas condições com que o casamento gera a família legal.

"Pode-se, então, falar na existência de uma família natural, de modo que não a desconheça o direito?

"É imperiosa a afirmativa. Basta que a união se revista de índices de moralidade, permanência e notoriedade, para que ninguém, em justo critério de apreciação de fatos sociais e jurídicos, deixe de admiti-la".

O casamento, apesar da relevância legislativa, socialmente decai de importância <sup>(22)</sup>:

"A palavra família pode ter vários significados, consoante o aspecto por que seja encarada; porém, no seu significado mais rigoroso e técnico, e que está em harmonia com o âmbito legislativo deste ramo de direito, a família é o conjunto de pessoas que estão entre si ligadas pelos vínculos de casamento, parentesco e afinidade, e ainda, nos países que a aceitam, pela adopção.

"Não é este o conceito tradicional de família; não o foi nas legislações primitivas; não o foi no direito romano; não o é ainda na própria tradição medieval, e hoje, nas legislações mais avançadas sob o ponto de vista social, a família começa a tomar aspecto primitivo que teve nas legislações antigas.

"Na legislação romana, e nela se encontra a essência de todas as tendências primitivas, a família era considerada como o conjunto de pessoas que viviam debaixo da direção de um chefe. A família no direito romano era, como sabemos, formada pelo pater familias e pelo conjunto de todas as pessoas que estavam sujeitas à sua patria potestas".

A lei nº 883, de 21 de outubro de 1949 regula o reconhecimento dos filhos adulterinos. O Decreto-Lei nº 4.737, do 24 de setembro de 1942 possibilitou o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, admitindo, inclusive os adulterinos, igualando-os aos legítimos, uma vez operado o desquite.

Recentemente, o Decreto-Lei nº 276, de 1967 dispôs literalmente: "Art. 160: São beneficiários da previdência social rural. Parágrafo 1º: Equipara-se à esposa a companheira do segurado".

A Lei nº 3.087, de 1960 colocou no mesmo plano "os filhos de qualquer condição".

<sup>(22)</sup> FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA e GUILHERME BRAGA DA CRUZ, "Direitos de Família", ed. 1949, vol. 1, pág. 1.



O Decreto-Lei nº 7.485, de 23 de abril de 1945 dispôs no artigo 1º: "Nos processos de habilitação aos benefícios do seguro social, o casamento pode ser provado pela posse do estado de cônjuge, justificada em juízo, com a ciência do Ministério Público".

Essa tendência da legislação nacional repetiu-se em todos os países. Aliás, é notório, que a distinção entre família legítima e família natural, bem como as diferenças jurídicas relativas às relações delas decorrentes estão desaparecendo. FERNANDEZ CLÉRIGO, ao examinar a filiação legítima e ilegítima, as quais, prefere denominar filiação matrimonial e extramatrimonial, dividiu as legislações em três grupos. Em primeiro lugar, os países que conservam, com pequena atenuação, o conceito tradicional: França. Espanha. Itália. Portugal. Bélgica. Holanda. Argentina. Chile. Colômbia. Panamá. Alguns países hispano-americanos, que seguem as inspirações do direito romano.

A seguir, as legislações que reduziram acentuadamente as diferenças e tendem, em muitos a equipará-los. Suíça. Suécia. Noruega. Estados da Federação Americana. México. (Neste país, a legislação repele a nomenclatura de filhos legítimos e ilegítimos, e adota a preferida pelo autor).

Finalmente, as legislações que estabelecem absoluta igualdade. Cuba. União das Repúblicas Socialistas Soviéticas <sup>(23)</sup>.

JOSSERAND mostra a posição dos Tribunais franceses <sup>(24)</sup>.

No Brasil, a jurisprudência não deixou de enfrentar o problema.

---

<sup>(23)</sup> FERNANDEZ CLÉRIGO, ob. cit., pág. 181.

<sup>(24)</sup> JOSSERAND, "Droit Civil Positif Français", ed. 1930, vol. I, pág. 591.

"L'union libre - Le législateur de 1804 a voulu fermer pudiquement les yeux sur le concubinage: tandis que le droit romain abait sounis le concubinatus à une réglementation précise et qu'il eu avait fait une union d'ordre inférieur, mais régulière, le Code civil voit dans les relations hors mariage même continues, un simple fait qu'il entend ignorer (...).

Mais le fais, les nécessités de la vie, les exigences de l'équité ont été plus puissants que la volonté législative, placée en présence de la réalité, notre jurisprudence a dû résoudre, coûte que coûte, de nombreux problèmes soulevés par le concubinage, et, si l'union libre n'est pas une institution, du moins a-t-elle revêtu une signification juridique de plus en plus acensée et est-elle devenue comme un centre obligatoire qui doit retenir l'attention du juriste: les rapports juridiques que en découlent se réfèrent soit aux rapports des concubins entre eux, soit à leurs rapports avec leurs enfants, soit à leurs rapports avec des tiers".



Os arestos, atualmente, indicam orientação diferente da consagrada pela magistratura há vinte anos. Aquela época, a concubina era impedida de ingressar em juízo para pleitear alimentos, participação no patrimônio do companheiro, ou indenização pelos anos de vida em comum, ainda que à título de remuneração pelos serviços domésticos.

Hoje, ocorre o inverso. Além de reconhecer-se a legitimatio ad causam, decide-se que a ela deve participar do patrimônio amealhado pelo esforço comum, a fim de impedir-se o enriquecimento sem justa causa de outrem.

É reconhecido o direito à indenização por acidente do companheiro.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara Civil), por unanimidade, no dia 8 de fevereiro de 1949, decidiu:

"Responsabilidade Civil - Ação de indenização por morte de seu amásio, proposta pela concubina. Carência. Inteligência dos artigos 163 e 164 da Constituição Federal.

"Concubina - Ação de indenização pela morte de seu amásio. Carência decretada".

Os Desembargadores fundamentaram os votos: "O amparo à família legítima se desdobra em várias leis, moldadas nos nossos princípios tradicionais, constituindo a proteção à família legítima um postulado da legislação civil e uma condição indispensável para a existência da sociedade.

"O Código Civil estabelece os casos de obrigatoriedade da prestação de alimentos e não inclui a mulher em estado de mancebia.

"A família legalmente constituída, a mulher casada privada de seu marido, tem assegurado o seu direito a indenização, mas à concubina, à amásia não pode a lei conceder os mesmos direitos".<sup>(25)</sup>

Nesse pormenor, a Súmula 35, da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, refletindo outro pensamento, indicativo da superação da idéia sufragada

<sup>(25)</sup> REVISTA DOS TRIBUNAIS, vol. 179/737-8.



pelo Tribunal paulista, que, aliás, acompanhava a orientação majoritária à época, está assim redigida:

"Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio" <sup>(26)</sup>.

A Magna Corte, ademais, facilitou, no que está em sintonia com os Tribunais de outros países, a caracterização do concubinato. Reza a Súmula 382:

"A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato" <sup>(27)</sup>.

<sup>(26)</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 47.724, de 26 de março de 1963 (Seção de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal):

"Ementa: Não havendo impedimento legal para o matrimônio, a concubina, casada eclesiasticamente, tem direito a reparação pela morte do companheiro, em consequência de acidente ferroviário (art. 22 do D. 2.681, de 1912).

Voto: "A recorrente cita, conforme foi mencionado no relatório, as opiniões de Aguiar Dias e Gonçalves de Oliveira, os quais se baseiam não somente em precedentes judiciais, como também na doutrina estrangeira, de resto não tranqüila a este respeito.

"Disse o primeiro: "O Código Civil manda calcular as indenizações em forma de alimentos, e por isso a maioria dos intérpretes confunde os dois institutos (...). Nosso critério é bem claro: toda pessoa lesada pelo dano tem o direito à indenização, desde que seu interesse possa ser protegido pela lei. A proteção de um interesse legítimo é suficiente para autorizar o sentido de reparação. O interesse da concubina da vítima não é ilícito, se não adúlteras ou incestuosas as relações entre eles (...).- Da Responsabilidade Civil, vol. II, pág. 369".

<sup>(27)</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 49.212, de 12 de junho de 1962 (Seção de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal):

Ementa: Ação de investigação de paternidade. Conceituação jurídica do concubinato. Doutrina e jurisprudência. Questão de fato.

Voto: "Em torno da conceituação do concubinato, não existe um tratado de paz entre quantos hão versado o assunto, já no campo da doutrina, como no do direito aplicado.

"Para uns, ele se caracteriza em decorrência da vida em comum sob o mesmo teto, num verdadeiro estado de casados, é dizer, more uxorio; enquanto, para outros, basta que haja relações carnis seguidas e constantes.

"Efetivamente, à frente da corrente radical - tal se pode considerar a primeira - se coloca juristas do porte de Clovis Beviláqua (Cód. Civil, vol. II, pág. 330), Pontes de Miranda (Dir. de Família, pág. 300), Estevam de Almeida (Man. do Cód. Civil, vol. VI, pág. 154), etc.

"E, esposando a tese liberal, entre outros, avultam Arnaldo Medeiros da Fonseca (Investigação de Paternidade, pág. 287), Zicarelli Filho (Investigação de Paternidade Natural, pág. 174), Carvalho Santos (Cód. Civil Interpr., vol. V, pág. 475), etc.

"A jurisprudência dos pretórios pátrios, inclusive o Supremo Tribunal Federal (Rev. de Direito, vol. 109, pág. 166), porém, há dado uma significação mais ampla do concubinato, adotando, por bem dizer, o entendimento de que, para a sua existência, não é necessária vida em comum, sob as mesmas telhas, como marido e mulher, senão se reclamam, apenas as relações íntimas e frequentes (Trib. de M. Gerais, in Rev. Forense, vol. 75, pág. 161; Trib. São Paulo, in Rev. Trib., vol. 93, pág. 95; Trib. Ceará, in Rev. de Jurisp. e Decisões, de 1935, pág. 228).

"Essa divergência, contudo, de maior valia carece, porquanto, como se disse, a orientação da Excelsa Corte, a que se comete a função uniformizadora da exegese das leis do país, já, por meio de um rol de julgados, assentou que concubinos não são somente os que vivem more uxorio (Rev. de Direito, vol. cit.)".



De outro lado, é pacífico deverem os concubinos partilhar o acervo conquistado pelo labor recíproco.

Em se cotejando uma decisão de 1953 (serve de paradigma para mostrar a jurisprudência que prevalecia então) com a posição do Colendo Tribunal, ilustra-se a transformação do tratamento jurídico para o mesmo fato.

"Ninguém poderá sustentar, com bons fundamentos, que, quando um homem e uma mulher se unem em concubinato, estejam pensando em fazer um contrato de locação de serviços. Os que eventualmente um prestar ao outro não são remuneráveis" (Acórdão unânime da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 24 de março de 1953).

Hoje, predomina a Súmula 380:

"Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum"<sup>(28)</sup>.

Note-se, ademais, significativa decisão a respeito de prestação de alimentos<sup>(29)</sup>.

Evidencia-se, pois, o gradativo desaparecimento das distinções entre a família legítima e a família natural. ORLANDO GOMES, em recente publicação, estampa com remissão a trabalho de ROUAST, "Le droit civil français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle", T. I, pág. 346, o entendimento mais recente:

<sup>(28)</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 52.217, de 8 de julho de 1963 (Secção de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal):  
Ementa: "Concubina. Ação de indenização contra o espólio do amásio. Tendo vivido, vários anos, com o amásio, já viúvo, com ele coabitado, ajudando-o no trabalho diário, tem a concubina de ser indenizada, se o companheiro, ao morrer, sem herdeiros necessários, nada lhe deixa, como é o caso dos autos. A jurisprudência é nesse sentido. Recurso extraordinário não conhecido, por superada qualquer divergência jurisprudencial".

<sup>(29)</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 52.541 (Secção de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal):  
Ementa: Concubina - Alimentos. legitimidade de parte.  
Voto: "Legitimidade de parte para o fim de pedir alimentos por morte de seu amásio que provia à sua manutenção e de quem houver dois filhos, ainda menores. O concubinato, embora à margem da família constituída, nasce das circunstâncias imperiosas da vivência social, e gera interesses que a moral não repele e só se não concilia como fato gerador de direito se, em suas consequências, embora em choque com situações jurídicas já constituídas à sombra da lei. Vide, a propósito, art. 22, do Decreto nº 2.681, de 1912, e art. 397 e 405 do Código Civil - idem, Lei nº 3.912, de 1961, art. 10".



"Como o direito de família tem pouca significação, em muitos dos seus institutos, para a maioria do povo vem se desenvolvendo, à sua margem, uma legislação que tende a substituir a família pela sociedade na assistência e socorro aos que constituem grupo estável de natureza doméstica, independentemente de sua legitimidade. O auxílio-doença, o auxílio-natalidade, o salário-família e as pensões traduzem esse propósito" (...) Não deixam de ser de família as relações entre concubinos e entre eles e sua prole, regidas, atualmente, por disposições que se assemelham às da família legítima. Importa, pois, considerá-las" <sup>(30)</sup>.

Acrescente-se - e o pormenor é significativo - a matéria está provocando reforma de profundidade na área legislativa.

O Projeto de Código Civil, ao tratar DA SUCESSÃO EM GERAL, dispõe no:

"Art. 688: Participação da companheira - A companheira do homem solteiro, desquitado, ou viúvo, que com ele tenha vivido nos últimos quatro anos e haja colaborado no aumento ou conservação de seu patrimônio, participará de sua sucessão nas condições seguintes:

- I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei é atribuída ao filho;
- II - se concorrer com descendente do autor da herança, dos quais não seja ascendente, tocar-lhe-á somente a metade;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à metade da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança".

---

<sup>(30)</sup> ORLANDO GOMES, "Direito de Família", ed. 1968, pág. 31/32.



- CAPITULO II -

= INTERPRETAÇÃO PROGRESSIVA =



Atualmente, está superada a suspeita de que a interpretação da lei possa gerar arbitrariedades. Essa idéia resultou da reação operada por ocasião da Revolução Francesa contra o clima que envolvia o Direito Penal, dominado pela paixão e desmandos dos soberanos. BECCARIA - seu protesto tornou-se clássico - afirmou que a lei não devia ser interpretada. Ela é um silogismo e como o juiz labora outro, formam-se dois. Ademais, em se conferindo ao magistrado faculdade dessa natureza, a lei corre o risco de ser interpretada maliciosa, ou passionalmente, defeitos de que padecem os julgadores, por sua condição humana.

Esse pensamento não vingou por muito tempo. "Vários Códigos contêm regras de interpretação, como, a título de exemplo, pode ser indicado o Código Civil brasileiro, cuja Lei de Introdução, dispõe: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito"<sup>(31)</sup>. E mais: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" <sup>(32)</sup>.

Assim há-de ser. O texto legislativo, por mais casuístico, ou pormenorizado não contém a virtude de prever todas as relações futuras que necessitem de disciplina legal. Mormente em Direito Penal. A malícia se projeta constantemente. Seria impossível lei perfeita quanto a esse aspecto. Sempre restaria lacuna, que, certamente, seria aproveitada pelo agente, a fim de beneficiar-se com a impunidade. O crime de furto, v.g, em virtude do artigo 155 do Código Penal exigir para a respectiva configuração dolo específico: "Subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem", é caso que merece ser trazido à colação. Os Tribunais, fiéis ao princípio da reserva legal, entendem reiteradamente ser atípico o "furto de uso". O projeto Hungria viu-se forçado a incluir novo tipo para suprir essa lacunas "Se a coisa, não fungível, é subtraída para o fim de uso momentâneo e, a seguir, vem a ser imediatamente

---

<sup>(31)</sup> Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º.

<sup>(32)</sup> Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º.





restituída ou reposta no lugar onde se achava - Pena - detenção até seis meses, ou pagamento não excedente de 30 dias-multa”<sup>(33)</sup>.

Hoje, ninguém deixa de aplaudir a interpretação, meio pelo qual é extraído o significado da lei. A respeito, merecem consignaço as palavras de MESGER: "En el aspecto penal son especialmente interesantes en esta direcció las Ammerkungen zum StGB fûr das Königr. Bayern (Observaciones sobre el Código Penal para el Reino de Baviera), vols. I-III (1813-14), que en las páginas I-IV, en la Ordenanza de 19 de octubre de 1813, proibían expressamente la redacció de otros Comentarios y mandaban a los Tribunales de Justicia y a los "Profesores de nuestras Universidades atenerse exclusivamente al texto de la Ley, utilizando las Observaciones; esto produjo la consecuencia que de hecho no apareció Comentario alguno durante los cincuenta anos que estuvo em vigencia este Código Penal de Baviera.

"Estas erróneas prohibiciones, que impiden toda sana evolució científica, han caído en el merecido olvido historico. La ligazón del Juez a la ley no impide, sino al contrario, exige, en primer término, una interpretación de la ley penal"<sup>(34)</sup>.

Todo trabalho interpretativo tem como ponto de partida a redaçõ da lei. E a chamada interpretaçõ gramatical. As palavras, nesse aspecto, podem ser empregadas em três sentido: a) vulgar; b)jurídico, e c) jurídico-penal. A preferêcia, por ordem, deve recair no último. Somente na ausência deste, tomar-se-á o segundo. O primeiro será recurso de derradeira utilizaçõ.

Em virtude da natureza constitutiva do Direito Penal, a reformulaçõ conceitual se opera sempre que lhe fôr conveniente e oportuno na perseguiçõ dos valores sociais protegidos. Ela, porém, ainda que enriquecida da interpretaçõ histórica, que investiga

---

<sup>(33)</sup> Anteprojeto de Código Penal, art. 165.

<sup>(34)</sup> MESGER, "Tratado de Derecho Penal", ed. 1955, Tomo I, § 10, pág. 135.



os antecedentes da lei, não esgota a pesquisa. Prevalece a "vontade da lei". Não a vontade que o legislador pretendia imprimir no ordenamento jurídico.

A interpretação, diga-se mais uma vez, não se detém no significado literal. Vai além. Busca a finalidade do diploma legal. MESGER: "Pues toda ley es medio para la consecución de determinados fines sociales, y sólo puede ser realmente entendida desde esta referencia finalista" <sup>(35)</sup>. ASÚA, na linha dos modernos penalistas, acrescenta; "Hay muchas leyes que lo dicen y la más clara de todas, la ley argentina de profilaxis social, que declara, en su artículo 12, que el fin que pretende esa ley es el sanitario. Es decir, se ve en la propia ley cuál es su "ratio legis", cuál es el fin que persigue, y no está fuera de la ley sino dentro de la ley misma, expresado de un modo taxativo, de un modo gramatical, literal y sintáctico. Pero a menudo ese fin no suele aparecer de un modo tan transparente en los preceptos legales y hay que buscarlo: en la formación conceptual de las leyes está todo el secreto de su interpretación. Esa interpretación teleológica es la que guía al legislador a través del enorme problema que constituye el ordenamiento jurídico" <sup>(36)</sup>.

Com a perquirição da finalidade da lei, chega-se à essência da disposição legislativa, e é revelado o seu conteúdo. Com esta preocupação, deixa de ser algo estático no sentido de desenvolver o dinamismo indispensável para acompanhar as transformações sociais, cada vez mais variáveis, e repetidas.

Por outro lado, a interpretação teleológica se completa com a revelação da meta visada pelo ordenamento jurídico como um todo.

O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 44.566 - RS - (Segunda Turma) apreciou a importância desse particular. O eminente Ministro EVANDRO LINS E SILVA (Presidente e Relator), teceu oportunas considerações, secundado por seus Pares,

---

<sup>(35)</sup> MESGER, ob. cit. pág. 138/139.

<sup>(36)</sup> ASÚA, "El Criminalista", ed. 1952 - Normas para la interpretación de la ley e la praxis judicial, pág.200/201



recebendo subsídios do ilustre Ministro ALIOMAR BALEEIRO; "Na verdade, o que é corromper senão perverter, degradar, desnaturar, torcer, moralmente o espírito da jovem? Isto é que é corrupção. Penso que o elemento subjetivo do crime, tal como está descrito na sentença, não se configurou. O tipo penal não é apenas a definição objetiva dada na lei; compreende também a parte subjetiva da ação do acusado. No caso, a meu ver, não existe o crime de corrupção de menor. Mesmo Hungria, que é o mais rigoroso dos autores, ao comentar a matéria, diz que o crime de corrupção se caracteriza por colocar a menor numa ladeira para se encaminhar à prostituição. O que a lei visa a preservar é que a menor venha a ser degradada. No caso dos autos, o que se diz é precisamente o contrário. Não houve corrupção. O Direito Penal é finalístico. O paciente, ao possuir essa moça, tinha o propósito de com ela viver maritalmente, tendo dela três filhos" <sup>(37)</sup>.

O preceito isolado, ainda que teleologicamente encarado, é insuficiente para indicar ao intérprete o escopo derradeiro da lei. Urge integrá-la com o ordenamento jurídico. É a interpretação sistemática.

Os três roteiros expostos, unitariamente considerados, fornecem o caminho seguro para chegar-se a um resultado positivo.

A crítica teleológica enseja fixar os contornos do preceito, mostrando, ademais, as mutações que ocorram no correr do tempo. Com isso, chega-se à interpretação progressiva ou evolutiva.

A interpretação progressiva não se confunde com a analogia, nem com a interpretação, ou aplicação analógica.

A analogia implica criação da norma, vale dizer, supre um claro até então existente no ordenamento jurídico. Em Direito Penal é vedada in malam partem como corolário do princípio da reserva legal. A admissão traduziria sanção a condutas não

---

<sup>(37)</sup> Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 44 (abril), pág. 272.



tipificadas no momento de sua prática, o "que enfraqueceria sobremaneira as garantias individuais.

É conhecida a distinção entre analogia "legis" e analogia "juris". No primeiro caso, ante a ausência de lei específica, é aplicado o dispositivo que mais se aproxime, à vista da semelhança dos elementos fundamentais. Na segunda hipótese, faz-se a mesma operação, entretanto, tomando-se como paradigma os princípios gerais do direito.

De qualquer forma, a legislação que repouse no sistema liberal, o princípio nullum crimen nulla poena sine lege constitui marco fundamental, proíbe a analogia, por concepções político-sociais.

A analogia, contudo, nem sempre prejudica, ou seja, não constitui perigo para as conquistas políticas liberais. Ao inverso, favorecem o réu, possibilitando tratamento penal mais benigno. Nesse ponto, ANÍBAL BRUNO assume posição doutrinária: "A analogia é inadmissível se dela resulta definição de novos crimes ou de novas penas, ou de novas penas, ou, se, de qualquer modo, se agrava a situação do agente. Impede-a o princípio cardeal da legalidade dos crimes e das penas. Nas normas não incriminadoras, que escapam ao absoluto rigor desse princípio, e onde não há também que falar em excepcionalidade ou não excepcionalidade, porque essas normas não são exceções às normas incriminadoras, mas expressões, por si mesmas, de princípios gerais que se aplicam à matéria de que elas se ocupam, o processo de integração, por analogia, de possíveis lacunas, tem todo cabimento, desde que não conduza a agravar a situação do delinqüente. É a chamada analogia in bonam partem. Não se apóia, portanto, essa aplicação da analogia em razões sentimentais, mas em princípios jurídicos, que não podem ser excluídos do Direito Penal, e mediante os quais situações anômalas podem escapar a um excessivo e injusto rigor" <sup>(38)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> ANÍBAL BROTO, ob. cit. Tomo I, pág. 211.



A investigação da meta a ser alcançada deverá preocupar constantemente o intérprete. É a única forma de manter atualizado o texto legal, impedindo, por outro lado, que se torne ineficaz, embora vigente.

O artigo deve ser examinado como componente da lei; esta como parte do ordenamento jurídico; e esta expressão parcial da ordem jurídica.

O Direito existirá enquanto os homens viverem em sociedade. A natureza humana, a transformação das idéias, o progresso da ciência, as modificações econômicas e outros inúmeros fatores são condicionantes da fixação de algo que deve ser juridicamente protegido.

Essa mutabilidade, muitas vezes, se antecipa à alteração legislativa, provocando a revogação da lei, ou, em se adaptando ao ordenamento, recebe o necessário tratamento jurídico.

A pesquisa teleológica se conjuga com a interpretação progressiva, através da qual os coloridos jurídicos conferem características diferentes aos fatos. Ora para estigmatizá-los com a antijuridicidade, ora para lhes conferir foros de licitude.

Quando o Código Penal começou a vigor, ainda não se produziam detonações atômicas. Não se sustentará, entretanto, que a ocorrência desse fenômeno, no Brasil, seja penalmente irrelevante. É fato novo, porém, adaptável ao disposto no artigo 251 (Explosão), se presentes os demais requisitos: "Expôr a perigo, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos".

Da mesma forma, é viável a hipótese contrária. Se uma ação deixar de constituir perigo, ou dano ao objeto jurídico, ainda que típica não configurará infração penal. O resultado será irrelevante para esse fim.



ASÚA explana em torno do assunto. Apesar de longas, as ponderações merecem ser transcritas, por elucidar perfeitamente o tema. "Como ya antes he afirmado, la interpretación progressiva es la que más interessa hoy. No es esta la creación de una nueva norma; no es, ni con mucho, la libre creación del Derecho por jueces. Es nada más que averiguar esa voluntad de la ley, que no es lo mismo cuando nace que cuando el medio ambiente la ha conformado, por ejemplo, cuando el Tribunal Supremo de Francia declaró que la substración del flúido elétrico podría entrar perfectamente en la expresión "cosa" que emplea el Código penal para referirse ai robo y al hurto, se hace interpretación analógica o interpretación creadora de un nuevo derecho? No. Lo que se hizo fué interpretación progressiva; buscar la voluntad de esa ley conforme al medio ambiente, llamando a ella todos esos casos que no pudieron ser previstos pelo legislador. Y en el ejemplo que manejo, qué elementos habría para hallar la voluntad del legislador, en una época en que la electricidad no se usaba? La interpretación progressiva ha hecho posible que viejos Códigos como el francés de 1810, conserven actualidad aún. Ese Código dice, por ejemplo, que el discernimiento de suscita desde los anos más tiernos de la vida; pues bien, cuando el juez creia que la pena era útil y que había que aplicaria a todos, se afirmaba pronto el discernimiento, pero de aplicársele en los anos más incipientes, se pasó a lo con rario como consecuencia del principio que hoy se proclama, de que el niño ha salido dei Derecho Penal. Los franceses interpretan hoy en forma contraria el concepto del discernimiento y sólo lo hallan en la edad posterior a la adolescência. Por qué? Porque la voluntad de la ley, esa voluntad del viejo Código penal de 1810, ha sido cambiando a medida que el ambiente cambia, como cambia la voluntad del hombre" <sup>(39)</sup>.

MANZINI sufraga o mesmo entendimento: "Con esto, por otra parte, no se excluye la admisibilidad de una interpretación progresiva en sentido limitado y correcto.

---

<sup>(39)</sup> ASÚA, "El Criminalista", pág. 204.



Nuevas condiciones sociales e descubrimientos científicos pueden determinar nuevas exigencias jurídicas, a las cuales es ciertamente lícito proveer adaptando las leyes vigentes, pero sin invadir la función reservada a la legislación, especialmente cuando se trata de leyes penales.

"Así, por ejemplo, la vieja ley sobre las pesas y medidas, al hablar de gas de alumbrado, se refería naturalmente sólo al gas producido por la destilación del carbón mineral. Puesto posteriormente en uso el acetileno, el gas pobre, etc, se pudo, mediante una lícita interpretación progresiva, comprender en la ley misma también estos últimos gases, en relación a la obligación relativa a la denuncia y a la verificación de los contadores, aun antes de que la ley de 30 de junio de 1901, n° 278, y el reglamento de 12 de abril de 1902, n° 226, eliminaran toda duda al respecto"<sup>(40)</sup>.

EMILIO BETTI corrobora a tese, in verbis; "É stato giustamente osservato, a proposito del mutaro della ratio legis col successivo mutare dei rapporti sociali che "ciòche influisce sulla nuova significazione di una vecchia legge, è il sopravvenire di leggi speciali, le quali reagiscono su tutto il sistema: invero l'ordinamento giuridico è un organismo in perenne movimento, in continua trasformazioni della vita politico-sociale"; onde solo una ricognizione storica permette di valutare la trasformazioni che un istituto ha subito, e insieme di riconoscere la reale portata di nuovi istituti e la ripercussione che essi possono avere spiegata su altre parti dell'ordinamento, rimaste immutate solo in apparenza quanto alla lettera. Soto questo profilo è esatto il rilievo che solo la lettera della legge (nou già le mens originaria) à pervasa e afferrata dalla potenza normativa della legislazione: perchè essa sola resta formalmente immutata, ma s'integra e si riempie di uno spirito diverso conforme allo spirito

---

<sup>(40)</sup> MANZINI, "Tratado de Derecho Penal", ed. 1948, vol. I, pág. 367/368.



del tempo e della società por cui la norma è destinata a valere non già, ben s'intende, secondo il talento soggettivo dell'interprete" <sup>(41)</sup>.

A investigação da razão da lei permite, sem lesão ao princípio da reserva legal, uma razoável interpretação progressiva de seus preceitos, relativamente às novas concepções ampliadoras do conteúdo primitivo de seus conceitos <sup>(42)</sup>.

---

<sup>(41)</sup> EMÍLIO BETTI, "Interpretazione della Legge e degli atti giuridici", ed. 1949, pág. 23/24.

<sup>(42)</sup> RICARDO NUNEZ, "Derecho Penal Argentino", Parte General -I, ed. 1959, pág. 203. O autor, em nota de rodapé (295) acrescenta: "A los fines del § 184 del Código alemán, que castiga al que "vende, distriuye e difunde de otro modo escritos, figuras e reproducciones obscenas, o las expone o fija en lugares accesibles al público", el disco ha sido considerado como medio de expresión y el film como exposición de una imagen, aunque no habían sido inventados en el tiempo de la elaboración de la ley (Schöonke, Strafgesetzbuch-Kommentar, 6ª ed., 1953, p. 518). En Francia, la Corte de Apelación de Dijon ha catigado con arreglo al art. 32 de la de prensa de julio 29 de 1881, que reprime la difamación cometida sea por medio de "discursos, gritos e amenazas proferidos en los lugares e reuniones públicas, sea por médio de escritos, impresos vendidos o distribuídos, puestos en venta e expuestos en los lugares e reuniones públicas, sea por medio de pasquines o afiches expuesto a la vista del público", la difamación realizada por medio de dibujos e imágenes cinematográficas, a pesar de la invención del cinematógrafo fué posterior a la ley de 1881".





CAPÍTULO III

NATUREZA JURÍDICA DOS CRIMES CONTRA A FAMÍLIA



O Código Penal brasileiro, seguindo a orientação do congênere italiano, classificou as infrações penais segundo a objetividade jurídica. O legislador, entretanto, nas subclassificações, não manteve a mesma coerência. Tanto assim, que o Capítulo I, dos crimes contra a PESSOA, recebeu o nomen iuris "Dos Crimes contra a Vida" (também objeto jurídico); o Capítulo II é indicado pela espécie "Das Lesões Corporais", retornando ao critério anterior, no Capítulo III - "DA Periclitación da Vida e da Saúde", para abandoná-lo, novamente, no Capítulo IV - "DA Rixa". Enquanto no Título XI - DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - o Capítulo I é indicado pelo sujeito ativo da infração penal - "Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral" (o mesmo acontecendo no Capítulo II - "Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração em Geral"), o Capítulo III foi batizado de forma diferente - "Dos Crimes contra a Administração da Justiça",

O TÍTULO VII - "Dos Crimes contra a Família" - cuja subdivisão arrola as infrações contra o Casamento (capítulo I), os Crimes contra o Estado de Filiação (capítulo II), os Crimes contra a Assistência Familiar (capítulo III) e os Crimes contra o Pátrio Poder, Tutela e Curatela (capítulo IV), cumpre ser cuidadosamente estudado, a fim de extrair-se a exata extensão da objetividade jurídica eleita, pesquisa que, antes de tudo, impõe cautela, em virtude da diversidade da matéria.

DOMENICO PISAPIA <sup>(43)</sup> afirma a existência do DIREITO PENAL FAMILIAR, destacando, para isso, cinco características. Inicialmente, sustenta, nos crimes contra a família, a relevância da vontade individual está subordinada ao superior interesse da família, o que se manifesta através de vários modos, quais sejam: perseguibilidade de ofício (artigo 542, terzo comma nº 1); necessidade de queixa de uma pessoa particularmente qualificada (adultério e concubinato); ineficácia do consentimento discriminante (maior parte

---

<sup>(43)</sup> PISAPIA, DOMENICO, "Delitti contro la Famiglia", Ed. 1953, pág. 107/112.



dos crimes contra a Família, também são perseguíveis por queixa); especiais causas extintivas inspiradas no favor matrimonii (como no art. 544, do Código Penal), ou especiais atenuantes inspiradas no favor familiae (como no art. 525, do Código Penal).<sup>(44)</sup>

A segunda característica é dada pelo fato de infrações contra a Família, malgrado parecerem comuns, perpetráveis por qualquer pessoa, serem crimes próprios, isto é, cometidos somente por quem tenha determinada qualidade ou posição pessoal, que é a qualidade, ou posição de membro da família.<sup>(45)</sup>

Em terceiro lugar, há extensa aplicação das penas acessórias e de sanções civis especiais ao lado das verdadeiras e próprias penas criminais. Esta característica adere não só à natureza dos crimes próprios, como também à necessidade de integrar a função mais estritamente repressiva das penas principais com o caráter cautelar e ético-social das penas acessórias e do caráter patrimonial das sanções civis.<sup>(46)</sup>

A quarta peculiaridade se manifesta na sobrevivência de um autônomo poder punitivo, ou corretivo dos membros da Família, diante do qual o próprio poder punitivo do Estado encontra certos limites. Sobrevivência de tal autonomia disciplinar e processual é constatada ainda hoje, no ius corrigendi, reconhecido ao pater familias, e na impunibilidade pelas lesões corporais provocadas no cônjuge, na filha e na irmã por motivo de honra e no ato de ilegítimas relações sexuais. "L'art. 587 quarto comma cod. pen., stabilisce che non è punibile chi, nell'atto in cui scopre la illegitima relazione carnale del coniuge, della figlia o della sorella e nello stato d'ira determinata dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia" commette contro le dette persone il fatto preveduto dall'art. 581 (percosse)"<sup>(47)</sup>

---

<sup>(44)</sup> PISAPIA, Domenico, Obra citada., Pág. 107.

<sup>(45)</sup> PISAPIA, Domenico, Obra citada, pág. 109.

<sup>(46)</sup> PISAPIA, Domenico, Obra citada, pág. 110.

<sup>(47)</sup> PISAPIA, Domenico, Obra citada, pág. 111/112.



Por fim, em terreno processual, as questões sobre a existência das relações de família são subtraídas do conhecimento incidental do juiz criminal e remetidas ao juiz cível, no que talvez se reencontre sobrevivência histórica do judicium domesticum. O autor reconhece que tal matéria não é restrita às questões de família. Mas - ao lado da consideração que o maior número dela a elas se refere - e fora de dúvida ser tal disciplina consequência de que, pelo status das posições fundamentais que o indivíduo assume à respeito dos agregados fundamentais da sociedade (família e Estado), as questões não podem ser conhecidas incidenter tantum, mas devem ser decididas e resolvidas de modo definitivo e igual para todos os ramos do ordenamento jurídico. <sup>(48)</sup>

A conclusão do Professor italiano é de grande importância. Implica localização da matéria no Direito Penal. Merece ser apreciada.

A divisão do Direito - tema de antiga preocupação - é devida ao trabalho dos juristas romanos, quando proclamaram a distinção entre Direito Público e Direito Privado. O assunto, ainda hoje, provoca atenção dos escritores <sup>(49)</sup>. Inexiste, porém, critério definidor acolhido unanimemente. Se isso acontece em termos de divisão ampla, maiores são as dificuldades quando se pretende traçar subdivisões. Para justificá-las, contudo, impõe-se a presença de elementos que confirmam contornos inexistentes em outros setores.

---

<sup>(48)</sup> PISAPIA, Domenico, Obra citada, pág. 112.

<sup>(49)</sup> UMBERTO FRAGOLA, "Nozioni di Diritto Pubblico Generale", ed. 1961, pág. 7: "...il diritto pubblico e quella scienza che studia la pubblica amministrazione, cioè l'attività pratica e concreta dello Stato e degli altri enti pubblici che con esso collaborano e i rapporti che intercedono fra lo Stato stesso e i cittadini". CONSTANTINO MORTATI, "Istituzioni di Diritto Pubblico", ed. 1962, n° 50, pág. 88, estabelece paralelo entre o Direito Privado: "la sfera del diritto pubblico e appunto costituita dall'insieme delle regole e del poteri predisposti nel senso ora detto e che tendono alla immediata soddisfazione degli interessi ritenuti comuni a tutta la collettività".

"In contrapposto a questa, la sfera del diritto privato include i rapporti che interessano i singoli o i gruppi particolari, i cui effetti si ripercuotono sui soggetti titolari dei medesimi e non già, almeno in modo diretto, sull'intera società, e che consequentemente sono lasciati all'iniziativa dei titolari stessi".

O autor observa adiante (n° 52, pág. 91): "Da quanto ora si è detto si deduce la relatività della ripartizione delle due sfere del privato e del pubblico, condizionata come essa è alle vicende storiche, le quali operano un continuo passaggio di rapporti da una sfera nell'altra".



Pelo menos em face do ordenamento jurídico brasileiro, não se justifica a especialização proposta.

Direito Penal especial é o conjunto de normas que se dirigem apenas a uma classe, ou categoria de pessoas, em razão de qualidades jurídicas que lhe são próprias.<sup>(50)</sup>

Os dados fornecidos por PISAPIA não seguem essa exigência.

Indiscutivelmente, os denominados "crimes contra a família" visam a proteção da Família. Esse fato, contudo, não é isolado nas leis penais. Tal é comum no Direito Penal, em atenção aos valores considerados imprescindíveis à ordem coletiva e ao progresso da sociedade. O fenômeno se apresenta com traços nítidos nas legislações, como a nossa e a italiana<sup>(51)</sup>, que elegeram o bem jurídico, critério fundamental para a classificação das infrações. Se a bigamia é punida em atenção à Família, o furto o é a fim de proteger o Patrimônio; o homicídio a Pessoa; e o peculato a Administração Pública.

Em face disso, nenhuma nota característica poderá ser extraída. Esse raciocínio é comum a todos os ilícitos. Aliás, ANIBAL BRUNO, reproduzindo a idéia predominante, expõe: "O que faz o tipo é descrever a ação que ameaça ou ofende o bem a que se concede proteção penal. Mesmo quando incerto ou indeterminado, o bem jurídico está sempre

<sup>(50)</sup> RANIERI, "Manuale di Diritto Penale", ed. 1957, vol. I, pág. 4: "Il diritto penale si distingue:

“.....

"2) in relazione ai soggetti: in diritto penale comune, se applicabile a ogni persona che si trovi entro la sua sfera di validità, e in diritto penale speciale, se applicabile a determinate classi di persone in dipendenza della loro qualità o a persone che, pur appartenendo a una classe diversa, vengono a trovarsi in particolari circostanze. Rientrano in questa categoria il diritto penale militare, della navigazione, coloniale, ecc".

<sup>(51)</sup> Titolo I - Dei delitti contro la personalità dello Stato.

Titolo II - Dei delitti contro la pubblica amministrazione.

Titolo III - Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia.

Titolo IV - Dei delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti.

Titolo V - Dei delitti contro l'ordine pubblico.

Titolo VI - Dei delitti contro l'incolumità pubblica.

Titolo VII - Dei delitti contro la fede pubblica.

Titolo VIII - Dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio.

Titolo IX - Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume.

Titolo X - Dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe.

Titolo XI - Dei delitti contro la famiglia.

Titolo XII - Dei delitti contro la persona.

Titolo XIII - Dei delitti contro il patrimonio.



presente como noção nuclear na formação do tipo. Nesse processo de definição dos crimes, os bens que estão implícitamente previstos, de maneira abstrata, na Parte Geral, são transportados para a Parte Especial, onde se individualizam e revelam a sua real importância social e humana, assinalando com a marca de sua natureza, os tipos que lhe correspondem, embora muitas vezes não venham neles expressamente mencionados"<sup>(52)</sup> ANTOLISEI elucida: "Nell'illustrazione delle singole figure criminose la dottrina costantemente assume come punto di partenza l'oggetto giuridico delle figure stesse. Prima di ogni altra cosa viene determinato il bene o interesse che, protetto dalla norma incriminatrice, è offeso dal reato, e tale accertamento costituisce la base per risolvere i quesiti che sorgono nell'interpretazione della fattispecie legale" <sup>(53)</sup>

Não se esqueça que o resultado, normativamente considerado, significa perigo, ou dano à objetividade jurídica. A simples modificação do mundo exterior é penalmente irrelevante. RANIERI expõe a matéria: "Evento è la modificazione del mondo esteriore prodotta o non impedita dalla condotta, che ha rilievo, per le conseguenze giuridiche che vi si riconnettono, nella fattispecie legale della quale la condotta stessa è elemento costitutivo" <sup>(54)</sup>. SOLER subscreve a mesma opinião: "Este concepto de resultado, modificación del mundo exterior, no puede ser tomado en su sentido físico, porque físicamente las consecuencias de una acción son ilimitadas. Su valor es, pues, estrictamente jurídico en el sentido de que resultado es sólo y exclusivamente resultado relevante, jurídicamente valorado como tal"<sup>(55)</sup>.

(56)

<sup>(52)</sup> ANÍBAL BRUNO, "Direito Penal", ed. 1959, vol. I, tomo IV, pág. 33/34.

<sup>(53)</sup> ANTOLISEI, FRANCÈS CO, "Manuale di Diritto Penale" - Parte Speciale - ed. 1960, n° 5, pág. 13.

<sup>(54)</sup> RANIERI, Obra citada, pág. 218.

<sup>(55)</sup> SOLER, "Derecho Penal Argentino", Ed. 1953, pág. 298.

<sup>(56)</sup> A Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro consagrou posição doutrinária (n° 13): "Com o vocábulo "resultado", o citado artigo designa o efeito da ação ou omissão criminosa, isto é, o dano efetivo ou potencial, a lesão ou perigo de lesão de um bem ou interesse penalmente tutelado. O projeto acolhe o conceito de que "não há crime sem resultado". Não existe crime sem que ocorra pelo menos um perigo de dano; e sendo o perigo um "trecho da realidade" (um estado de fato que contém as condições de superveniência de um efeito



Ademais, a concepção exposta se adapta ao conceito substancial de infração penal, entendido como ofensa, ou probabilidade de prejuízo aos valores sociais. <sup>(57)</sup>

O Direito Penal é finalista. SOLER é incisivo: "Pero el momento estrictamente jurídico se caracteriza no por esa mera comprobación o verificación de los hechos y de sus regularidades (ley natural), sino por la vinculación de esa realidad a un fin colectivo, en virtud del cual los hechos son estimados como valiosos o no valiosos y, como consecuencia, procurados o evitados. La ley, por lo tanto, regula la conducta que los hombres deberán observar con relación a esas realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos" <sup>(58)</sup>

Conseqüentemente, tanto no terreno dos crimes contra a Família, como em outros casos típicos, a sanção é cominada porque a conduta delituosa atenta contra bem protegido. Isso, observe-se, não é característica da hipótese argüida pelo douto professor italiano. É roteiro uniforme na interpretação da lei penal.

lesivo), não pode deixar de ser considerado objetivamente como resultado, pouco importando que, em tal caso, o resultado coincida ou se confunda, cronologicamente com a ação ou omissão".

A conceituação do evento ou resultado, na doutrina penal, não é pacífica, Digladiam-se as teorias naturalística, e normativa (jurídica). A segunda, por nós aceita, é explicada na mensagem do Ministro Francisco Campos.

GRISPIGNI, ANTOLISEI e PETROCELLI, na Itália pela concepção naturalística. No Brasil, a idéia é defendida por JOSÉ FREDERICO MARQUES, in "Tratado de Direito Penal", ed. ... 1965, 22 vol., pág. 58.

<sup>(57)</sup> A noção de crime como ação típica, antijurídica e culpável, e para alguns, ainda punível, é puramente formal. A ciência jurídica penal deve, entretanto, preocupar-se com análise mais profunda, a fim de ser revelada a natureza do delito.

ANTOLISEI, ob. cit. pág. 126/129, estuda o tema. Expõe a opinião de MAGGIORE (fato que ofende gravemente a ordem ética e que, por tal razão, não pode ser tolerado pelo Estado), GAROFALO (a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, segundo a medida média em determinado estágio da humanidade civilizada, através de ações nocivas à coletividade), FERRI-BERENINI (ações puníveis determinadas por motivos antisociais, que perturbam as condições de vida e contradizem a moralidade média de um povo, em determinado tempo), GRISPIGNI (ações que a juízo de legislador tornam impossível, ou põem em grave perigo a existência e a conservação da sociedade).

O professor de Turim, depois de criticar as posições referidas, emite o seguinte conceito: "o comportamento humano que, a critério do legislador, contrasta com os fins do Estado e exige uma pena criminal como sanção".

BETTIOL, ob. cit., pág. 157/161 indaga o conteúdo substancial na ofensa a uma condição de existência, conservação, ou desenvolvimento da sociedade. Esta, para existir e conservar-se não necessita apenas de "equilíbrio físico", mas sobretudo, de "equilíbrio moral", que se rompe quando as supremas exigências éticas do indivíduo, da família e do Estado não se refletem na legislação. Conclui afirmando que a noção substancial repousa na "ética social" que deve dar corpo ao conceito formal do crime.

<sup>(58)</sup> SOLER, SEBASTIAN, obra citada, pág. 38.



O fato de nos crimes contra a família, o sujeito passivo primário ser a sociedade porque "ofendido é o Estado particularmente interessado no respeito a essa exigência fundamental de convenção social", como se exprime BENTO DE FARIA <sup>(59)</sup>, nos escólios ao crime de bigamia também não se nota nada de característico. O fenômeno se repete em outros setores do Código. Nos crimes contra a Incolumidade Pública, embora os indivíduos possam sofrer o dano da infração penal, antes de tudo, sobreleva interesse coletivo, uma vez que se trata de crimes de perigo comum.

A respeito do bem jurídico como valores, ANIBAL BRUNO leciona: "São estes bens valores que a própria natureza do homem e as condições da vida social têm criado e que o Direito, reconhecendo-os e protegendo-os, elevou à categoria de bens jurídicos. Não pensamos, portanto, aqui em nenhum a priori puro de valor, mas em condições e exigências que a consciência coletiva de determinada sociedade, em certo momento da sua evolução, julga necessárias ao seu equilíbrio, à sua persistência e à plena e legítima realização do homem. Como faz notar EXNER, acompanhado, aliás, VON LISZT e M.E. MAYER, não é a lei que determina o que seja um bem, mas apreciações humanas éticas, estéticas e sociais" <sup>(60)</sup>.

Intimamente relacionadas, a criminalidade, porém, não se confunde com a persecutio criminis.

A distinção entre ação pública e ação privada obedece a mero critério de oportunidade e conveniência. Nenhuma infração, por suas características, atua como pressuposto para, em tese, determinar a espécie de procedimento relativo à prestação jurisdicional.

A natureza do delito não condiciona uma, ou outra, mas sim o objeto jurídico que, com a conduta delituosa, sofre o evento proibido.

---

<sup>(59)</sup> BENTO DE FARIA, Código Penal Brasileiro Comentado, ed. 1959, vol. 6, pág. 144.

<sup>(60)</sup> ANÍBAL BRUNO, "Direito Penal", ed. 1959, Tomo I, pág 17, nota de rodapé nº 6.





A maioria dos crimes contra a Família são perseguíveis de ofício, por se referirem a bem jurídico indisponível, cuja proteção, antes de interessar aos particulares, merece o amparo do Estado.

Esse fato, todavia, não lhe é peculiar. Aliás, é a regra geral, em conseqüência das características do Direito Penal, ramo do Direito Público. Exceção é remeter-se ao ofendido a decisão de provocar a iniciativa do Ministério Público (ação pública dependente de representação), ou entregar-se ao particular a incumbência de propor a ação privada.

A punibilidade, possibilidade abstrata de aplicação da sanção ao autor da infração penal, não se confunde com os elementos ontológicos do crime. Esta conclusão, é certo, reflete opção doutrinária. Entre nós, BASILEU GARCIA, sustenta: "O coeficiente pena não pode ser omitido. Não havendo crime sem que lhe seja cominada pena, a idéia da punibilidade é essencial à conceituação".<sup>(61)</sup> Em corrente diversa, adverte ROBERTO LYRA FILHO<sup>(62)</sup>: "Responsabilidade não é requisito prévio ou contemporâneo da ação ou omissão, mas uma conseqüência desta, quando aliada aos demais elementos do crime. Responsabilidade é a obrigação de suportar as conseqüências jurídicas do crime".

BETTIOL, acrescenta: "... 1ª punibilidad se refiere a las consecuencias jurídicas del delito - pena - , y entonces está fuera del conjunto de presupuestos de la pena, o es considerada como una característica formal del delito..."<sup>(63)</sup>

Em qualquer dessas concepções, não se justifica, para o fim proposto por PISAPIA, o debate com esteio na ação penal. A sanção é inconfundível com a ação penal. A exemplo das anteriores, preservando o direito de liberdade do cidadão, a pena é aplicada indiretamente, através do processo, ensejando-se a mais ampla defesa - art. 150 § 16, da

---

<sup>(61)</sup> BASILEU GARCIA, "Instituições de Direito Penal", ed. 1951, vol. I, tomo I, nº 60, pág. 197.

<sup>(62)</sup> ROBERTO LYRA FILHO, "Esquemas de Direito Processual Penal", pág. 55 e 57.

<sup>(63)</sup> BETTIOL, GIUSEPPE, obra citada, pág. 175.



Constituição do Brasil de 1967 <sup>(64)</sup>. Daí a convizinhança dos institutos, que, todavia, conservam individualidade.

A existência de crimes de ação privada neste capítulo não consigna nada de especial. Resultam do mesmo critério para a sua eleição, em outras hipóteses. Decorrem da opção de preferência decidida pelo Estado que, por motivo de política criminal, renuncia ao direito de perseguição de ofício, a fim de preservar a conservação de outro bem jurídico, reputado de maior valia em comparação com a punibilidade.

No Título dos Crimes contra a Família, a queixa foi contemplada nos seguintes casos:

- a) crime de Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236).
- b) crime de adultério (art. 240)

No primeiro caso será parte legítima para promover a ação o "contraente enganado" e no outro, o "cônjuge ofendido".

Nos demais crimes a ação é pública, abrangendo maior número de hipóteses.

A restrição às pessoas que poderão dar início ao processo, embora a lei não repita essa parcimônia em outras passagens, nenhum subsídio traz para a tese do professor italiano.

---

<sup>(64)</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Estudos" - "O Processo Penal Acusatório", pág. 23, sintetiza a diferença entre o sistema acusatório e o inquisitivo: "Os conceitos básicos do sistema acusatório são apenas os seguintes: a) separação entre os órgãos da acusação, defesa e julgamento, instaurando-se assim um processo de partes; b) liberdade de defesa e igualdade de posição das partes; c) a regra do contraditório; d) livre apresentação das provas pelas partes; e) regra do impulso processual autônomo, ou ativação inicial da causa pelos interessados.

"No sistema inquisitivo, ao contrário, são essas as regras capitais: a) concentração das funções processuais no órgão judiciário, de forma a tornar este o acusador principal e também juiz da própria acusação; b) restrição dos direitos da defesa, com o encargo ao juiz de suprir a atividade do réu, conforme o princípio de CARPSOVIO, de que judex supplere debet defensionem rei ex officio; c) supressão do contraditório; d) instrução judicial inquisitiva com atribuição ao juiz, de dever "de reunir, por sua própria atividade, o material do litígio"; e) impulso processual ex officio (Estudos de Direito Processual Penal, "O Processo Penal Acusatório", pág.23).



Observe-se, sob a rubrica "Dos Crimes Contra a Família" são redigidas quinze figuras delituosas. Em apenas dois casos, o Código Penal contempla aquela orientação, vale dizer constituem exceção que não definem o gênero.

Ademais, em se tratando de matéria processual, portanto alheia à substância dos delitos, é imprópria para retratar a espécie.

O consentimento do titular do bem jurídico, para que o agente pratique a ação - embora o Direito Penal seja ramo do Direito Público - exerce sensível influência no campo repressivo. Na legislação italiana, a matéria está contida no artigo 50 do respectivo código: "Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre". Entre nós, a Comissão Revisora do projeto Alcântara Machado, preferiu suprimir o art. 14, I: "Não será também punível aquele que praticar ação ou omissão: I- com o consentimento de quem possa validamente dispor do direito violado ou ameaçado".

JOSÉ FREDERICO MARQUES reputou desacertada a exclusão: "Não nos parece que a supressão em apreço se justifique. A superfluidade apontada é a mesma que outros entendem existir no tocante ao disposto no art. 19, nº III, do Código Penal, e nem por isso a Comissão Revisora omitiu o dever legal e o exercício regular de direito, no discriminar as causas legais de justificação" <sup>(65)</sup>

A referência expressa, realmente, seria de somenos. O consentimento exclui a tipicidade, visto o dissenso da vítima - em se tratando de bens jurídicos disponíveis - ser necessário para a caracterização do tipo. Por outro lado, a concordância será ineficaz relativamente às hipóteses de prevalência do interesse público, em vedar a conduta do agente.

Trata-se, pois, de assunto despiciendo para a obra legislativa. O trato no código teria, quando muito, a função de tornar a matéria explícita para os destinatários da norma, ou servir de "advertência para o juiz", como se referiu NELSON HUNGRIA, reproduzindo

---

<sup>(65)</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES, Obra citada, página 140.



pensamento de PAUL LOGOZ em relação ao Código Penal suíço, a respeito do "estrito cumprimento de dever legal, e do exercício regular do direito" <sup>(66)</sup>

A disponibilidade do bem jurídico é indagação preliminar que não pode ser olvidada pelo intérprete, a fim de pesquisar a antijuridicidade e a tipicidade. O tema é indissociável da "objetividade jurídica". O consentimento, quando válido, impede a constituição do ilícito penal, cujo resultado, normativamente concebido, se configura como o perigo, ou o dano ao objeto jurídico. Quando o titular, dele puder dispor, à vista de inexistência de delito sem resultado, não se corporificará o tipo. Estar-se-á face à hipótese de exercício regular do direito, cuja justificativa, por ser tal, afasta, ademais, a antijuridicidade, implícita em todas as infrações <sup>(67)</sup>

O assunto, portanto, não é próprio de uma categoria de ilícitos penais. É mais extenso. Relaciona-se com a tipicidade, instituto comum a todos os delitos, por força do princípio nullum crimen, nulla poena sine lege.

Além dos elementos essenciais da infração penal, podem ocorrer circunstâncias que, por não comporem a estrutura do delito - acompanhando-os ou não - recebem o nome de accidentalia delicti. Compreendem as qualificativas, causas especiais de aumento, ou diminuição da pena, as agravantes e atenuantes.

---

<sup>(66)</sup> NELSON HUNGRIA, "Comentários ao Código Penal", ed 1958, vol. I, tomo II, pág. 309.

<sup>(67)</sup> A jurisprudência italiana apreciou, várias vezes, o assunto. Merece ser trazida à colação. As deduções doutrinárias que não são válidas apenas para aquela legislação. "Il consenso dell'aveute diritto à causa oggetiva di esclusione della punibilità e, in genere, ha efficacia discriminante in tutti i casi in ordine ai quali la legge subordi na la punibilità del reato al fatto che il colpevole svolga una attività in contrasto con la volontà del titolare del bene giuridico attentato o offeso, ed anche in tutti i casi nei quali pur non facendo la legge espressa menzione del dissenso, vale ad escludere il carattere illecito del fatto il consenso di chi ha la disponibilità del bene" (Caas, 9 dicembre 1949, Marchese, Giur. Cass. Pen., 1949, II, pág. 1000, m. 4452). "Da tali reati vanno esclusi quelli che tutelano interessi di cui non è titolare l'individuo, quali i reati contro la personalità dello Stato, contro la pubblica amministrazione, contro l'amministrazione della Giustizia, contro la incolumità pubblica, contro la fede pubblica (Cass. 22 novembre 1939, Vetrano, Ann. Dir. Proc. Pen., 1941, pág. ... 278)" - ("Hasegna di Giurisprudenza sul CODICE PENALE", ed. 1953, Libro Primo, pág. 84).



Toda circunstância, por exercer a função específica de aumentar ou reduzir a pena cominada, ou imposta in concreto, visa a atingir perfeita individualização da sanctio iuris.

A hipótese referida por PISAPIA, por contemplar um caso de crime contra a Família, evidentemente, é inspirada em proteção ao núcleo familiar, contudo, isso ocorre com todas as atenuantes.

No Código Penal brasileiro, no Título VII, não se reproduz a disposição do congênere italiano.

A referida circunstância, como no Código da Itália, é relativa ao rapto. Ao contrário, entretanto, do diploma europeu que contempla a hipótese como atenuante,<sup>(68)</sup> o nosso subscreveu-a como causa especial de diminuição da pena, isto é, "É diminuída de um terço, a pena, se o rapto é para fim de casamento, e de metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitui à liberdade ou a coloca em lugar seguro à disposição da família".

Esse pormenor é encontrado em outras partes do Código. Na espécie, vimos, refere-se aos COSTUMES.

Nos crimes contra o PATRIMÔNIO, tendo-se em vista o objeto jurídico, a pena poderá ser aplicada conforme o disposto no art. 155 § 2º, "Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo" (art. 171, § 1º do Código Penal).

Divisa-se o mesmo espírito quanto à receptação: "No caso do § 1º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar

---

<sup>(68)</sup> Código Penal da Itália, art. 525: Circostanze attenuanti - Le pene stabilite nei tre articoli precedenti sono diminuite se il colpevole, prima della condonna, senza aver commesso alcun atto di libidine in danno della persona rapita, la restituisce spontaneamente in libertà, riconducendola alla casa donde la tolse o a quella della famiglia di lei, o collocandola in un altro luogo sicuro, a disposizione della famiglia stessa".



a pena. No caso de receptação dolosa cabe o disposto no § 2º do art. 155" (art. 180 § 3º, do Código Penal).

Esse pormenor, assim não distingue, em categoria própria, os crimes contra a Família.

As causas excludentes da criminalidade, isto é, os fatores que impedem o surgimento da infração penal, atuam em relação à antijuridicidade, ou à culpabilidade. Na primeira hipótese, reconhece-se a adaptação da conduta humana às exigências impostas pela ordem jurídica, enquanto na outra, à vista de condições anormais na formação da vontade, não se pode, razoavelmente, exigir-se comportamento diferente, ou, segundo os sectários das concepções psicológicas da culpabilidade, o agente não revela conduta dolosa, ou culposa <sup>(69)</sup>.

<sup>(69)</sup> O conceito de culpabilidade continua polêmico. A teoria finalística abriu novos horizontes, ampliando, concomitantemente a profunda dissensão doutrinária. A concepção psicológica concebe o instituto e se limita a considerar o liame subjetivo que une a vontade do agente à conduta ilícita, isto é, o dolo e a culpa, espécies da culpabilidade. VON LISZT, "Tratado de Derecho Penal", tradução de Luis Jiménez de Asúa, ed. 1927, tomo segundo, pág. 375/6, distingue a matéria, em sentido amplo, como "responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado", e, em sentido estrito, como "la relación subjetiva entre el acto y el autor". Em outro plano, a concepção normativa, concebe a culpabilidade como reprovabilidade, isto é, censura ao agir do sujeito ativo por não haver adaptado a conduta à tábua de valores consagrados pela ordem jurídica. Embora autores modernos subscrevam a idéia de VON LISZT, anteriormente, defendida por CARRARA - ANTOLISEI (ob. cit. pág. 241) e ROBERTO LYRA FILHO (Apostilas de aulas ministradas na UnB) - Este professor aceita a concepção normativa, entretanto, conclui que o Código Penal brasileiro consagrou a psicológica. - Os normativistas ampliam, entre nós, o número de sectários. JOSÉ FREDERICO MARQUES (Tratado, vol. 2, pág. 154), ANÍBAL BRUNO (ob. cit., vol. I, tomo II pág. 31), HELENO CLÁUDIO FRAGOSO ("Conduta Punível, ed. 1961, pág. 173), MAGALHÃES NORONHA, (Direito Penal, ed. 1963, vol. 12, pág.126), NELSON HUNGRIA (ob. cit., vol. I, tomo II, pág. 112), ODIN AMERICANO, (" Da Culpabilidade Normativa, in "Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria", ed. 1966, pág. 328/359). O aprofundamento dos estudos da concepção normativa precipitou a "doutrina da ação finalista". Enquanto ela considera a antijuridicidade uma relação de discordância entre a ação e o ordenamento jurídico, a culpabilidade é a reprovação do autor por não haver se absterido de cometer a ação ilícita, embora pudesse fazê-lo. HANS WELZEL ("El Nuevo Sistema del Derecho Penal", ed. 1964, pág. 80): "Culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad. El autor habría podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad antijurídica - tanto si esta se dirige a la realización dolosa del tipo, como si no aplica la dirección final mínima exigida - una resolución de voluntad conforme con la norma. Toda culpabilidad es, pues, culpabilidad de la voluntad".

MAURACH ("Tratado de Derecho Penal", ed. 1962, vol. I, pág. 174/5), na mesma seqüência, acrescenta: "Culpabilidad es reprochabilidad. Reprochabilidad. Representa un juicio de desvalor personal e individualizador sobre el autor en su situación concreta, y supone la capacidad personal para el actuar adecuado a la norma; son pues causas, de exclusión de la culpabilidad la inimputabilidad, la falta inevitable del conocimiento del injusto, y, en los hechos culposos, la personal inevitabilidad de la lesión del cuidado".



Essas considerações são válidas para todo o sistema do Código Penal brasileiro, como acontece na Itália. ANTOLISEI <sup>(70)</sup> esclarece: "Puesto que el delito consiste en la violación de un precepto del ordenamiento jurídico penal, su característica fundamental es el contraste u oposición con el Derecho. Esta contradicción es geralmente indicada con el término "antijuridicidad" y también con el de "ilicitud".

O mesmo raciocínio se aplica à exclusão do elemento subjetivo, uma vez que em nossa lei a responsabilidade penal repousa na responsabilidade moral, pressuposto acolhido pelo legislador nacional. "Sem o postulado da responsabilidade moral, o direito penal deixaria de ser uma disciplina de caráter ético para tornar-se mero instrumento de utilitarismo social ou de prepotência do Estado. Rejeitado o pressuposto da vontade livre, o código penal seria uma congérie de ilogismos" <sup>(71)</sup>.

Nesses termos, a temática das causas extintivas da criminalidade é comum a todos os crimes. A inexistência dos chamados elementos negativos da criminalidade deixa íntegros os elementos estruturais do delito. As justificativas e as dirimentes não são específicas de algum ilícito, no sentido de ser constatada uma construção especial dos institutos. A incidência de fator de exclusão de antijuridicidade, ou de culpabilidade, com exceção de casos específicos, torna o fato atípico, visto os respectivos conceitos, contemplados na Parte Geral, constituírem normas de extensão.

Em nosso Código, não se nega, o disposto no art. 235, § 2º, contempla caso de extinção de criminalidade: "Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime". <sup>(72)</sup>

---

<sup>(70)</sup> ANTOLISEI, "Manuale del Derecho Penal", ed.1960, pg. 142.

<sup>(71)</sup> Exposição de Motivos, nº 4.

<sup>(72)</sup> MAGALHÃES NORONHA ("Direito Penal", ed. 1964, vol.3, pág. 403): "Não se trata de extinção de punibilidade, mas de inexistência do delito, conforme diz a lei, conquanto nos pareça mais exata a expressão extinção do crime, como, aliás, se fala na Exposição de Motivos, pois, existente o segundo casamento, se o primeiro ou mesmo o segundo é anulado, não se pode dizer que não existiu o que de fato teve existência, mas sim que se extinguiu ou desapareceu o que existiu".



Essa hipótese não se renova em outra passagem do diploma legal<sup>(73)</sup>, entretanto, não pode ser eleita como idônea para situar os crimes contra a Família em categoria à parte.

Observe-se, inicialmente, o motivo que impulsionou o legislador foi o mesmo que o fez renunciar à aplicação da responsabilidade, em atenção a outros bens jurídicos.

A retroatividade benéfica da lei penal, foi inscrita, inclusive, na Constituição do Brasil: "A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu"<sup>(74)</sup>, e reafirmada no Código Penal: "Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória".<sup>(75)</sup>

Na hipótese da bigamia, o Estado renuncia ao ius puniendi para estimular a formação das famílias legítimas.

Essa marca, contudo, não é referente aos crimes contra a Família. Restringe-se à bigamia. É isolada. É imprópria para definir todos os ilícitos arrolados no Título VII.

Aliás, no Código Penal brasileiro, em nenhuma das classificações que secciona a Parte Especial contempla, para todos os ilícitos, nela incluídos, uma causa especial de extinção da criminalidade. Assim, formalmente, é inaceitável a conclusão do Prof. da Universidade de Modena. Também o é do ponto de vista substancial.

Os crimes próprios exigem a participação de pessoa que possua particular qualidade, ou condição pessoal. O peculato é exemplo sempre trazido à colação. Somente o funcionário público poderá apropriar-se "do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel

---

<sup>(73)</sup> Não se confunda a hipótese tratada na nota anterior com a extinção de punibilidade do peculato culposo, em que a reparação do dano extingue o direito do Estado impor a sanção cominada, se precede a sentença irrecorrível, ou reduz de metade a pena imposta, se lhe for posterior (art. 313, § 3º do Código Penal).

<sup>(74)</sup> Constituição do Brasil de 1967, art. 150, § 16.

<sup>(75)</sup> Código Penal, art. 2º.





público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio" (art. 312, do Código Penal).

Esse fenômeno é específico da tipicidade. Vale dizer, resulta do modelo legal que descreve a conduta delituosa. Várias figuras, é certo, apresentam essa característica, como os crimes de Bigamia (art. 235), Induzimento a erro essencial, ocultação de impedimento (art. 236), e Conhecimento prévio de impedimento" (art. 237). Tais crimes são praticados pelo contraente - a redação da lei é indubitosa: contrair casamento. Por outro lado, encontra-se crime de mão própria, como o Adultério (art. 240), ou ato intransferível, devendo o casado, pessoalmente, cometer a infidelidade conjugal.

Esses aspectos, contudo, se reproduzem em várias passagens do texto repressivo, não constituindo fenômeno isolado dos crimes contra a Família.

Ademais, encontram-se delitos que desprezam a referida exigências a Simulação de Autoridade para a celebração de casamento (art. 238) e Simulação de Casamento (artigo 239), para os quais qualquer pessoa, que satisfaça os requisitos para ser sujeito ativo será idónea para praticar essas infrações. Isso vem corroborar nossa afirmação, por quanto, nem todas as infrações contra a Família se revestem da peculiaridade apontada como apanágio dos ilícitos em exame.

Em terceiro lugar, as penas acessórias e as sanções civis nada trazem de específico; visam a reforçar a proteção dos bens jurídicos, ou a garantir a reparabilidade do dano. As penas acessórias se aplicam aos criminosos, cuja conduta, em contraste com a tábua de valores da sociedade, revelam especial insensibilidade moral do agente, tornando-o incompatível com o exercício de alguns direitos. "É correto, entre as interdições de direito estão contempladas "a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício da autoridade marital ou do pátrio poder" (art. 69, II) e "a incapacidade, permanente ou



temporária, para o exercício de tutela ou curatela" (idem, III). Acontece, entretanto, que por esse mesmo título, o condenado poderá sofrer "a perda de função pública, eletiva ou de função pública, eletiva ou de nomeação" (art. 67, I), a "a incapacidade temporária para a investidura em função pública" (art. 69, I), "a incapacidade temporária para a profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público" (idem, III) e "a suspensão dos direitos políticos" (idem, V).

O confronto entre as hipóteses transcritas denotam a incidência de penas acessórias que cobrem extensão mais ampla que o terreno dos crimes contra a Família. Aliás, bem observado, nota-se que o segundo campo engloba maior número de casos.

A ilicitude, contraste ao juridicamente permitido, não é fenômeno próprio do Direito Penal; manifesta-se em todos os ramos jurídicos. Ao lado do ilícito penal, encontramos o ilícito civil e o ilícito administrativo. Em sentido amplo, corresponde à infringência da norma que, por sua vez, expressa imperativo (de fazer, ou de não fazer). Da mesma forma que o homicida viola a determinação de "não matar", o pai desrespeita a ordem de "prestar alimentos", ou o funcionário público descuida do "respeito ao superior hierárquico". Ontologicamente, não há distinção entre essas hipóteses. Expressam o mesmo gênero, cujas espécies apenas apontam as áreas em que se manifestam. Em consequência, inexistente qualquer peculiaridade com relação aos crimes contra a Família.

As sanções civis, ademais, são disciplinadas de maneira geral. A Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967 repetiu a consagração da teoria do risco integral para fundamentar a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público "pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros" (art. 105) e o Código Civil, salvo as hipóteses da responsabilidade objetiva, como exemplificativamente acontece no artigo 1545, emitiu orientação geral, in verbis: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência,



ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".<sup>(76)</sup>

Assim, a sanção civil tem como pressuposto o dano. Deverá ser ressarcido, qualquer que seja a espécie da ação antijurídica que lhe deu causa; não é necessário que resulte de ilícito penal, e muito menos que este configure crime contra a Família.

A quarta característica também não denota nada de peculiar.

As normas de Direito Penal são de interpretação restrita. O nosso Direito Penal repousa em bases liberais e ainda conserva princípios dessa posição política, como o nullum crimen, nulla poena sine lege. Se a conduta não houver sido, previamente definida como infração penal, não poderá o agente sofrer sanções dessa natureza. Aliás, FEUER-BACH exprimiou o princípio na fórmula latina, sem desprezar o conteúdo político, contudo, pretendia conferir maior ênfase à explicação científica de sua posição a respeito da natureza jurídica da pena. Se a sanção visava a constituir elemento de prevenção geral e especial contra a criminalidade, para que ela pudesse ser útil e atuar efetivamente, o cidadão necessitaria de conhecer o que a lei lhe vedava fazer. Assim, o que não é proibido, é permitido em Direito Penal. Já se disse que em Direito Penal não há neutralidade. A ação é lícita, ou ilícita. Inexiste meio-termo.

Nessa linha de raciocínio, o poder punitivo, ou corretivo que se confere ao pátrio poder, não configurará nenhuma particularidade aos crimes contra a Família, O ius corrigendi é limitado. Extravazada determinada extensão, a ação do pater familias receberá censura, vale dizer, será antijurídica. É assunto, pois, relativo à antijuridicidade. O fato mencionado pelo professor italiano nada acrescenta, ou destoa do tema geral.

O comportamento do pai, aplicando castigos corporais ao filho, ou, a título de repreensão, cerceando-lhe o direito de locomoção, se exercido com intensidade que não cause

---

<sup>(76)</sup> Código Civil, art. 159.



reprovabilidade, não configurará o crime de lesões corporais, ou de constrangimento ilegal. Inexistindo a censurabilidade, incorre a antijuridicidade. Estar-se-á diante de uma excludente: "Não há crime quando o agente pratica o fato: III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito" (art. 19, do Código Penal)<sup>(77)</sup>

Como justificativa, o instituto é de aplicação ampla porque a ação delituosa deverá apresentar-se antijurídica. O poder punitivo, ou o ius corrigendi são espécies do gênero, e outras podem ser mencionadas, como exemplificativamente, no caso de "Violação de Segredo Profissional" (art. 154): "Revelar alguém, sem justa causa..." . E evidente, se houver justa causa, ou seja, motivo referendado pelo Direito, tal como a autonomia disciplinar exercida nos limites autorizados pelo ordenamento jurídico, não haverá infringência da norma, e, conseqüentemente, inexistirá crime.

A referência ao artigo 587 do Código Penal italiano não oferece nenhuma novidade.

ANTOLISEI, ao examinar a modalidade delituosa expõe: "La ratio dello speciale trattamento stabilito dal codice va ravvisata, come nella precedente figura criminosa nel perturbamento psichico dell'agente. Tale perturbamento, in questo caso, consiste in un particolare stato emotivo, e precisamente nello stato d'ira originato dall'offesa recata all'onore dell'agente o della sua famiglia. Due fatti che di regola costituiscono circostanze attenuanti, e cioè la provocazione ed i motivi di particolare valore morale e sociale (cfr. art. 62, n. 2 e n. 1), sono fusi dalla legge ed elevati al rango di elemento che caratterizza um'autonoma figura di omicidio".<sup>(78)</sup>

---

<sup>(77)</sup> O fim de correção e disciplina estabelece o limite da licitude do comportamento. Observa ANÍBAL BRUNO (ob. citada, vol. 42, pág. 264) que os excessos são necessariamente reprimidos, e, se põem em risco a saúde ou a vida da vítima, configuram o crime de maus tratos.

O artigo 136, do Código Penal, todavia, não é restrito ao pátrio poder, o que corrobora a afirmação da matéria não se limitar à disciplina familiar.

<sup>(78)</sup> ANTOLISEI, ob. cit., pág. 50/51.



O Código Penal brasileiro não repetiu esse dispositivo de seu modelo predileto. Não que deixasse de contemplar o assunto. Preferiu ser genérico a ser casuístico. Quando tratou do homicídio e da lesão corporal, albergou essa circunstância (art. 121, § 1º e art. 129, § 4º).

Em quinto lugar, PISAPIA reconhece - as questões prejudiciais não são exclusivas dos crimes contra a Família.

Realmente, assim é. RANIERI examina o tema de forma ampla como aliás, merece ser tratado, por não interessar apenas aos crimes contra a Família. "La disciplina della progiudizialità va riferita anch'essa all'unità del potere di giurisdizione. Questa importa che il giudice penale ha il potere di risolvere anche le varie questioni, penali ed extrapenali, che possono sorgere nel corso del processo del quale è investito, e la cui decisione è indispensabile per il giudizio, sebbene siano questioni di normale competenza di altro giudice. Ma questa regola ha le sue eccezioni. Sorge così il problema che si dice della pregiudizialità o delle questioni pregiudiziali.

"Si ha pregiudizialità quando la definizione di un procedimento penale dipende dalla definizione di altro procedimento penale (articolo 18), oppure quando la decisione sulla esistenza di un reato dipende dalla risoluzione di una controversia di diritto civile o amministrativo (art. 19, 20)"<sup>(79)</sup>.

O Código Penal da Itália, literalmente, alude a questões civis, penais, administrativas e disciplinares nos artigos 3º, 18, 19 e 20.

Embora tenha a legislação brasileira se valido da redação mais parcimoniosa - júízo civil (artigo 93, do Código de Processo Penal), seus comentadores interpretam-no como

---

<sup>(79)</sup> RANIERI, "Manuale di Diritto Processuale Penale", ed. 1965, pág. 105.



compreendendo qualquer matéria que se distinga da penal, para efeito do debate ser dirimido em outro juízo <sup>(80)</sup>.

O apanágio antevisto, portanto, também é impróprio para estabelecer a pretendida distinção.

Dever-se-á concluir, conseqüentemente, que as infrações contra a Família são crimes comuns. As particularidades que apresentam não os distinguem do gênero.

---

<sup>(80)</sup> EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", ed. 1959, vol. 2, pág. 239: "O nosso CÂNDIDO MENDES dá como uma das características das questões prejudiciais pertencerem, conquanto se refiram sempre ao processo criminal, a uma esfera de direito distinta da do direito penal (Código do processo penal para o Distrito Federal anotado, 1925, pág. 37).

"Se bem sejam referidas, geralmente, como questões cíveis, não quer dizer que as prejudiciais versem sempre sobre assunto de direito civil; podem ventilar matéria de direito privado não civil, como o comercial, o industrial, o aéreo, o marítimo, e, mesmo, matéria de direito público, como o constitucional, o administrativo, o corporativo, e, também, matéria de direito internacional privado".



CAPÍTULO IV  
A FAMÍLIA NO CÓDIGO PENAL



A palavra FAMÍLIA está expressa poucas vezes no Código Penal brasileiro. É o nomen iuris do Título VII da Parte Especial e referida também no art. 221 e 225, § 1º - 15. Essa parcimônia dificulta o entendimento da exata extensão do instituto. A fim de determiná-lo, é útil, previamente, consignar, tais referências do diploma repressivo, não esgotam o tema. Constituem, entretanto, o ponto de partida para a análise, embora a subclassificação do legislador possa ser reformulada para corresponder a pormenores. Em se atendendo ao objeto jurídico imediato, poder-se-á agrupar as infrações penais da seguinte forma:

- 1) Crimes contra o casamento (arts. 235 a 239).
- 2) Crimes contra a fidelidade conjugal (art. 240).
- 3) Crimes contra a relação de filiação (art. 241 e 242, 1ª parte).
- 4) Crimes contra os direitos inerentes à filiação (art.242, 2ª parte e 243).
- 5) Crimes contra a assistência familiar (art. 244 a 247).
- 6) Crimes contra o pátrio poder, tutela e curatela (art. 248 e 249).

Como se observa, reforça-se a constituição legal da família, impõe-se a fidelidade recíproca dos cônjuges, exige-se a autenticidade do registro civil dos descendentes, garantem-se os direitos inerentes ao estado civil, determina-se a assistência material e intelectual mútua entre os componentes da família e preservam-se as relações decorrentes do pátrio poder, tutela e curatela.

Esse quadro pode ser reduzido a dois grupos. O primeiro atende à constituição (item 1) e o segundo, mais extenso, compreende aspectos de preservação da família (itens 2 a 6).

Quanto à constituição, visou-se a impor a família monogâmica e a impedir a fraude na celebração do casamento. Com a preservação, almejou-se a manter a estabilidade da sociedade conjugal e ao cumprimento dos direitos e obrigações entre os componentes da





família. Nesse passo, a lei foi prolixa. Distingue situações e comina penas diversas. Aliás, o legislador preferiu estabelecer normas para disciplinar o comportamento das pessoas que formam a família, no sentido do Código Penal, a fixar regras gerais para proteger esse bem jurídico. É verdade, com esse critério não deixou de resguardá-lo, entretanto, para delimitar os extremos, faz-se mister o estudo de seus componentes.

Em outras passagens do Código Penal são feitas referências a institutos intimamente relacionados com o tema. "Ascendente, descendente, irmão, ou cônjuge" (art. 44, II, f). "Filho" (art. 123). "Recém nascido" (art. 134). "Parentesco legítimo, ou ilegítimo, civil, ou natural" (art. 181). "Cônjuge desquitado" (art. 182, I). "Tio ou sobrinho" (artigo 182, III). "Pai adotivo", padrasto" (art. 226, II). "Casado" (art. 226, III). "Marido" (art. 227 § 1º).

Apesar disso, inexistente definição de Família, ao contrário de outras hipóteses em que o legislador se apressou a indicar o sentido do instituto, como acontece, exemplificativamente, no artigo 327, que explicita o conceito de "Funcionário Público" para os efeitos da lei penal, no art. 150 a respeito de "casa", e no artigo 260, § 3º que exprime o entendimento de estrada de ferro.

Além da pesquisa do conteúdo, cumpre indagar se o conceito do instituto é uno, ou apresenta nuances conforme a localização em que se encontre no código repressivo. Ademais, o sentido penal coincidirá com o fixado na Constituição do Brasil e o consagrado pelo Código Civil? E, por derradeiro, o tema enseja interpretação progressiva?

Ressalte-se, mais uma vez, a matéria não se restringe ao Título VII. Em outras passagens do Código Penal, relações de família são consideradas e repercutem de forma relevante, contudo, consideradas de diversas maneiras, e ensejam efeitos diferentes.

O Código Penal, ao fazer referência à matéria distribuiu-a em vários institutos jurídicos, cuja discriminação é operada nos Quadros seguintes.



O Quadro I retrata as vezes que a palavra FAMÍLIA é utilizada no Código Penal. Os quadros seguintes discriminaram as referências dos institutos jurídicos relativos à família, segundo as objetividades jurídicas contempladas na Parte Especial do Código.

QUADRO I

REFERÊNCIA: Família

- A) OBJETIVIDADE JURÍDICA - TITULO VII.
- B) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA - Art.221.
- C) AÇÃO PENAL - Art. 225, §1º, I.



## QUADRO II

### A) OBJETIVIDADE JURÍDICA : FAMÍLIA

#### a) Essentialia delicti

a.1) Bigamia - Art. 235: "...casado..."

a.2) Bigamia - art. 235, § 1º: "...casado..."

a.3) Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento – Art. 236:  
"...contraente..."

a.4) Sonegação de Estado de filiação - art. 243: "...filho..."

a.5) Abandono material - Art. 244: "...cônjuge... filho...ascendente...descendente ou  
ascendente..."

a.6) Entrega de filho menor a pessoa inidônea - Art. 245: "...filho..."

a.7) Abandono intelectual - Art. 246: "...filho..."

a.8) Induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes - Art. 248:  
"...pai..."

#### b) Punibilidade

b.1) Subtração de Incapazes - Art. 249, § 1º: "...pai..."

#### c) Ação Penal

c.1) Adultério - Art. 240, § 2º; "...cônjuge..."

c.1.1) Idem - Art. 240, § 3º, I “...cônjuge...”

c.1.2) Idem - Art. 240, § 3º, II: "...cônjuge...”

c. 1.3) Idem - Art. 240, 4º, I: "...cônjuges..."



## QUADRO III

A) OBJETIVIDADE JURÍDICA: PESSOAa) Essentialia delicti.

a.1) Infanticídio - Art. 123: "...filho"

b) Accidentalia delicti

b.1) Abandono de Incapaz - Art. 133 § 3º, III "... ascendente, ou descendente, cônjuge, irmão, tutor e curados...."

b.2) Seqüestro e Cárcere privado - Art. 148, § 1º, I "...ascendente, descendente ou cônjuge...".



QUADRO IV

A) OBJETIVIDADE JURÍDICA: PATRIMÔNIO

a) Essentialia delicti.

a.1) Furto de Coisa comum - Art. 156: "...co-herdeiro..."

b) Accidentalia delicti

b. 1) Apropriação Indébita: - Art. 168, § 1º, II: "...tutor , curador..."

c) Punibilidade

c.1) Art. 181, nº I: "...cônjuge..."

c.2) Art. 181, nº II: "...ascendente, descendente..."

c.3) Art. 182, nº I: "...cônjuge..."

c.4) Art. 182, nº II: "...irmão..."

c.5) Art. 182, nº III: "...tio, sobrinho..."



QUADRO V

OBJETIVIDADE JURÍDICA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

a) Punibilidade: Favorecimento Pessoal - Art. 348: "...ascendente, descendente, cônjuge ou irmão...".



QUADRO VI

A) OBJETIVIDADE JURÍDICA: COSTUMES

a) Accidentalía delicti.

a.1) Art. 226, II: "...ascendente, pai, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador..."

a.2) Art. 226, III: "...casado..."

a.3) Art. 227, § 1º: "...ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador..."

a.4) Art. 228, § 1º: art. 227, § 1º

a.5) Art. 230, § 1º: art. 227, § 1º

a.6) Art. 231, § 1º: art. 227, § 1º

b) Ação Penal

b.1) Art. 225, § 1º, I: "...pais..."

b.2) Art. 225, § 1º, II: "...pátrio poder...padrasto, tutor ou curador..."



QUADRO VI

A) OBJETIVIDADE JURÍDICA: COSTUMES

a) Accidentalía delicti.

a.1) Art. 226, II: "...ascendente, pai, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador..."

a.2) Art. 226, III: "...casado..."

a.3) Art. 227, § 1º: "...ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador..."

a.4) Art. 228, § 1º; art. 227, § 1º

á.5) Art. 230, § 1º; art. 227, § 1º

a.6) Art. 231, § 1º: art. 227, § 1º

b) Ação Penal

b.1) Art. 225, § 1º, I: "...pais..."

b.2) Art. 225, § 1º, II: "...pátrio poder...padrasto, tutor ou curador".





A objetividade jurídica assume relevância especial em pesquisa dogmática, notadamente na legislação brasileira que a escolheu como ponto de partida para a classificação das infrações penais. <sup>(81)</sup> Esse dado é imprescindível para extrair-se dimensão exata e significado verdadeiro da lei .

Não se pune o "matar alguém" em atenção à vida de A, B, ou C, mas visando a proteger a PESSOA, visto o homicídio constituir perigo para a segurança coletiva, e a vida humana ser juridicamente amparada. O objeto jurídico, dessa forma, é "inconfundível com o objeto material, pessoa, ou coisa sobre a qual incide a ação delituosa.

O "bem, entendido como algo que exprime utilidade, e o interesse, a respectiva apreciação subjetiva repercutem na ordem jurídica. Essa conclusão, contudo, não implica adquirirem, só por isso, relevância jurídico-penal.

A antijuridicidade, preocupa o Direito Penal, em faixa mais estreita que a disciplinada por outros setores do Direito.

A antijuridicidade, em Direito Penal, exerce especial importância.

---

<sup>(81)</sup> EDGARDO MORENO ("Derecho Penal", Parte especial, ed. 1955, pág. 6/10, chama a atenção para a importância do bem jurídico como elemento de interpretação da lei, e consigna a seguinte observação: "Mientras el Derecho Penal garantizador - o liberal - otorga al bien un valor superlativo, el Derecho Penal Fascista quiso restarle valor y el Derecho Penal Nacional-Socialista se lo negó totalmente; es una actitud consecuente, ya que en un derecho penal con ansias hipertróficas lo natural es aprehender conductas no previstas y, por tanto, la referencia al bien jurídico estorca, al imponer una restricción".

Atualmente as infrações penais são agrupadas segundo o bem jurídico protegido, embora em algumas passagens, não seja fácil a sua constatação, ou, pelo menos, ressaltar o que prevalece, como ocorre com os chamados crimes pluriofensivos. O critério preferido, nem sempre foi adotado. Na Idade Média, inexistia uma sistematização. Em Roma, era divisada a mesma situação. Atendia-se somente ao caráter das respectivas ações. Em 1618, FARINACCIO adota o critério da ordenação alfabética, começando com a letra "a" de aborto para terminar com "u" de usura. Mais tarde, GROCIO estabelece classificação apoiada no Decálogo. PUFFENDORF, no século XVII, estabelece a referência do titular e do bem jurídico defendido. Contemporaneamente, BECCARIA distingue as infrações contra os direitos que a sociedade reconhece ao indivíduo, e, por fim, as que consistem apenas numa atitude de rebeldia diante da norma.

No Brasil, desde o Código Penal do Império, foi adotado o critério do bem jurídico amparado, embora a sistematização da matéria apresenta modificações. Assim, nesse diploma, a Parte Especial, ao contrário do consagrado na lei de 1940, principia com os crimes contra o Estado.



O tema está longe de situar-se em terreno tranquilo. De qualquer forma, é ponderável no fenômeno da criminalidade, visto, in concreto, a infração penal ser ação típica, antijurídica e culpável que projeta um resultado juridicamente relevante .<sup>(82)</sup>

A antijuridicidade pressupõe juízo em torno da oposição existente entre a conduta humana e a norma penal, com exclusão de qualquer valoração de índole subjetiva, pelo que, revela caráter objetivo<sup>(83)</sup>.

A constatação do referido constraste divide os autores. Alguns raciocinam com dados exclusivamente jurídicos<sup>(84)</sup>, enquanto outros acrescentam elementos de matéria diversa, como MAX ERNEST MAYER, cuja remissão às normas de cultura implica investigação sociológica).<sup>(85)</sup>

---

<sup>(82)</sup> O emprego da palavra resultado merece esclarecimento . Na doutrina, autores há que preferem distinguir as expressões resultado e evento. ORFEO CECCHI ("L' evento nel reato" , ed. 1951, pág. 27) conceitua o segundo como a parte do resultado que lesa, ou ameaça o bem, ou interesse principal tutelado pela norma jurídico-penal. O resultado (ou efeito), por seu turno é o complexo de consequências físicas, psíquicas, econômicas, sociais e jurídicas que derivam de uma conduta. De fato, para a caracterização de um ilícito penal, não são relevantes todos os efeitos físicos do comportamento delituoso. A sedução, por exemplo, pode ocasionar uma série de consequências, paralelamente à descrita no artigo 217 do Código Penal. O abalo de crédito moral da ofendida. A gravidez. O suicídio da vítima ante a recusa do agente contrair o prometido matrimônio.

A diferenciação não preocupa todos os escritores. JOSÉ FREDERICO MARQUES ("Tratado", vol. 22, pág. 55/63) emprega indiferentemente os dois vocábulos.

A Exposição de Motivos (nº 13) ressaltou que o "resultado" designa o dano efetivo ou potencial do bem ou interesse protegido.

A indicação de "resultado juridicamente relevante" deixa induvidosa a idéia manifestada, porquanto considera somente o efeito típico.

<sup>(83)</sup> CUELLO CALÓN, "Derecho Penal", ed.1961, pág. 309.

<sup>(84)</sup> BELING, NAGLER, na Alemanha. SOLER (ob.cit., pág. 348/351) expressa-se, na Argentina, com as seguintes palavras: "Pêro, más que esas discrepancias, nos interesa en esta materia apartar y rechazar las doctrinas en las cuales el concepto de antijuridicidade está henchido de contenidos sociologicos, prejurídicos e metajurídicos, hasta llegar a justificar las acciones conforme a un pretendido derecho supragal. (...) De este tipo de concepciones se deriva, pues, la afirmación de la existência de un derecho supralegal, que en vano se esfuerzan sus partidarios en sostener como legítimo, defendiéndolo como critério no extra, supra o metajurídico, pues no se basaría en los fines trascendentes, sino inmanentes al derecho. Esa posición que pretende ser expresión de idealismo jurídico, frente al positivismo que se imputa como reproche principalmente a KELSEN, no ha contestado, sin embargo, ni las críticas de KELSEN ni los reparos de BELING".

<sup>(85)</sup> Além da "Kultur widrigkeit", de M.E.MAYER, na mesma linha de pensamento, VON LISZT, com o seu "Gesellschaftswidrigkeit" explica que a antijuridicidade material é a conduta contrária aos fins da ordem jurídica. ASÚA ("La ley y el delito", pág. 348) - conclui que a essência da antijuridicidade é encontrada na ordem dos direito subjetivos ( FEUER-BACH), nos interesses (IHERING), nos bens jurídicos(LISZT), nas normas jurídicas primárias (BINDING), ou nas de cultura (MAYER e, SAUER)



Daí se extrai a ilação de não ser bastante o perigo, ou dano à objetividade jurídica para configurar a infração penal, ainda que o resultado se subsuma à descrição legal. Impõe-se, além disso, a caracterização da ilicitude, vinco fundamental do delito.

O tipo é mero indício de antijuridicidade <sup>(86)</sup>. O legislador ao definir a fattispecie legale labora juízo de valor, opta entre as várias possíveis ações, e, afinal, estabelece o rol das condutas juridico-penalmente vedadas. As conclusões desse juízo de valor são condicionadas a fatores existentes à época em que é elaborado. Variam no correr do tempo. Dessa forma, pode acontecer que o modelo legal se envelheça e não haja acompanhado os reclamos da sociedade, ficando em oposição aos imperativos do bem comum.

Em virtude disso, embora o texto legal seja o mesmo, um fato pode ser recriminado hoje, e amanhã receber o beneplácito dos cidadãos, dependendo de satisfazer, ou não os fins perseguidos pela sociedade. <sup>(87)</sup>

As sanções penais são as mais graves do ordenamento jurídico, variando desde a multa até a pena de morte. Com tal característica são reservadas para as hipóteses em que outras seriam insuficientes para alcançar o escopo do Direito: a disciplina social. Esta ilação -

---

<sup>(86)</sup> A teoria da ação finalista confere especial importância à antijuridicidade. Para essa doutrina, a ação não é um processo meramente causal, mas final. A antijuridicidade não é apenas o desvalor do resultado; compreende também a censura da ação. WELZEL (ob. cit., pág. 47) conceitua o instituto como juízo desvalorativo, menoscabo dos valores socialmente consagrados. Por isso diz tratar-se de um "juízo, desvalorativo" da conduta típica. Adverte que a respectiva referência não é a do indivíduo (nem mesmo do juiz), mas do ordenamento jurídico. O autor traça distinção entre a antijuridicidade e o injusto. A primeira é uma relação, o segundo, algo substancial. O injusto é a conduta antijurídica o esbulho possessório, o furto, a tentativa de homicídio. A antijuridicidade é uma qualidade dessas formas de conduta - a contradição com o ordenamento jurídico. O Código Penal Soviético, expressamente, distingue a antijuridicidade da tipicidade. Art. 7º: "(...) Não se considera crime a ação ou omissão que, embora formalmente se ajuste às previsões da legislação repressiva, pelo mínimo de seu elemento penal, não constitui perigo social".

<sup>(87)</sup> A interferência interdisciplinar de que fala ROBERTO LYRA FILHO ("Perspectivas Atuais da Criminologia", ed. 1967, pág. 129/148) manifesta-se constantemente no Direito Penal. O crime de Ato obsceno (art. 233) é exemplo frisante. Absorve a moralidade em todos seus aspectos. Aceitar, ou repelir o vestuário feminino é questão de tempo e lugar. O Código Penal, nesse particular, entretanto, está sempre atualizado, apesar da inconstância da mulher no vestir. Isso se explica porque a ordem jurídica não é conceito de pureza legalista. É sensível às exigências sociais. O pudor público não prescinde dos usos e costumes de determinado povo.



advirta-se- não significa aval à concepção do Direito Penal como disciplina meramente sancionatória.

Essa afirmação não acarreta a separação dos vários setores do mundo jurídico. O mesmo fato enseja multiplicidade de tratamento, conforme a área do Direito que por ele se interessar, em virtude de incidência de normas voltadas para fins diferentes <sup>(88)</sup>.

A diversidade de sanções denuncia exigências não coincidentes, que, por sua vez, decorrem dos interesses juridicamente amparados. Não só por isso, contudo. Outros fatores se agregam para ser alcançada a individualização da pena, conforme exigência do art. 150, § 13, da Constituição do Brasil.

De qualquer forma, à vista da sistemática de nosso Código Penal, a objetividade jurídica influi decisivamente na interpretação da lei. “A ofensa a um bem jurídico não esgota o conteúdo do desvalor existente na conduta delituosa. Punível não é a violação do bem jurídico como tal, mas determinada ação ou omissão que a lei penal incrimina. E se tal conduta causa um resultado de dano ou perigo a um bem jurídico, é certo que o desvalor da conduta, que o legislador considera ao efetuar a incriminação do fato,

---

<sup>(88)</sup> CARLOS MAXIMILIANO, "Hermetica e Aplicação do Direito", ed. 1951, pág. 362, reproduzindo pensamento de EMÍLIO CALDARA ("Interpretazione delle Leggi") e de FRANCESCO DEGNI ("L'interpretazione della Legge"), sublinha: "Preceito preliminar e fundamental da Hermetica é o que manda definir, de modo preciso, o caráter especial da norma e a matéria de que é objeto, e indicar o ramo do Direito a que a mesma pertence, visto variarem o critério de interpretação e as regras aplicáveis em geral, conforme a espécie jurídica de que se trata. A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo; além dos princípios gerais observáveis a respeito de quaisquer normas, há outros especiais, exigidos pela natureza das regras jurídicas, variável conforme a fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas, e as categorias diversas de relações que disciplinam." ARTURO ROCCO confere a ênfase necessária: "Il diritto penale, como il diritto in genere, è manifestazione della volontà collettiva dello Stato per mezzo degli organi a ciò destinati (organi del potere legislativo). Ogni volontà presuppone uno "scopo" per cui la volontà si determina. Il diritto penale, quindi, como tutto il diritto in quanto è manifestazione di volontà diretta ad uno "scopo", ha natura teleologica o finale. (...) Esso consiste nell'assicurare le condizioni di esistenza della società, nel garantire le condizioni fondamentali e indispensabile della vita in comune (così detta giustizia) (...) Ma la vita degli uomini in società è convivenza ed è cooperazione. Dal fatto della convivenza e della cooperazione umana sociale, nascono per necessità rapporti di vita fra gli uomini, fra individuo e famiglia, fra individuo e società, fra individuo e Stato, fra Stato e Stato e via dicendo".



relaciona-se com vários outros fatores de grande relevância, e por vezes mais importantes do que a simples causação do evento <sup>(89)</sup>.”

Para a interpretação da lei, todavia, o objeto jurídico constitui elemento capital. A simples colocação topográfica do tipo é decisiva. O Código Penal define o crime de Exploração de Prestígio, nos artigos 332 e 357. Ambas as hipóteses muito se aproximam. Punem o agente que se arrogue influente e capaz de definir a conduta do funcionário público, juiz, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete, ou testemunhas.

A pesquisa da objetividade jurídica será decisiva para a subsunção do comportamento humano à descrição legal, conforme se destine a prejudicar a Administração em Geral, ou a Administração da Justiça.

A ofensa à integridade física, ou à saúde de uma pessoa pode dar margem a sanções penal e civil, por constituir crime e ocasionar prejuízo moral ou material à vítima. No primeiro caso ocorre indisponibilidade do bem jurídico ao passo que no segundo o particular poderá deixar de exercer o direito de postular perdas e danos.

O Estado, em virtude do princípio da inderrogabilidade da pena <sup>(90)</sup>, sujeito passivo que é de todos os crimes, visto ser ferido o interesse da manutenção da ordem pública, não consulta a vítima no sentido de receber o consentimento para a propositura da ação penal, e age ainda contra a vontade do ofendido. O mesmo, contudo, não acontece com a reparação dos danos, porquanto, na espécie, somente o patrimônio do particular foi prejudicado.

O Direito Penal, reunião, das normas repressivas, revelador da maior severidade do Estado, justifica essa distinção. Os bens jurídicos por ele amparados foram

---

<sup>(89)</sup> Heleno Cláudio Fragoso, "Revista Forense", vol. 189.

<sup>(90)</sup> Como observa ANTOLISEI (ob. cit., pág. 516) esse princípio está recebendo notáveis abrandamentos mediante os institutos do livramento condicional, da suspensão condicional da pena e do perdão judicial.



eleitos porque necessários à existência da sociedade e, portanto, colocados acima do interesse de cada um, para servir a todos, ou seja tornaram-se indisponíveis.

Essa conclusão não impede que o titular do bem jurídico possa influir na configuração jurídica dos "pressupostos e conseqüências" do Direito Penal. A coisa abandonada não pode ser objeto material dos crimes de furto, e apropriação indébita bem como a perseguibilidade não fica prejudicada quando se trata de ação privada, porque esses casos encontram também seus limites no interesse público.

A incidência da lei penal é mais parcimoniosa do que as congêneres. Ademais, o respectivo tratamento é independente. O esbulho possessório, como ilícito civil, não se confunde com o conceito inserto na lei penal. No Direito Privado, esse instituto é definido simplesmente como usurpação da posse, através de meios pacíficos, ou violentos, entretanto, o Código Penal, consoante o disposto no artigo 161, distingue a invasão violenta ("com violência a pessoa, ou grave ameaça") e a invasão pacífica ("mediante concurso de mais de duas pessoas").

Dessa forma, é penalmente irrelevante, se não existir o número de agentes consignado (invasão pacífica)- exigência inexistente no Código Civil. O legislador reputou bastante, na hipótese, o exercício dos interditos possessórios, ou a compensação de perdas e danos, e somente solicitou subsídios ao Direito Penal em caso mais grave.

Essa diversidade denuncia imperativos diferentes, que, por seu turno, decorrem de interesses a serem preservados, o que explica também as subdivisões da dogmática jurídica.

De outro lado, a conduta punida no Direito Penal, nem sempre já o foi no Direito Privado, ou em outro ramo do Direito Público. ANTOLISEI cita, com esteio na



legislação italiana, a blasfêmia, o uso de linguagem obscena em lugar público e maus tratos de animais <sup>(91)</sup>.

Com o pensamento dirigido para nossa lei, a mendicância (art. 60), a importunação ofensiva ao pudor (art. 61), a embriaguez (art. 62), infrações capituladas na lei das Contravenções Penais, servem de ilustração.

Essa explicação deixa patente, mais uma vez, que as normas de Direito Penal são autônomas, embora entrelaçadas, sem necessitar de, formalmente, atender para o modo encarado por outros setores jurídicos.

Urge ter sempre presente essa observação para alcançar o fim perseguido pelo Direito Penal. Somente com essa crítica, estar-se-á apto a explicar o conteúdo de suas leis. O "espírito" da norma é marco de referência obrigatória. GRISPIGNI, enfaticamente, realça esse pormenor: "Dada tal naturaleza de las normas resulta que la tarea de las disciplinas que se proponen como objeto de estudio a dichas normas, consiste en llegar a conocer, del modo más profundo y sistemático, cuál es con precisión el contenido de las normas mismas, determinando el alcance del deber establecido en ellas, las condiciones que lo hacen nacer o extinguirse, los límites de espacio y de tiempo de su validez, precisando los sujetos respecto a los cuales ese deber ha sido establecido y agregando las consecuencias que deben seguir en caso de su inobservância"<sup>(92)</sup>.

O papel do Direito Penal como componente do sistema de proteção social, em virtude de suas sanções, é recurso de última instância, e chamado para tomar posição nos grandes problemas sociais que repercutem no âmbito jurídico. Manifesta-se sempre no imperativo. Autoriza, ou proíbe para corresponder aos anseios da coletividade. Refere-se a algo. ASÚA ressalta: "A nuestro entender, la Dogmática jurídica: nón puede quedar desnuda

---

<sup>(91)</sup> ANTOLISEI, ob. cit., pág.

<sup>(92)</sup> GRISPIGNI, "Derecho Penal Italiano", ed., pág. 6.



de finalidad y nuestro Derecho penal tiene carácter finalista. En efecto, el Derecho, puesto que se ocupa de conductas, no puede menos de tener un fin".<sup>(93)</sup>

Essa finalidade, na sistemática do Código Penal, constitui amparo da objetividade jurídica, em cujo rol a FAMÍLIA ocupa posição de relevo.

### Objetividade Jurídica "FAMÍLIA"

A extração do conceito de Família, como objetividade jurídica, em Direito Penal, impõe prévia investigação dos contornos jurídico-penais da relação de parentesco.

A situação da matéria, no Código Civil, não oferece dúvidas, visto haver sido disciplinada expressamente, conforme o disposto no artigo 330 a 336, de cujas normas se conclui que o parentesco é o liame que une duas, ou mais pessoas na relação de ascendentes e descendentes (linha reta), ou que provêm de um só tronco, sem descenderem uma da outra, até o sexto grau (linha colateral, ou transversal).

O parentesco será legítimo, ou ilegítimo, se proceder, ou não do casamento; natural, ou civil, conforme resultar da consanguinidade, ou adoção (art. 332).

Os cônjuges não são parentes, visto, entre eles, carecer o pressuposto legal do instituto jurídico.

É de importância consignar ainda que os descendentes recebem tratamento jurídico diferente, consoante a categoria a que pertencem, isto é, legítimos, ou ilegítimos, e entre estes, os naturais, incestuosos e adulterinos. Tanto assim, que os naturais podem ser legitimados e são, em tudo, equiparados aos legítimos (art. 352) e os ilegítimos reconhecidos

---

<sup>(93)</sup> ASÚA, Ob. cit., pág. 18/19.





pelos pais, conjunta, ou separadamente (art. 355), salvo os incestuosos e adúlteros (art. 358), além de outros efeitos, irrelevantes para o fim deste trabalho.

O Código Penal, ao contrário da prolixidade do Código Civil, embora, como vimos, em inúmeras passagens focalize a matéria, dela não cuida sistematicamente.

Observe-se, a lei repressiva, em todas as oportunidades em que se refere à Família, ou às relações dela decorrentes, utiliza vocábulos próprios do Código Civil. Isso, todavia, não é óbice a que se expresse, no Direito Penal, sentido especial, necessário e coerente com a teleologia do Código Penal. <sup>(94)</sup>

Não se olvide que a interpretação meramente gramatical é ilusória. O estudo da lei apenas sob o aspecto literal será incompleto. É, sem dúvida, o caminho inicial. Para conhecer o texto legislativo, a primeira preocupação é o contacto com a redação. Isolada, entretanto, se mostra incapaz de desvendar o respectivo conteúdo.

Evite-se a afoiteza de, em matéria penal, raciocinar-se com orientação ministrada pelo Direito Civil <sup>(95)</sup>.

Essa posição seria condenável, por colocar, no mesmo nível, todos os setores do campo jurídico. Cada um apresenta nuances próprias, decorrentes de complexidade de fatores que condicionam o perfil de um ângulo jurídico. O Direito reflete conquistas

---

<sup>(94)</sup> KARL ENGISCH, ao estudar o parentesco reconhece distinção entre o Código Civil e o Código Penal da Alemanha . "O pai ilegítimo e o filho ilegítimo não são parentes no sentido da lei. E para maior exatidão ainda deveria dizer-se: no sentido do Código Civil. Pois - coisa surpreendente - no sentido ou para os efeitos do Código Penal, o pai legítimo é parente do filho ilegítimo. (...) Assim, para nos servirmos da expressão de PASCAL atrás referida, parece que não é só um meridiano que decide sobre a verdade no domínio da justiça, pois que - para levar o "gracejo" ao extremo - as linhas divisórias atravessam mesmo uma única ordem jurídica."

(KARL ENGISCH, "Introdução ao Pensamento Jurídico", ed.1964, pág. 13/14).

<sup>(95)</sup> HANS WELZEL (ob. cit., pág. 48) confere relevância a esse particular: "Mientras que la antijuridicidad, como mera contradicción entre la realización del tipo y las exigências del Derecho, es la misma para todos los sectores del ordenamento jurídico, en cada uno de ellos hay diversos tipos (materias de prohibición). Así, por ejemplo, la perturbación arbitraria de la posesión es una materia de prohibición en el Derecho civil (art. 858 del Código civil), pero no en el Derecho penal.(...) La tentativa de delito, en cambio, es sin duda, una materia de prohibición penal, pero no una materia de prohibición civil".



históricas<sup>(96)</sup>. A transformação de um ramo não implica modificações paralelas em outros. O Direito, como produto histórico, é dinâmico e mutável, no sentido de acompanhar os anseios da coletividade, dos quais, o legislador deve ser intérprete. O impacto das referidas transformações, muitas vezes, se limita a aspecto de uma área jurídica, como aconteceu com o Direito Civil, a respeito da locação de serviços. A atual concepção do contrato de trabalho precipitou novos quadrantes. A predominância de normas cogentes inadnrite o regido por institutos privatísticos. Hoje, está situado no Direito Bíblico, constituindo minoria as vozes que o conservam no Direito Privado.

Essas explicações ressaltam a delicadeza do tema. Urge, por isso, à vista de inexistência de definições, elaborar interpretação cuidadosa da lei, empresa que impõe cautela, visto, antes de tudo, requerer atenção às características do Direito Penal. O assunto merece ser ressaltado, porém não será enfrentado, exaustivamente nesta oportunidade, sob pena de desvio da matéria em foco.

É indispensável, contudo, fixar as linhas fundamentais, para justificar as conclusões.

O Direito Penal focaliza os institutos de forma diferente do Direito Civil, mesmo em se tratando da Família, cujas normas por serem impositivas - daí decorrendo a

---

<sup>(96)</sup> A Ciência do Direito situa-se entre as ciências normativas. Não se preocupa com o ser. Volta-se para o dever ser. Dessa forma, o comportamento exigido ao homem varia conforme as exigências impostas pela sociedade no correr do tempo. Essa mutabilidade não o desmerece. Ao inverso. Revela toda sua grandeza. Revitaliza dia a dia o texto legal, permitindo que atravesse os anos sem necessidade de substituição.

A punibilidade, por exemplo, - visto a coercibilidade ser característica da norma jurídica - sempre foi preocupação dos juristas. A pena e a sua aplicação, entretanto - examinadas através da História do Direito Penal - revelam matizes diferentes, consoante as exigências predominantes nas várias épocas.

As idéias e instituições penais constituem superestruturas condicionadas por diversos fatores.

A vingança divina, a vingança privada e a vingança pública revelaram expressão cultural das quadras em que se situaram.

O período humanitário representou reação ao esquema vigente no fim do século XVIII. As reivindicações políticas, próprias do liberalismo, precipitaram novas posições, de que BECCARIA se tornou o mais divulgado precursor.

Assim, o Direito, dogmaticamente encarado, é mutável como todo fato histórico.



indisponibilidade - localizam-se no Direito Público, apesar de contidas em diploma de Direito Privado.

A perspectiva do Direito Penal é diversa do Direito Civil.

O Código Civil visou, antes de tudo, à proteção da família legítima, cuja legislação, posteriormente, foi abrandada para alcançar também a família natural, isto é, a que não decorre do casamento civil. Persistem, no entanto, profundas restrições aos filhos incestuosos e adúlteros.

O Código Penal, por seu turno, expressamente, não traça nenhuma limitação. Tê-lo-ia feito implicitamente?

A resposta não é simples. Ademais, impõe interpretação sistemática e teleológica, e, antes disso, a observação de como o legislador penal encarou o fenômeno.

Em parte, na Itália, a solução é mais cômoda, à vista dos artigos 307<sup>(97)</sup> e 540<sup>(98)</sup> do Código Penal. O primeiro definiu o entendimento de parentes próximos para os efeitos da lei penal. O segundo deixou expresso para o mesmo fim: "quando a relação de parentesco é considerada como elemento constitutivo ou circunstância agravante, ou atenuante, ou como causa de não punibilidade, a filiação ilegítima é equiparada à filiação legítima".

VANINI, ao examinar o Título XI (Crimes contra a Família) não focaliza a matéria<sup>(99)</sup>.

RANIERI, ao comentar os crimes contra a Família, não se detém em considerações nesse aspecto, limitando-se, com remissão ao artigo 540, ao estudar o crime definido no artigo 570, a declarar que a filiação legítima é equiparada à ilegítima<sup>(100)</sup>.

---

<sup>(97)</sup> Código Penal da Itália, art. 307.

<sup>(98)</sup> Código Penal da Itália, art. 540.

<sup>(99)</sup> VANNINI, "Manuale de Diritto Penale Italiano", ed. 1951, pág. 247/266.

<sup>(100)</sup> RANIERI, "Manuale di Diritto Penale", ed. 1952, vol. III, pág. 164.



ANTOLISEI, porém, confere atenção ao tema, e afirma que tais dispositivos têm valor interpretativo de caráter geral. Encontra aplicação sempre que em normas substantivas, ou processuais penais, falar-se de parentes próximos e de relações de filiação, e acrescenta que essa equiparação não faz distinção entre prole reconhecida, ou não reconhecida, reconhecível, ou não reconhecível <sup>(101)</sup>.

O Código Penal brasileiro de 1940 inaugurou o Título dos Crimes contra a Família. Esse pormenor é valioso. Denota a preocupação de situar o assunto em lugar de importância, o que, aliás, está expresso na Exposição de Motivos, nº 79. A reprodução das palavras de IONESCO DOLY, proferidas na "Semana Internacional de Direito", (Paris, 1937) entreabrindo a posição da Comissão Revisora do Projeto Alcântara Machado, explica o destino da incriminação: “A instituição essencial que é a família atravessa atualmente uma crise bastante grave. Daí, a firme, embora recente tendência, no sentido de uma intervenção do legislador, para substituir as sanções civis reconhecidamente ineficazes, por sanções penais contra a violação dos deveres jurídicos de assistência que a consciência jurídica universal considera como assento básico do status familiae”.

Os Códigos anteriores, é certo, definiram infrações penais referentes às relações de família, entretanto, sem o relevo do texto vigente. Pormenor que denuncia especial interesse do legislador, cujo particular soube expressar na lei - e o que é significativo -, pretendeu ressaltar a importância do instituto.

Esse fato leva a concluir que o vigor conferido à matéria deve refletir a concepção atual do assunto, para o que o Código Civil não serve de paradigma, visto ter sido elaborado em quadra história diferente da quarta década do século atual.

---

<sup>(101)</sup> ANTOLISEI, ob. cit., pág. 321/322.



O penalista não pode ater-se ao clima civilista, sob pena de, alheando-se ao espírito do Direito Penal, extrair ilações inspiradas em condicionantes que não lhe são próprios.

A lei civil define a família como ente jurídico. A lei penal volta-se para o núcleo social a que se dá esse nome.

O conceito jurídico-penal entremostra cunho sociológico, isto é, identifica-se com a comunidade formada pela união do homem e da mulher. É ampla.<sup>(102)</sup> CLOVIS BEVILAQUA, "Direito de Família", ed. 1908, pág. 4: "A esses factores biológicos se vêm alliar outros de natureza sociológica. É sua indicação é fácil de apresentar a quem não pretende descer a uma analyse minuciosa. A família primitiva e vacillante, inconsistente, não toma um character fixo e dissolve-se em pouco tempo, ligada que se acha somente pelas energias biológicas. Mas a disciplina social, pouco a pouco, intervem, pela religião, pelos costumes, pelo direito, e a sociedade domestica vae-se, proporcionalmente, affeiçoando por moldes mais seguros, mais definiveis e mais resistentes. Somente depois dessa elaboração é que alguns escriptores querem que exista a familia, que assim seria um producto serodio da vida social".

O Direito Penal preocupa-se somente com os bens indispensáveis ao Estado na consecução de seus fins. Estes não são constantes no tempo e no espaço. Variam conforme os factores que impulsionam o ordenamento jurídico; estes, por sua vez, são diversos, quais sejam: o político, o religioso, o econômico e outros. O que hoje é relevante pode deixar de o ser amanhã, assim como é viável o fenômeno inverso. No Brasil, à época das Ordenações Filipinas, o marido que consentisse o adultério da mulher, era passível do uso da capela de chifres. Atualmente, essa complacência não é ilícito penal como também é cada vez menor a recriminação social relativa à infidelidade conjugal. Aliás, esse desinteresse acentua-se

---

<sup>(102)</sup> CLOVIS BEVILAQUA, "Direito de Família", ed. 1908, pág. 4.



constantemente no tempo, como se constata através da suavização das respectivas sanções, extremamente severas na Idade Média e brandas nas legislações modernas. A Exposição de Motivos justificou a inclusão do fato no rol dos delitos, numa posição de auto-defesa, em face das críticas que, efetivamente, foram lançadas: "O projeto mantém a incriminação do adultério que passa, porém, a figurar entre os crimes contra a família, na subclasse dos crimes contra o casamento. Não há razão convincente para que se deixe tal fato à margem da lei penal. É incontestável que o adultério ofende um indeclinável interesse de Ordem Social, qual seja o que diz com a organização ético-jurídica da vida familiar" <sup>(103)</sup>

A família, reunião de pessoas que formam, na sociedade, agrupamento menor, decorrente, via de regra, da união do homem e da mulher e das pessoas que a eles se unem pelo vínculo de sangue, constitui, atualmente, uma das principais atenções dos governos. A preservação da comunidade doméstica, por isso, elevou-se à classe de bem jurídico indisponível. <sup>(104)</sup>

Consigne-se, ao contrário do Código Civil, o Código Penal não estabeleceu limite de parentesco para definição da família. Se nessa área, o círculo familiar se encerra no parentesco de sexto grau, no terreno penal, isso não acontece. O parentesco aqui é considerado em três, isto é, enquanto útil à proteção da família, como bem jurídico, discriminado, pelo Código Penal, em quatro subcategorias: crimes contra o casamento, estado de filiação, assistência familiar e pátrio poder, tutela e curatela.

Oportunamente, será demonstrado, em face desse escopo, o conceito dos institutos pertinentes ao tema, revelam plasticidade, a fim de se amoldarem à cada hipótese.

---

<sup>(103)</sup> Exposição de Motivos, nº 77.

<sup>(104)</sup> CLÓVIS BEVILÁQUA, ob. cit., pág. 7/8; "Constituída a família pela associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos affectivos e pelo principio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito, é fácil de ver que se torna ella potente foco onde irradiam multiplas relações, direitos e deveres que é preciso conhecer e firmar. É um círculo dentro o qual se agitam e se movem acções e reacções estimuladas por sentimentos e interesses especiaes que lhe emprestam uma feição sufficientemente caracterizada, para exigirem uma classe a parte, na distribuição das matérias do direito privado".



O Direito Penal absorveu do Direito Civil figuras jurídicas relativas à Família, entretanto, lhes conferiu efeitos específicos. Em desaparecendo o interesse buscado (preservação do grupo familiar), cessa a relevância penal, ainda que o fato envolva relação de família expressa no tipo.

PISAPIA repele afirmação de RICCIO (La Bigamia, ed. 1934, pág. 99 e seguintes.), sob o fundamento de não encontrar suporte na lei, todavia, a opinião criticada espelha fielmente a realidade, e fornece subsídio para o nosso ponto de vista: "ponendo a raffronto il conceto giuridico di famiglia dato dalla legislazione civile e quello fissato dal codice penale, noi troviamo che essi sono differenti giacchè dalla legislazione civile la famiglia sarebbe considerata sotto l'aspetto giuridico, indipendentemente dal fatto materiale della coabitazione o della convivenza mentre nel diritto penale fulcro del concetto di famiglia à precisamente la coabitazione e la convivenza" <sup>(105)</sup>

A objetividade jurídica não pode ser esquecida pelo intérprete. Desprezá-la, corresponde a ponderar os meios e omitir o fim. Por outro lado, identificar o objeto jurídico, eleito pelo Direito Civil, com o consagrado no Direito Penal é unificar a duplicidade. Eles confluem apenas como tábuas de comportamento do homem, visto ser a ratio do Direito. Isoladamente, porém, são autônomos. Revelam características que lhes conferem individualidade. Ademais, na espécie, será impróprio argüir o suposto caráter sancionatório do Direito Penal, pela simples razão de traduzirem exigências inconfundíveis.

BETTIOL chega a sustentar diferença ontológica entre o preceito civil e o penal porque o primeiro tem por fim salvaguardar interesse privado, enquanto o penal se dirige a tutelar interesse geral, ou melhor, um valor social. <sup>(106)</sup>

---

<sup>(105)</sup> PISAPIA, ob. cit., pág. 85.

<sup>(106)</sup> BETTIOL, ob. cit., pág. 71/72.



O Direito Penal, por referir-se diretamente à sociedade e indiretamente ao indivíduo, garante a Família para a sociedade. O Direito Civil, em virtude de referir-se diretamente ao indivíduo e indiretamente à sociedade, garante a Família para o indivíduo. É fácil concluir que as ilações, embora em tema comum, nem sempre coincidem nos dois campos.

O Estado estimula a existência de núcleos sociais que não se lhe opõem; conseqüentemente, a família, modalidade desses agrupamentos humanos, recebe socorro, tanto assim que "A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência" (art. 167, § 4º, da Constituição do Brasil, de 1967), sem discriminação da origem, o que é atestado por inúmeras leis ordinárias de amparo à instituição,<sup>(107)</sup> e <sup>(108)</sup> e nesse sentido é também a orientação da jurisprudência, notadamente do Supremo Tribunal Federal.

A Carta Magna, embora o caput do artigo 167 disponha - "A Família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos" - não restringe a conclusão. O silêncio da lei, só por isso, não significa proibição.

A Constituição pátria não forneceu conceito de Família. Limitou-se a indicar a maneira de formação - o casamento - e concedeu-lhe proteção. Assim, sublinhou apenas um ângulo do problema. Contemplou, ademais, a família natural, não resultante de justas núpcias. O artigo 167 § 4º é de grande amplitude. Observe-se, a inclusão desse dispositivo como simples parágrafo, caracteriza erro técnico. O acessório não é mais amplo que o principal.

---

<sup>(107)</sup> ORLANDO GOMES, ob. cit., pág. 33: "Sob todos esses aspectos, verifica-se o interesse do Estado moderno de legitimar as uniões estáveis, provenham, ou não, de matrimônio.

"Importa menos o ato solene de constituição da família do que a vontade contínua de manter os vínculos afetivos que sustentam a perduração do grupo familiar."

<sup>(108)</sup> ARNOLD WALD, "A Família e a técnica no direito brasileiro" REV. Forense, vol. 194/54: "Conforme já se afirmou, o concubinato em si não é nem moral nem imoral, tudo dependendo das circunstâncias peculiares de cada caso concreto; a relevância que o direito do trabalho e a providência social têm dado ao concubinato não significa explica que o direito civil continue ignorando os seus efeitos jurídicos, devendo ser admitido como gerador de direitos sempre que não entre em choque direito com a família legítima constituída e vigente, ou seja, só se devendo negar efeitos ao concubinato quando se mantém paralelamente com a sociedade conjugal, mas reconhecendo-o como instituto merecedor da proteção jurídica quando, sendo os cônjuges separados ou desquitados, tentam com seriedade reconstituir um lar digno". (Trabalho apresentado nas "Primeiras Jornadas Latino Americanas de Derecho Privado", Buenos Aires).





À primeira vista, dá a entender que a assistência à maternidade, infância e adolescência se restringe às decorrentes da família "constituída pelo casamento", conforme reza a cabeça do artigo. Investigação teleológica entretanto, situa o intérprete em posição mais ampla e humana. O Título IV, da Constituição - DA FAMÍLIA, DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA compõe um dos marcos de envergadura do sentido social caracterizador da Carta Política.

O referido amparo melhor ficaria se constasse de um artigo, com o que, explicitamente, melhor revelaria o seu alcance. Dentro do contexto e dos princípios que regem o Estado, sob o ângulo de assistência social, é imperioso, contudo, extrair interpretação ampla para excluir qualquer restrição. A preocupação desse auxílio conquistou prestígio internacional. A Declaração Universal dos Direitos do Homem é clara. "Art. 16.3 - A família é o grupo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

"Art. 25.2 - A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social".<sup>(109)</sup>

Os comentadores do Código Penal brasileiro não estabeleceram paralelo entre os conceitos em exame.

MAGALHÃES NORONHA louva a posição do Código de 1940, contudo, não demorou no tema.<sup>(110)</sup>

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO faz a seguinte afirmação: "Considera a lei penal a família como atualmente existe na civilização cristã ocidental, fundada no casamento monogâmico. A proteção penal se exerce em relação à sociedade conjugal (com a

---

<sup>(109)</sup> Resolução III da Sessão ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas (10 de dezembro de 1948).

<sup>(110)</sup> MAGALHÃES NORONHA, "Direito Penal", ed. 1964, pág. 398/400.



incriminação da bigamia e do adultério), tem como em relação à sociedade parental (com os crimes contra o estado de filiação e assistência familiar)" <sup>(111)</sup>

O festejado autor, nos escólios, ao artigo 244 do diploma repressivo, explica e bem o fez a amplitude do instituto, ao afirmar que os filhos naturais podem ser sujeito passivo do crime de Abandono Material (ob. cit. pág. 596).

Nesse passo, MAGALHÃES NORONHA explicita: "Pode ainda o crime dar-se com relação ao filho. Não distingue a lei e, conseqüentemente, compreende tanto o legítimo como o natural, o adotivo, ou o espúrio (Cód, Civil, art.405)" <sup>(112)</sup>

ROMÃO CORTES DE LACERDA expõe textualmente: "No crime dos pais é preciso ter em conta, sempre, o estarem constituídos na obrigação alimentar: são credores os filhos legítimos, os naturais reconhecidos, os adotivos (Código Civil, arts. 336, 376, 379 e 384). Os espúrios, isto é, os incestuosos e adulteranos, também o serão se a filiação resultar provada por algum dos meios estabelecidos no art. 405 do Código Civil (ainda que não ocorra, quanto aos adulterinos, a hipótese do art. 1º da lei nº 883, de 1949). Os oriundos de casamento nulo serão igualmente credores (Código Civil, art. 405)." <sup>(113)</sup>

Essa conclusão é de grande interesse. Torna patente que a lei penal enfrenta o instituto de forma mais ampla que a congênere civil. E o que é mais importante! - confirma haver conferido preferência ao conceito sociológico, e não ao acolhido no Código Civil.

SABATINI é categórico: "Qualsiasi interesse umano individuale o collettivo, sia che trovi già disciplina in altri rami del diritto, sia che la tragga originariamente dal diritto penale, può formare oggetto della tutela apprestata da questa branca del diritto pubblico, secondo lo scopo che il legislatore si propone di raggiungere, in un determinato tempo e

---

<sup>(111)</sup> HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "Lições de Direito Penal", ed. 1959, pág. 550

<sup>(112)</sup> MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., pág. 440

<sup>(113)</sup> ROMÃO CORTES DE LACERDA, "Comentários ao Código Penal", ed. 1955, pág. 431/2.



luogo, e secondo lo ragioni di necessità e di utilità pratica, avvisato dalla politica criminale e cho suggeriscono il mezzo idoneo al raggiungimento dello scopo” .<sup>(114)</sup>

Não se divise empecilho, para sustentar a conclusão exposta, na ilicitude especial encerrada no artigo 244, do Código Penal: sem justa causa.

O ordenamento jurídico, embora os conceitos dos diversos ramos, nem sempre coincidam, não apresenta contradição. A antijuridicidade é uma só. O permitido em qualquer setor não pode ser vedado em Direito Penal. Não se atire, porém, o dardo longe demais. Essa harmonia não impede colorações distintas dos institutos.

BENTO DE FARIA comenta o artigo da lei: "Sujeito passivo - pode ser: b) o pai em relação ao filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, pouco importando se trate de filiação legítima, natural ou mesmo espúria, quando provada segundo o disposto no artigo 405 do Código Civil" .<sup>(115)</sup>

A codificação, nessa passagem, foi ampliada pela Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949. Ela condicionava o direito à percepção dos alimentos à prova resultante de "sentença irrecurável, não provocada pelo filho" ou à "confissão, ou declaração escrita do pai", reconhecendo a paternidade. A lei posterior conferiu o direito de ação "para que se declare filiação", dissolvida a sociedade conjugal (art. 1º), e, no artigo 4º, dispõe: "Para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderá acionar o pai em segredo de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo".

Assim, para o exercício do direito de ação, visando à investigação de paternidade, há o pressuposto da dissolução da sociedade conjugal, contudo, nenhum foi imposto para pleitear, em juízo, a prestação alimentícia, havendo sido fixada, apenas, por cautela, a não publicidade do processo.

---

<sup>(114)</sup> SABATINI, "La contravvenzione", pág. 9.

<sup>(115)</sup> BENTO DE FARIA, ob. cit. vol. VI, pág. 174.



A possibilidade jurídica do pedido é condição para o exercício do direito de ação. Atualmente, o filho adulterino, ou incestuoso pode - provocar a manifestação do Judiciário, antes de desconstituída a sociedade conjugal do progenitor. O nascimento, como fato jurídico, impõe aos pais a obrigação de prestar alimentos aos filhos de qualquer origem, e correspondentemente, o direito de serem exigidos pelo descendente.

Não se confunda, porém, existência da obrigação com o seu reconhecimento judicial. Nesses termos, o ascendente que se recuse a dar assistência material ao filho ilegítimo, sem justa causa, estará faltando ao ônus legal, podendo, por isso, ser sujeito ativo do crime do artigo 244. "Ainda com relação às pessoas com direito a alimentos, cumpre mencionar os filhos espúrios, expressamente contemplados pelo art. 404 do Código Civil. Uma vez que o espúrio consiga satisfatoriamente demonstrar a existência da suposta paternidade, quer por sentença irrecorrível não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escrita do pai, terá direito aos alimentos. Pode não ter ele direito ao reconhecimento da filiação, mas, no tocante aos alimentos, inegável sua qualidade para reclamá-los judicialmente, desde que disponha de elementos para em juízo comprovar a paternidade atribuída ao alimentante. "Com mais forte razão, sob pena de perpetrar-se intolerável injustiça, terá direito aos alimentos filho simplesmente natural e a acolhida de seu pedido não depende de prévio reconhecimento da parte do pai".<sup>(116)</sup>

Ainda que haja sentença com trânsito em julgado, proclamando o direito à percepção dos alimentos, antes de dissolvida a sociedade conjugal, o alimentando, em sendo espúrio, não ingressa na família civil, à vista do obstáculo intransponível do artigo 358: " Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos". Ela continua circunscrita ao sexto grau!

---

<sup>(116)</sup> WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ob. cit. , pág. 300.



A lei penal incidirá antes mesmo da referida decisão judicial (a investigação de paternidade poderá constituir questão prejudicial). A família, grupo social, porquanto não é subsidiária da lei civil, e suas normas têm por fim o amparo dos filhos, indiscriminadamente. Qualquer comunidade doméstica tem o beneplácito do Estado!

O art. 244 refere-se ainda a cônjuge, ascendente e descendente. As considerações expostas são aplicáveis a essas categorias jurídicas.

O nomem iuris "Assistência Familiar" é mais amplo do que "Casamento", instituto que encima o capítulo I. Da distinção, deduzem-se conseqüências. Nesse ponto, é enfocado outro aspecto do status familiae, recomendando socorro recíproco aos que participam da Família, como instituição. Assim, é irrelevante serem legítimos os ascendentes, ou descendentes. Compreendem-se também os naturais e, eventualmente, dispensa-se o vínculo sanguinis<sup>(117)</sup>.

A respeito de cônjuge, retornaremos ao tema, ao último capítulo, ocasião em que será justificado entendimento do vocábulo.

#### Casamento

As subclassificações do Título VII do Código Penal exprimem importância para a exegese, a fim de serem demarcados os ângulos da matéria, representados pelos respectivos capítulos.

Os delitos definidos no Capítulo I, embora sob o nomen iuris "Dos crimes contra o Casamento" - e disso decorrem efeitos jurídicos - percuscientemente examinados, mereceriam compor subcategorias distintas, embora correlatas.

Os artigos 235 (Bigamia), 236 (Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento), 237 (Conhecimento prévio de impedimento), 238 (Simulação de autoridade

---

<sup>(117)</sup> MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., vol. 3, pág. 437 e seguintes. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "Lições", vol.3, pág. 591 e seguintes. ROMÃO CORTES DE LACERDA, ob. citada, pág. 409, e seguintes. BENTO DE FARIA, ob. cit., vol. pág.



para celebração de casamento) e 239 (Simulação de Casamento) estão intimamente ligados ao conceito civilista de Família, que se esteia na monogamia e visam a assegurar a formação do vínculo matrimonial isento de vícios.

O artigo 240 (Adultério), situado no mesmo capítulo, revela características que melhor o localizariam se a objetividade jurídica fosse enriquecida com outra subespécie - Crime contra a Fidelidade conjugal. A mesma crítica foi formulada por PISAPIA em relação ao Código da Itália; "Designamo con tale espressione il diritto corrispondente al dovere di fedeltà coniugale, sancito nell'art. 143 cod. civ. In tale nostra formulazione è implícita la critica alla sistemazione data alla materia dal nostro codice, che anche su questo punto è impropria e tecnicamente errata. Il codice vigente considera infatti l'adulterio come un "delitto contro il matrimonio" (secondo la rubrica dal capoprime del Titolo XI): ma il matrimonio non può considerarsi come oggetto giuridico del delitto in esame, nè degli altri delitti compresi nello stesso capo, giacchè in tal modo non si porrebbe in rilievo che la tutela è posta a favore di uno dei coniugi e proprio con ro le azioni commesse dall'altro coniuge".<sup>(118)</sup>

A bigamia ofende o casamento monogâmico,<sup>(119)</sup> entretanto, o mesmo não acontece com o adultério, cujo ilícito coloca em risco apenas a sociedade conjugal. A jurisprudência italiana ressaltou a respectiva objetividade jurídica.<sup>(120)</sup>"(1) Oggetto della tutela penale, nel delitto di adultério, e l'interesse dello stato alla saldezza del vincolo matrimoniale. Specificamente, la norma penale è volta a proteggere il diritto dei marito alla fedeltà della moglie, la quale viene meno al dovere correlativo, rendendosi infedele, non soltanto nei casi di congiunzione carnale con persona diversa dal coniuge, ma anche quando essa abbandoni il

---

<sup>(118)</sup> PISAPIA, ob. cit. pág. 528/529, nota de rodapé nº 3.

<sup>(119)</sup> A posição do Código Penal está em sintonia com a Constituição do Brasil (art. 157).

<sup>(120)</sup> RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL CODICE PENALE, ed. Giuffrè, 1953, Libro secondo, titoli VIII-XIII e Libro terzo, pag. 101.



proprio corpo al correo per compiere semplici atti di libidine (Cass. 4 gennaio 1937, P.M. c. Perazzo ed altri, Giust. pen. 1937, II, 1046 e Scuola pos. 1938, 14)".

"(3) L'elemento soggettivo del reato consiste nella coscienza e volontà di infrangere il dovere giuridico della fedeltà coniugale (Cass. 16 dicembre 1949, Camuto, Giust. pen. 1950, II, 414, 277)".

Em nossa legislação, o adultério enseja somente o desquite (art. 317, I, do Código Civil). Não rompe o vínculo matrimonial.

Os parágrafos 2º a 4º, do artigo 240 tornam incontestes que essa infração se relaciona diretamente com a fidelidade conjugal.

O exame da legitimidade para a propositura da ação penal, e o perdão judicial entremostram a afirmação.

A convivência dos cônjuges é o fim almejado, o que explica não poder a ação ser intentada "pelo cônjuge desquitado", e ao juiz ser lícito deixar de aplicar a pena "se havia cessado a vida em comum dos cônjuges". Além disso, o ingresso em juízo é vedado ao "cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente". Esta terceira hipótese realça a conclusão. O cônjuge que contribui para o adultério, ou seja indiferente à infidelidade do consorte não confere ao fato a importância que, normalmente, se lhe empresta. Por via de consequência, inexistente pois o risco que a lei procurou evitar: o desmoronamento da sociedade conjugal. Esse pormenor explica porque algumas legislações - entre nós, até ao Código atual - disciplinam diferentemente o adultério da mulher e do marido. "Puede admitirse que desde un punto jurídico meramente abstrato no exista diferencia entre la infidelidad de la esposa y la infidelidad del marido, aunque también a los fines del derecho privado sea muy conocida y aceptada por muchos canonistas la doctrina de DECIO, de que la ley civil que inhabilita a los hijos adulterinos para suceder debe interpretarse en el sentido de



que se refiere a los adúlteros ex parte matris y no los adúlteros ex parte patris. Pero para ver si una violación del derecho puede ser declarada delito por el legislador, no basta comprobar que el derecho existe y que fué violado en daño de aquel a quien le correspondía, ni que la violación fué hecha con mal ánimo (...) Resulta indudable que desde el punto de vista de los derechos pertenecientes a un cónyuge sobre el cuerpo del otro cónyuge, la sociedad conyugal se asienta en el principio absoluto de la igualdad. Pero, que significa esto? Se engañan los que por la demostración de este principio creen poder deducir la proposición de que el adulterio debe considerarse delito lo mismo en el marido que en la esposa, porque tanto el uno como el otro tienen igual derecho a la fidelidad conyugal. (...) Ahora bien, se de la infidelidad de la esposa deriva un daño muy superior al que emerge de la infidelidad del marido, la diferencia entre un caso y otro resulta positiva, y esa diferencia nace de la naturaleza inalterable de las cosas y no del arbitrio o prepotencia del sexo fuerte".<sup>(121)</sup>

O legislador, aliás, tomou posição doutrinária, cuja divergência fora sentida na Itália. MAGGIORE é categórico: "La ley penal ampara el matrimonio monogámico en su unidad e indisolubilidad, al castigar el adulterio y la bigamia"<sup>(122)</sup> MANZINI, referido por PISAPIA, afirma que o objeto da tutela penal, em relação ao adultério, é o interesse do Estado de garantir a ordem jurídica familiar, mais precisamente, a ordem jurídica matrimonial<sup>(123)</sup>. FRISOLI, considerando que a infidelidade conjugal é idônea para provocar a separação do casal, o que implica em alteração das relações pessoais entre os cônjuges, sustenta que o bem jurídico, na espécie, é o "status" conjugal.<sup>(124)</sup>

De qualquer forma, legem habemus. A situação do tipo, no texto impõe consequências. Por ora, preocupou-nos somente a fixação da objetividade jurídica.

<sup>(121)</sup> CARRARA, "Programa del Curso de Derecho Criminal", ed. 1946, vol. III - Parte Especial - § 1.873, pág. 250/252.

<sup>(122)</sup> MAGGIORE, "Derecho Penal"- Parte Especial, ed.1955, vol. IV, pág. 173.

<sup>(123)</sup> PISAPIA, ob. cit. pág. 522.

<sup>(124)</sup> PISAPIA, ob. cit. pág. 522.





## Estado de Filiação

A família, como instituição, entrelaça pessoas através de recíprocos direitos e obrigações, cuja obediência interessa ao Estado. Entre essas relações sobressai o status de família, ou seja, o liame jurídico decorrente da patria potestas.

O registro civil das pessoas naturais é imperativo legal (Decreto n° 4.857, de 9 de novembro de 1939). O seu desvirtuamento constitui crime contra o estado de filiação, o que acontece com a "inscrição de nascimento inexistente (art. 241), "dar parto alheio como próprio; ocultar recém-nascido, ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil" (art. 242), e "deixar em asilo de expostos ou outra instituição de assistência filho próprio ou alheio, ocultando-lhe a filiação ou atribuindo-lhe outra, com o fim de prejudicar direito inerente ao estado civil" (art. 243).

O objeto jurídico será ofendido com o registro fictício (art. 241), a alteração, ou ocultação da filiação (art. 242 e 243), com o que é alterado o estado civil.

Não há distinguir entre filiação legítima, ilegítima ou natural. Delas decorrem efeitos que afetam a ordem pública e o interesse patrimonial. Uma vez possível o reconhecimento (excetuam-se os filhos incestuosos e adulterinos), deverá ser declarado fielmente ao Oficial, para ser conservado o status familiae complexo de direitos disciplinado." em outros setores, notadamente pelo Direito Civil, adquiridos pelo só fato da pessoa haver nascido.

ANTOLISEI <sup>(125)</sup>, expressamente, esclarece que a filiação é tanto a legítima como a natural, opinião, entre nós, sufragada por ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA "São as

---

<sup>(125)</sup> ANTOLISEI, ob. cit., pág. 342.



ações dolosas pelas quais o agente procura destruir o liame, todo de ordem jurídica, que prende cada indivíduo a uma família determinada, seja legítima ou ilegítima"<sup>(126)</sup>.

### Pátrio Poder, Tutela e Curatela

O último capítulo do Título VII esclarece outra faceta do conceito de Família. Mais uma vez, é demonstrado, a colocação do vocábulo no contexto é de suma importância, por vinculá-lo ao fim perseguido pela norma.

No artigo 248 e no § 1º do artigo 249, encontra-se a palavra pai, entretanto, não exprime a mesma idéia.

O crime de "Induzimento afuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes" exterioriza conceito mais vasto.

O pátrio poder, a tutela e curatela se destinam a amparar os incapazes para exprimir manifestação de vontade, até que atinjam a plenitude de entendimento. É indiscutível, a proteção dessas pessoas repercute na coesão da família, como fora reconhecido pelos romanos, que impuseram a matéria rigidamente. Esses institutos têm a disciplina central no Código Civil (artigos 379 a 395 e 406 a 458). O Direito Penal os absorveu.

O tutor e o curador nada apresentam de especial. Nesse ponto, a lei repressiva revitaliza a coercibilidade, embora, como foi explicado, o escopo da norma penal seja inconfundível com a de Direito Civil.

Em se tratando de pai, todavia, impõe-se interpretação extensiva para incluir ao lado dos progenitores (sentido natural), qualquer pessoa que tenha a guarda e vigilância do incapaz, dirigindo-lhe a criação e educação, ainda que não seja "em virtude de lei ou de ordem

---

<sup>(126)</sup> ROMÃO CORTES DE LACERDA, ob. cit., pág. 386.



judicial" (art. 248). Em outros termos, engloba os indivíduos que, de fato, ou de direito, cuidam das referidas pessoas, incluindo, é evidente, a mãe.

Neste aspecto, mais uma vez, o conceito civilista é envolvido, posto interessar o núcleo social que se estabelece pela convivência e coabitação, sem que repouse no casamento.

Na outra passagem o significado de pai não tem essa extensão, contudo, não se restringe aos contornos traçados pelo Direito Civil. Coloca-se em posição de meio termo.

O § 1º, do art. 249 refere-se ao fato do agente haver sido "destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, curatela ou guarda", hipóteses em que, alguém fica privado de exercer os direitos decorrentes desses institutos. A destituição, ou a inibição temporária pressupõem ônus imposto legalmente. Na espécie, resulta do pátrio poder. Aliás, o motivo do artigo de lei consignar a hipótese é explicado para deixar expresso que o fato do agente ser o pai do menor não constituía eximente. Se o vocábulo abrangesse estranhos não se justificaria essa restrição.

O tutor e o curador exercem encargo reputado necessário à proteção da Família da mesma forma que o Titular do pátrio poder.

Em virtude disso tais pessoas estão incluídas no círculo familiar, o que corrobora a assertiva de que a matéria, em Direito Penal, apresenta coloridos especiais, podendo repousar também na convivência e coabitação.

Isso, todavia, não implica estabelecer parentesco entre o tutor e o pupilo e o curador e o interdito, tema, aliás, que não preocupa a lei penal, em virtude de suas normas e princípios terem motivação diferente do Direito Civil.

Ante o exposto, a objetividade jurídica FAMÍLIA revela conceito próprio, sintetizado da seguinte forma: envolve, em toda a extensão, a concepção ministrada pelo



Direito Civil, ampliando-a para compreender que por convivência e coabitação formem a respectiva instituição.

## Capítulo II

### CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA

O significado do vocábulo Família, no Código Penal, como foi registrado, não é uno. Impõe-se, por isso, especial atenção sempre que for interpretado.

A hipótese de diminuição de pena contida no artigo 222 é exemplo frisante.

A exposição exige fixar, preliminarmente, o entendimento do crime de rapto, de que ela é circunstância.

Nas legislações, a colocação do ilícito sob a objetividade jurídica "Costumes", como acontece no Brasil, não é tranqüila. Trata-se de crime pluriofensivo. Ofende a liberdade individual, o pudor público e o pátrio-poder. Em virtude dessa característica, a figura delituosa foi situada no Título VI, fazendo distinção entre rapto violento, ou mediante fraude, e o rapto consensual, além de ser consignada possibilidade de redução da sanctio iuris.

O elemento material traduz ação de deslocamento da vítima no espaço, ou retenção da mulher honesta, contra a sua vontade (violência, grave ameaça), mediante o consenso viciado (fraude), para fim libidinoso, salvo a hipótese do artigo 220 que compõe o ilícito com o consentimento, de forma a ferir os citados objetos jurídicos. <sup>(127)</sup>

---

<sup>(127)</sup> Não é pacífico o debate a respeito do momento consumativo do crime de rapto. NELSON HUNGRIA, ob. cit., vol. VIII, pág. 220, explana: "O rapto consuma-se com a subtração, isto é, desde que a vítima, removida ou retida, é tirada à sua esfera de proteção legal e incide sob o poder do agente. No caso de abductio, não é necessário que o agente conduza a vítima eo loco quo destinaverat : é suficiente que alcance a disponibilidade da raptada, retirando-a ao seu âmbito normal de vida. Sem este resultado de fato, o que poderá ocorrer é a simples tentativa." Outros autores estabelecem distinção entre abductio e retentio. MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., vol. 33, pág. 24-5/ 253, examina longamente o assunto, para concluir: "Raptar portanto, em português, não significa reter, e rapto não equivale a retenção". Acrescenta em abono da tese opinião de JOÃO VIEIRA; "Os nossos códigos esqueceram a retenção, de modo que, verificado o fato do rapto por esta forma, ele deixará de ser punível, salvo como estupro, adultério, etc., se for o caso".

O Código Penal da Itália, expressamente, compreende as duas ações: "Art. 522 - Chiunque, con violenza minaccia o inganno, sottrae o ritiene, per fine di matrimonio..." O art. 523 obedece a mesma orientação: "Chiunque, con violenza, minaccia o inganno, sottrae o ritiene, per fine di libidine...".



A objetividade jurídica, no ponto que toca o interesse de família, de que o pátrio-poder é um aspecto, não é a proteção da comunidade doméstica, pelo menos imediatamente, como acontece no Título VII. A teleologia conduz o intérprete a rumo especial. Ressaltando esse pormenor, antes de mais nada, é sintomática a colocação da figura delituosa no contexto do código. Outro valor recebeu a preferência de preservação. Em posição de preeminência, situam-se os Costumes, por força do dolo específico de satisfação da concupiscência. "O rapto para fim libidinoso é conservado entre os crimes sexuais, rejeitado o critério do projeto Sá Pereira, que o trasladava para a classe dos crimes contra a liberdade. ... Ainda mesmo se tratando de rapto violento, deve-se atender a que, segundo a melhor técnica, o que especializa um crime não é o meio, mas o fim... Trata-se de um crime dirigido contra o interesse da organização ético-social da família, - interesse que sobreleva o da liberdade pessoal" <sup>(128)</sup>.

Em várias passagens, a lei repressiva, por questão de política criminal, renuncia, ou abranda a punibilidade, com o intuito de estimular o agente a cessar os atos de execução, ou depois do encerrado o iter criminis, procurar diminuir as conseqüências danosas da conduta. É o caso em exame. - NELSON HUNGRIA empresta opinião de que o benefício é de ampliação ampla: "A minorante aplica-se tanto no caso de rapto violento ou fraudulento, quanto no de rapto consensual ou privilegiatus. Neste último caso, porém, a diminuição simultânea ou cumulativa (pelo fim de casamento e pela restituição in integrum) é facultativa (artigo 50, parágrafo único), podendo o juiz aplicar somente a que decorre da restituição" <sup>(129)</sup>.

Essa circunstância tem em mira restabelecer o direito de liberdade à mulher, condicionada ao fato do agente não haver praticado qualquer ato libidinoso com a vítima.

---

<sup>(128)</sup> Exposição de Motivos nº 73.

<sup>(129)</sup> NELSON HUNGRIA, ob. cit., ed. 1959, vol. VIII, pág. 225.



A restituição da raptada "à disposição da família" é sinônimo de reposição da situação anterior, com o que cessa a ofensa ao pátrio-poder e é liberada a formação e atuação da vontade individual.

Em face disso, ocorrerá a causa especial de diminuição da pena quando cessar a coação determinante da retenção, ou a vítima puder retornar ao lugar de onde foi deslocada.

Assim, nesse particular, FAMÍLIA significa LUGAR DE ORIGEM, não coincidente, necessariamente, com o sentido do vocábulo como nomen iuris da objetividade jurídica.

O Código Penal italiano estampa dispositivo paralelo ao consagrar circunstâncias atenuantes no artigo 525, in verbis: "(Circostanze attenuanti). - Le pene stabilite nei tre articoli precedenti sono diminuite se il colpevole, prima della condanna, senza aver commesso alcun atto di libidine in danno della persona rapita, la restituisce spontaneamente in libertà, riconducendola alla casa donde la tolse o a quella della famiglia di lei, o collocandola in un altro luogo sicuro, a disposizione della famiglia stessa.

ANTOLISEI<sup>(130)</sup>, VAMINI<sup>(131)</sup> não conferem maior importância ao assunto. RANIERI limita-se a dizer que a circunstância tem caráter subjetivo, é, portanto, comunicável<sup>(132)</sup>. PISAPIA, ob. cit., pág. entende que a expressão família, na espécie, é extremamente vaga e genérica, a fim de compreender qualquer relação que prescindia dos vínculos de sangue e do parentesco, bastando relação de convivência.

Entre os autores nacionais, BENTO DE FARIA, ao referir-se a lugar seguro, faz menção "a casa de outra família, verificando-se, então, a entrega ou restituição, ou algum asilo, recolhimento, estabelecimento de ensino ou em que funcionar a autoridade pública, que, então, providenciará sobre o destino ulterior", depois de aduzir que "o lugar seguro há de

<sup>(130)</sup> ANTOLISEI, ob. cit., pág. 383.

<sup>(131)</sup> VAMINI, ob. cit., pág. 210/224.

<sup>(132)</sup> RANIERI, ob. cit., pág. 72/73, cc. pág. 70.



permitir que a vítima fique à disposição da família, a cujo conhecimento deve ser levado o fato".<sup>(133)</sup>

Essa conclusão, embora não consigne expressamente um conceito, indica o caminho a ser trilhado, chegando, como se vê, a discriminar hipóteses distintas do entendimento civilista, ou sociológico atrás referido.

Neste passo, como o telos não é a preservação do núcleo familiar, mas sobreleva o bem liberdade individual, cujo direito pode ser exercido independentemente do amparo imediato de quem detenha o pátrio-poder. A complexidade e diversificação da vida atual impõe, por vezes, a separação das mulheres da comunidade doméstica, como, exemplificativamente, o internamento em colégios, a transferência de residência para outra cidade, ou, fato corriqueiro, o emprego como domésticas em casa de terceiros.

O pátrio-poder continua atuante, entretanto, de fato, a guarda e vigilância da menor ficam transferidas a terceiros em cuja companhia encontram proteção.

O rapto é informado pelo fim de luxúria e, a demais, restringe o exercício do direito de liberdade.

Essa restrição, é resultado da perda da mencionada proteção, ou seja, da convivência, ou coabitação da raptada.

Interpretar, in casu, a Família, de maneira diferente da sugerida é trair, por amor à letra da lei e apego à visão unilateral do ordenamento jurídico, a ideologia do instituto jurídico de amparo ao bem, ou interesse tutelado mormente diante do nosso Código Penal, que adotou a objetividade jurídica como critério fundamental para a classificação dos ilícitos.

A Família (decorrente do matrimônio), ou a Família (vínculo de sangue), na espécie, não requer assistência da lei penal (última instância para garantir o imperativo das normas jurídicas), visto, imediatamente, não estar correndo risco de desconstituição. De

---

<sup>(133)</sup> BENTO DE FARIA, ob. cit., vol. VI, pág. 59.



maneira imediata, a liberdade individual chama a atenção do intérprete, e a ofendida estará à disposição da família uma vez instituída ao local de onde foi retirada, principalmente se ali foi colocada com prévia anuência dos progenitores. Nesse instante, estará restabelecido o respeito ao direito de liberdade, se a vítima for sui iuris, e também ao pátrio-poder, se o sujeito passivo for menor de idade <sup>(134)</sup>.

Assim, a Família, nesse trecho do Código Penal, também alcança a idéia de convivência e coabitação, em cujo ambiente cessam os efeitos da ação delituosa <sup>(135)</sup>.

### AÇÃO PENAL

A terceira referência à palavra FAMÍLIA é empregada no artigo 225, § 1º, I, do Código Penal. Disciplina o exercício da ação relativa aos crimes dos capítulos I, II e III, do Título VI (Dos Crimes contra os costumes), abrindo exceção a que, na espécie, somente se

<sup>(134)</sup> A lei pátria, literalmente, foi mais parcimoniosa do que a italiana. Esta, embora o crime de rapto faça parte de outra objetividade jurídica - Dos delitos contra a moralidade pública e os bons costumes - no particular aspecto dos crimes contra a "liberdade sexual", pode ser chamada à colação, visto a causa especial de diminuição de pena visar ao mesmo fim, ou seja, estimular, com tal recompensa, o agente a desistir da execução, ou impedir que o crime, naturalisticamente, ofenda o bem jurídico. Apesar da diferença de redação, o Código brasileiro conservou o mesmo espírito. Em se referindo apenas à restituição "à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família", enquanto o congênere peninsular faz menção: "la restituisce spontaneamente in liberà, riconducendola alla casa donde la tolse o a quella della famiglia di lei, o collocandola in un altro luogo sicuro, a disposizione della famiglia stessa" (art. 525). O texto estrangeiro é mais explícito, referindo-se à recondução "a casa de onde a retirou", "a casa da família da vítima", ou "colocando-a em outro lugar seguro, à disposição da família". O diploma nacional põe em relevo apenas dois casos. A teleologia obriga o intérprete de nosso código, se o agente, sem reconduzir, colocar o sujeito passivo em lugar seguro, à disposição das pessoas da casa onde ele convivia, embora não sejam parentes, a compreender a espécie, como sendo "à disposição da família". Outro entendimento contrariaria a finalidade da lei; Esta pretendeu, com a mencionada accidentalium delicti a repor a situação anterior ao ato delituoso.

<sup>(135)</sup> A conclusão continua inabalável apesar da alternativa do artigo 221: "...a restitui à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família".

Ambas as hipóteses não se confundem.

A colocação, sem riscos, à disposição da família, não implica sempre restituir a vítima à liberdade. Embora posta em lugar seguro, pode continuar a persistir o constrangimento ao exercício do direito de locomoção.

BENTO DE FARIA, ob. cit., ed. 1961, vol. VI, pág. 58, ao analisar o texto, conclui: "b) se verifique a libertação ou a colocação em lugar seguro, à disposição da família, isto é: - a recondução da pessoa raptada à casa da onde foi retirada." (o grifo é do autor).

MAGGIORE, "Derecho Penal", Parte Especial, vol. IV, ed. 1955, pág. 92, ao comentar o art. 525, do Código Penal italiano, limita-se a anotações superficiais: "Es circunstancia atenuante (art. 525) la devolución de la libertad en que el culpable, antes de la condena, deja espontaneamente a la persona raptada, sin haber cometido sobre ella ningún acto lujurioso, restituyéndola a la casada donde la sacó, o a la de la familia de esa persona, o colocándola en otro lugar seguro, a disposición de su familia".





procede mediante queixa, "se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família".

A ação privada foi eleita como regra em virtude da natureza dessas infrações, cujo processo poderá acarretar irreparáveis danos morais ao ofendido, havendo o legislador reservado à vítima a decisão de solicitar a prestação jurisdicional.

A miserabilidade do sujeito passivo, ou de quem o represente, ou assista, no sentido jurídico do termo, tornaria inócua aquela norma, se o Ministério Público não pudesse atuar em favor do economicamente fraco. Essa a razão de bastar a representação do interessado para o órgão oficial novimentar-se a fim de serem apuradas a autoria e a materialidade do crime.

Essa digressão torna evidente, mais uma vez, que a letra da lei é insuficiente para revelar o seu conteúdo.

Observe-se a palavra pais encerrada no dispositivo em epígrafe. Não exprime apenas os progenitores, no sentido restrito e vulgar do vocábulo. O significado é amplo, tendo em vista o que é buscado. A lei enseja liberalidade, visa a facilitar a vítima socorrer-se do Poder Judiciário a fim de ser punido o agente. Nesse sentido, qual quer pessoa que cuide da vítima, substituindo os genitores seja por força de determinação geral expressa (tutor, curador, por exemplo), ou em virtude de relação de fato, terá legitimidade, satisfeitos os demais requisitos, para provocar a manifestação do Ministério Público.

O vocábulo pais, portanto, engloba os indivíduos que, de direito, representam, ou assistem os incapazes, nas relações jurídicas, e quem, na ausência destes, de fato, faça as vezes dos representantes legais. <sup>(136)</sup>

---

<sup>(136)</sup> "Na realidade, não há como negar que, ao pai da ofendida, como chefe de família, cabe o pátrio poder sobre os filhos menores, entretanto, na espécie, ocorreu uma circunstância que, sem excluir a autoridade paterna, autorizava a pessoa que tinha a menor sob sua guarda, educação e criação, na qualidade de responsável per essa menor representar criminalmente contra o ofensor de sua honra.



A finalidade salutar da lei não pode ser obstada por judaica interpretação gramatical. Contrariaria o espírito do texto legal negar a respectiva iniciativa aos avós, tios, irmãos, outros parentes (civilmente considerados), patrões, ou pessoas com quem a vítima coabite, ou conviva, uma vez que estes sejam, ainda que de fato, por ela os responsáveis.

O exercício do direito de promover a representação está condicionado à miserabilidade dos pais, conceituada, nessa passagem, à impossibilidade de arcar com as custas e despesas processuais, sem sacrifício do necessário à manutenção própria ou da família.

Assim, a Família, nessa colocação, é inconfundível com o mero sentido de parentesco. Implica também a idéia de convivência e coabitação, entretanto, com nuances próprias. Ao contrário do disposto no artigo 220, que projeta as pessoas que convivem e coabitam com a vítima, quando se trata da ação penal, engloba as pessoas que convivam e coabitam com os pais da vítima.

No crime de rapto, olham-se a convivência e a coabitação da vítima. No artigo 225, § 1º, I, atende-se à convivência e coabitação dos pais da vítima.

---

"De fato, os autos demonstram evidentemente que a menor estava sob a guarda e direção de sua avó, fato que o paciente reconheceu atribuindo a esta a qualidade de tutora da menor, nas declarações prestadas no processo.

"Ora, segundo o entendimento de Viveiros de Castro, transcrito nos esclarecimentos prestados ao S.T.F., pelo exmo. sr. Desemb. Urbano Sales - "É representante legal para dar queixa em nome de uma menor deflorada o chefe da família, independentemente de qualquer parentesco ou outro laço jurídico" (Ac. da Câm. Reun. do T.A. de Sta. Catarina) (REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA - Código Penal - ed. 1955, VALENTIM ALVES DA SILVA, nº 2.558, pág. 1020).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica nesse sentido, como se constata do voto do Eminentíssimo Ministro VICTOR NUNES LEAL, no Habeas Corpus nº 41.952: "Falecidos que eram os pais da ofendida, gente humilde, vivendo no interior, em atividades agrícolas, seu irmão, tinha qualidade para representá-la. Nesse sentido se tem orientado firmemente a nossa jurisprudência, inclusive em casos recentes, que me dispense de citar" (REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, vol. 34 (dezembro), pág. ... 587).

Os Tribunais, reiteradamente, decidem de acordo com essa orientação.

"Qualquer pessoa que tenha sob sua guarda e vigilância a ofendida é parte legítima para exercer o direito da representação" (REVISTA FORENSE, vol. 195/364).

"A qualidade para representar a menor nos crimes de sedução não é a que decorre apenas do pátrio poder ou curatela, mas também a que resulta da guarda e pro/teção" (REVISTA FORENSE, vol. 199/275).

"válida a representação criminal de incapaz, feita por quem a tenha sob sua guarda, embora sem tutela ou curatela" (REVISTA FORENSE, vol. 183/411).



- CAPÍTULO V -

= CÔNJUGE NO CÓDIGO PENAL =



O Código Penal brasileiro não utiliza só um vocábulo para fazer referência aos componentes da sociedade conjugal; cônjuge expressa indicação do homem e (ou) da mulher. Marido apenas o varão. Contraente representante de qualquer sexo. Agente o homem e a mulher. Casado também o homem e a mulher. Por fim, valendo-se de outro critério, a lei indica exercício de direito decorrente do matrimônio: Autoridade marital.

Os Quadros adiante demonstram as várias hipóteses em que o instituto aparece no Código Penal. A seguir, serão, casuisticamente examinadas.

<u>QUADRO I</u>
Referência - CÔNJUGE
<p>a) <u>Essentialia delicti</u></p> <p>a.1) Art. 244: "...cônjuge...".</p>
<p>b) <u>Accidentalia delicti</u></p> <p>b.1) Qualificativa: Art. 148, §1º, I: "...cônjuge do agente".</p> <p>b.2) Causa especial de aumento de pena: Art. 133, § 3º, II: "...cônjuge...".</p> <p>b.3) Causa especial de diminuição de pena: <u>Nihil</u></p> <p>b.4) Agravante: Art. 44, II, f: "...cônjuge...".</p> <p>b.5) Atenuante: <u>Nihil</u>.</p>
<p>c) <u>Sanção: Nihil</u></p>



d) Punibilidade

d.1) Exclusão:

d.1.1) Art. 181, I: "cônjuge, na constância da sociedade conjugal".

d.1.2) Art. 348, § 2º: "...cônjuge...do criminoso...".

d.2) Condição: Nihil

d.3) Extinção: Nihil

e) Ação Penal

e.1) Legitimidade de agir

e.1.1) Art. 102, § 4º: "...cônjuge...".

e.1.2) Art. 240, § 2º: "...cônjuge ofendido...".

e.2) Condição de procedibilidade

e.2.1) Art. 182, I: "cônjuge desquitado ou judicialmente separado.

e.3) Proibição de agir

e.3.1) Art. 240, § 3º, I: "cônjuge desquitado".

e.3.2) Art. 240, § 3º, II: cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou expressa ou tacitamente.

f) Perdão Judicial

f.1) Art. 240, § 4º, I: "Se havia cessado a vida em comum dos cônjuges".

g) Reabilitação: Nihil

OBSERVAÇÃO: No art. 240, § 4º, I, o Código Penal emprega o plural: cônjuges



## QUADRO II

Referência: MARIDO

a) Essentialia delicti: Nihil

b) Accidentalialia delicti

b.1) Qualificativa

b.1.1) Art. 227, § 1º: "...marido...".

b.1.2) Art. 228, § 1º: "...marido...".

b.1.3) Art. 230, § 1º: "...marido...".

b.1.4) Art. 231, § 1º: "...marido...".

b.2) Causa especial de aumento de pena: Nihil

b.3) Causa especial de diminuição de pena: Nihil

b.4) Agravante: Nihil

b.5) Atenuante: Nihil

c) Sanção: Nihil

d) Punibilidade

d.1) Exclusão: Nihil

d.2) Condição: Nihil

d.3) Extinção: Nihil

e) Ação Penal

e.1) Legitimidade de agir: Nihil

e.2) Condição de procedibilidade: Nihil

e.3) Proibição de agir: Nihil

f) Perdão Judicial: Nihil

g) Reabilitação: Nihil



QUADRO IIIReferência: CASADOa) Essentialia delicti

a.1) Art. 235: "...casado...".

b) Accidentalia delictib.1) Qualificativa: Nihil

b.2) Causa especial de aumento de pena: Art. III - "...casado".

b.3) Causa especial de diminuição de pena: Nihilb.4) Agravante: Nihilb.5) Atenuante: Nihilc) Sanção: Nihild) Punibilidaded.1) Exclusão: Nihild.2) Condição: Nihile) Ação Penale.1) Legitimidade de agir: Nihile.2) Condição de procedibilidade: Nihile.3) Proibição de agir: Nihilf) Perdão Judicial: Nihilg) Reabilitação: Nihil

QUADRO IVReferência: CONTRAENTEa) Essentialia delicti

a.1) Art. 236: "...outro contraente..."

b) Accidentalia delictib.1) Qualificativa: Nihilb.2) Causa especial de aumento de pena: Nihilb.3) Causa especial de diminuição de pena: Nihilb.4) Agravante: Nihilb.5) Atenuante: Nihilc) Sanção: Nihild) Punibilidade: Nihild.1) Exclusão: Nihild.2) Condição: Nihild.3) Extinção: Nihile) Ação Penale.1) Legitimidade de agir:

e.1.1) Art. 236, § único: "...contraente enganado..."

e.2) Condição de procedibilidade: Nihile.3) Proibição de agir: Nihilf) Perdão Judicial: Nihilg) Reabilitação: Nihil



<u>QUADRO V</u> Referência: <u>CASAMENTO</u>	
a)	<u>Essentialia delicti: Nihil</u>
b)	<u>Acidentialia delicti</u>  b.1) Qualificativa: <u>Nihil</u>  b.2) Causa especial de aumento de pena: <u>Nihil</u>  b.3) Causa especial de diminuição de pena: <u>Nihil</u>  b.4) Agravante: <u>Nihil</u>  b.5) Atenuante: <u>Nihil</u>
c)	Sanção: <u>Nihil</u>
d)	<u>Punibilidade</u>  d.1) <u>Exclusão: Nihil</u>  d.2) <u>Condição: Nihil</u>  d.3) Extinção: Art. 108, VIII, "Pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial"
e)	<u>Ação Penal</u>  e.1) <u>Legitimidade de agir: Nihil</u>  e.2) <u>Condição de procedibilidade: Nihil</u>  e.3) <u>Proibição de agir: Nihil</u>
f)	<u>Perdão Judicial: Nihil</u>
g)	<u>Reabilitação: Nihil</u>



QUADRO VI

Referência: AUTORIDADE MARITAL

a) Essentialia delicti: Nihil

b) Accidentalia delicti

b.1) Qualificativa: Nihil

b.2) Causa especial de aumento de pena: Nihil

b.3) Causa especial de diminuição de pena: Nihil

b.4) Agravante: Nihil

b.5) Atenuante: Nihil

c) Sanção:

c.1) Art. 69, II; "... exercício da autoridade marital..."

c.2) Art. 69, § único, II, a: "...manifesta incompatibilidade com exercício da autoridade marital..."

c.3) Art. 69, § único, II, b: "...abuso da autoridade marital..."

d) Punibilidade

d.1) Exclusão: Nihil

d.2) Condição: Nihil

d.3) Extinção: Nihil

e) Ação Penal

e.1) Legitimidade de agir: Nihil

e.2) Condição de procedibilidade: Nihil

e.3) Proibição de agir: Nihil



f) Perdão Judicial: Nihil

g) Reabilitação:

g.l) Art. 119, § 2º; “...autoridade marital...”



Os Quadros demonstram a complexidade da matéria.

O intérprete deverá ter a cautela de conjugar o vocábulo de acordo com a natureza jurídica que o instituto esteja exprimindo. Várias hipóteses podem acontecer. Essentialia delicti. Accidentalia delicti. Sanção. Punibilidade. Ação Penal. Perdão judicial. Reabilitação.

### ESSENTIALIA DELICTI

#### - Cônjuge -

Cônjuge é nomen iuris, no Direito Civil, designativo de pessoa unida a outrem pelos laços matrimoniais (art. 230, v.g.).<sup>(137)</sup>

As leis de amparo ao concubinato valem-se de outra designação, geralmente, companheira.

De outro lado, o Código Civil se refere ao estado de casado: "O casamento de pessoas que faleceram na posse do estado de casadas não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do registro civil, que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o matrimônio impugnado (art. 183, nº VI)<sup>(138)</sup>.

<sup>(137)</sup> A tendência das legislações é no sentido de estabelecer igualdade dos direitos entre os cônjuges. No Brasil, a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 - definiu a nova situação jurídica da mulher casada - consagrou essa evolução das relações pessoais entre os cônjuges. No direito persa, a esposa legítima era comprada aos pais, que vivia ao lado das concubinas que o marido devesse possuir. Ademais, ele tem o direito de vida e morte sobre a mulher e os filhos. No Código de Manu, a mulher, durante a infância depende do pai, durante a mocidade de seu marido, morrendo este de seus filhos, não havendo filhos do parente mais próximo de seu marido. O direito hebraico, por sua vez, cerca a mulher de certa consideração, comina penas a quem a ofende fisicamente. Há reciprocidade de direitos e deveres entre o marido e a mulher. Na Alemanha, a mulher formava uma associação com o marido, da qual o homem era o chefe (Haupt) e que sobre ela exercia o complexo de direitos a que se dava o nome de mundium. Em Roma, nos primeiros tempos (confarreatio, coemptio, usus), é atribuída ao marido uma autoridade extraordinária (manus) sobre a mulher, tida como filha do primeiro. Com a introdução dos casamentos livres, embora se mantivesse o direito de morte (judicium domesticum), abrandaram-se as formas jurídicas. Foi instituído o regime dotal. Melhorou a posição doméstica. No período clássico, a mulher legítima participa das honras e da condição social do marido.

MADELEINE GEVERS, apud, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ob. cit., pág. 133, afirma que modernamente a incapacidade da mulher casada aparece como instituição arcaica pela maior parte das legislações.

<sup>(138)</sup> Código Civil, art. 203.



Por sua vez, o Decreto-Lei nº 7.485, de 23 de abril de 1945, ao mencionar a união de fato, no tocante à habilitação aos benefícios do seguro social, utiliza a expressão estado de cônjuge.

O Decreto nº 60.501, de 14 de março de 1967 - Regulamento Geral da Previdência Social - menciona pessoa com quem tenha casado segundo o rito religioso.

Desse confronto urge extrair a conclusão de que em Direito Civil e para a Previdência Social continua a ser feita distinção entre as pessoas civilmente casadas e as que não estejam unidas pelo matrimônio. Vale dizer, o conceito de cônjuge é certo, definido, inconfundível com outra categoria jurídica.

Essa posição é explicável e perfeitamente compreensível. O Código Civil manteve o sistema tradicional.<sup>(139)</sup> As leis previdenciárias, propositalmente, estabeleceram distinção porque, nesse ponto, são casuísticas, a fim de conferir as vantagens à mulher casada, ou à companheira, conforme a situação que as prendia ao segurado.

Dessa forma, ao intérprete - ubi lex distinguit, distinguere debemus - cumpre atender às diferenças conceituais. Foram traçadas para não serem confundidos casos heterogêneos. A auscultação teleológica impõe essa ilação. A proteção é garantida a uma, ou a outra pessoa. Não é a ambas concomitantemente.

A mesma conclusão é válida para o conceito restrito imposto pelo Código Civil. O casamento, além dos efeitos morais, acarreta outros de natureza patrimonial,

---

<sup>(139)</sup> O Código Civil brasileiro, como o Código Civil francês adotou o sistema de desconhecer a família natural. Na França e aqui, leis posteriores, ante a pressão social - acompanhadas pela jurisprudência, - supriram a lacuna deixada pelo legislador, que aliás, refletiu as concepções predominantes à época. O fenômeno se repetiu na Argentina. GUILLERMO A. BORDA, "Manual de Derecho de Família", ed. 1960, pág. 11/13 explica como a família evoluiu juridicamente naquele país. De início, manteve a vigorosa constituição de bases romano-cristãs, transplantada da Espanha. Os poderes do pai eram quase absolutos. Posteriormente, a supressão da escravatura, a transformação da economia nacional e as grandes imigrações da segunda metade do século passado provocaram influência na vida familiar. O Código Civil trata apenas da família legítima. O artigo 365 dispõe que "os parentes ilegítimos não fazem parte da família dos parentes legítimos". Depois, entretanto, a lei 14.367, que pôs termo à situação injusta em que se encontravam os filhos extramatrimoniais. Outras leis tratam, sem distinção, os ascendentes e os descendentes, sem preocupação de legitimidade.



inclusive sucessórios: "A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: III - ao cônjuge sobrevivente" <sup>(140)</sup>.

Assim, nesse ramos do ordenamento jurídico será impróprio - ainda em virtude de diferença conceitual - entender a idéia expressa pelo vocábulo cônjuge como que compreendendo também os participantes da sociedade de fato. A finalidade da lei determina a discriminação. A não se adotar esse critério, identificar-se-iam hipóteses que a lei pretende separar.

Em resumo, nas referidas áreas jurídicas, por imposição de direito positivo, embora as diferenças de tratamento entre cônjuges e companheiros tendam a desaparecer, persistem até agora.

No Código Penal, a situação é diferente. Inicialmente, inexistia a apontada diferença morfológica. Há emprego exclusivo da palavra cônjuge. Não se refere a companheira(o), pessoa com quem tenha casado segundo o rito religioso, não faz menção a pessoas que estiveram na posse do estado de casadas, ou em estado de cônjuge.

Esse pormenor é de grande valia. Não impõe ao intérprete a obrigação de estabelecer marcos normativos entre os indivíduos que estejam numa das situações acima indicadas.

O trabalho de exegese, dessa forma, é facilitado. Literalmente, não há o que distinguir.

Resta pesquisar o destino da lei penal ao mencionar cônjuge em algumas passagens.

Antes de prosseguir a explanação, é imperioso consignar que, inobstante a unidade do Direito, as conclusões em uma área podem divergir das extraídas em outro setor.

---

<sup>(140)</sup> Código Civil, art. 1.603.



As disposições de Direito Público não perseguem o mesmo escopo das congêneres de Direito Privado, e no interior desses ramos, as normas tomam colorido próprio conforme o plano em que se situam. Os preceitos da Constituição diferem dos utilizados pelo Direito Administrativo e os do Direito Civil não se confundem com os do Direito Comercial.

Essas distinções se justificam pela finalidade a ser alcançada.

Conseqüentemente, a coincidência de vocábulos, por si só, é insuficiente para condicionar a mesma ilação. E imprescindível interpretá-los com a ratio do setor jurídico em que se encontre. Fora dessa cautela, a conclusão não se harmonizaria com a meta a ser atingida.

Em virtude do fim do Direito Penal ser inconfundível com o manifestado pelo Direito Civil e pelo Direito Previdenciário, as diferenças referidas, não vinculam o intérprete penal. Quando muito, constituem subsídios de investigação.

O Direito Penal - constitutivo e autônomo - visa a impor comportamento ao homem em determinadas circunstâncias.

O Capítulo III - Crimes contra a Assistência Familiar - é de grande alcance. Não se restringe à guarda de uma espécie de família. Revela outra preocupação. O jurídico é impregnado de colorido humanitário. Impõe a reciprocidade de atenção aos componentes de um núcleo social.

Os comentadores de código nacional, ao interpretar o texto, conferem conceito amplo ao tema, abrangente da filiação legítima, ilegítima e natural<sup>(141)</sup>.

No tocante a cônjuge, os escritores não se demoram em pormenores<sup>(142)</sup>.

---

<sup>(141)</sup> GALDINO SIQUEIRA, "Tratado de Direito Penal", ed. 1947, vol. 4, pág. 374; MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., vol. 3, pág. 438; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, ob. cit., vol.3., pág. 596; ROMÃO CORTES DE LACERDA, ob. cit., pág. 431/432.

<sup>(142)</sup> HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, ob. cit., vol. 3, pág. 592/599; ROMÃO CORTES DE LACERDA, ob. cit., pág. 409/477; MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., vol. 3, pág. 437/444; GALDINO SIQUEIRA, ob. cit., vol. 4, pág. 373/376.



O artigo 244 é a única hipótese em que a palavra "cônjuge" surge como elemento constitutivo de crime.

Sem justa causa indica impossibilidade de cumprimento da obrigação juridicamente imposta, determinando ao cônjuge prover à subsistência do consorte.

No ordenamento jurídico positivo brasileiro, cumpre distinguir, nesse particular, os deveres do casal unido pelo matrimônio daquele vinculado sem o casamento. Quanto ao primeiro, o Código Civil é categórico; "São deveres de ambos os cônjuges: III - Mútua assistência".<sup>(143)</sup>

Relativamente ao par da união livre, inexistente lei disposta no mesmo sentido. No caso anterior, a assistência recíproca é efeito do casamento, ex vi legis. A simples convivência, no caso, não gera essa consequência. As obrigações que determinam o pagamento de prestações econômicas entre os componentes da sociedade de fato são regidas pelas regras específicas das indenizações por atos ilícitos<sup>(145)</sup>.

Assim, a desatenção do homem à sua companheira, ou vice-versa, não é fato subsumível ao tipo do Abandono Material. A relação que ate o agente e o sujeito passivo dessa infração - e da qual resulte a obrigação de assistência material - deve estar consagrada no direito positivo. Na sociedade de fato, tal inexistente sob esse ponto de vista. Respalda-se apenas em ordem moral. É certo, o fato poderá ser penalmente relevante, porém a outro título, como, por exemplo, a Omissão de Socorro, reunindo-se os requisitos necessários.

---

<sup>(143)</sup> Código Civil, art. 231.

<sup>(145)</sup> AGUIAR DIAS, "Da Responsabilidade Civil", ed. 1960, vol. I, pág. 179; "Se os autores negam, unanimemente, a reparação do dano alegado como resultante de simples ruptura da promessa de casamento, também unanimemente reconhecem que, se há prejuízo efetivo, para a parte, como no caso, v.g., dos gastos com os preparativos do casamento desfeito, a indenização é devida. Numa palavra: recusam-se a presumir o dano".





Os comentadores do código são uníssomos, em virtude dos elementos do modelo legal, em fazer remissão ao diploma civil, observando, se porém, que a obrigação alimentar, nos termos da lei repressiva se restringe ao filho menor de dezoito anos <sup>(146)</sup>.

A jurisprudência italiana reconhece autonomia ao Direito Penal, e não recebe, sem mais, o conceito civilista ao interpretar o art. 570 do Código Penal, "Violazione debli obblighi de assistenza famigliare - Chiunque, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbandando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla pátria potestà, alla tutela legale, o alla qualità di coniuge, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da lire otto mila a ottantamila" <sup>(144)</sup>

#### - CASADO -

O Código Penal, ao definir o crime de Bigamia (art. 235), exige, como pressuposto, casamento formalmente válido: "Contrair alguém, sendo casado, novo casamento".

Além da evidência das palavras, a consulta à finalidade da lei repele qualquer tentativa de entender-se típica a conduta de alguém que, mantendo sociedade de fato, contraia matrimônio com terceiro.

É certo, a legislação não veda a constituição da família natural. Inexiste sanção jurídica. Há, como foi esclarecido, até amparo oficial. O salário família, é concedido em atenção à filiação, de qualquer origem, Incorre obstáculo para o reconhecimento de filho

---

<sup>(146)</sup> MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., vol. 3, pág. 439/440; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, ob. cit., vol.3, pág. 596; ROMÃO CORTES DE LACERDA, ob. cit., pág. 391; GALDINO SIQUEIRA, ob. cit., vol. 4, pág. 375.

<sup>(144)</sup> RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA cit. Libro secondo, pág. 125: "Per costante giurisprudenza, il concetto di mezzi di sussistenza di cui alla norma penale in esame è diverso da quello civilistico, degli alimenti, consistendo i mezzi di sussistenza in quel minimo indispensabile per vivere".



extramatrimonial, desde que não seja incestuoso, ou adúltero, proibição, porém, que não é absoluta.

Impõe-se, entretanto, patentear que o Estado estimula a formação da família legítima. A Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, conhecida como o Estatuto da Família é rica de demonstração desse pormenor<sup>(147)</sup>.

Ora, se o escopo da lei é ensejar o nascimento da família legítima, não se entenderá a objetividade jurídica - casamento - abrangente também da união de fato, nem o agente - casado - compreensivo do concubinário.

O casamento monogâmico é eficazmente garantido. Além do ilícito penal, o Código Civil considera nulidade absoluta o matrimônio contraído nessas condições<sup>(148)</sup>.

Na Itália, o entendimento é o mesmo. A tradição cristã orienta o Direito nesse sentido.

ANTOLISEI afirma: "Ratio dell'incriminazione è la tutela dell'ordinamento monogamico del matrimonio. Stabilito il principio della monogamia, infatti, lo Stato non può tollerare la celebrazione di un nuovo matrimonio mentre ne sussiste uno precedente"<sup>(149)</sup>.

A jurisprudência peninsular é coerente com a conclusão extraída<sup>(150)</sup>.

A inexistência de proibição ao solteiro para contrair casamento - basta satisfazer os requisitos legais - torna jurídica essa conduta. Vale dizer, torna-se impossível aplicar qualquer sanção.

---

<sup>(147)</sup> A citada lei disciplina a gratuidade do casamento civil, as pensões alimentícias, os mútuos para casamento, os mútuos a pessoas casadas, o bem de família, o pagamento de taxas de matrícula, de exame e de outras relativas ao ensino secundário, normal e profissional, os abonos familiares, internamento em instituições assistenciais e admissão em sociedades recreativas e desportivas.

<sup>(148)</sup> Código Civil, art. 183, VI.

<sup>(149)</sup> ANTOLISEI, ob. cit., Parte Especial, pág. 325.

<sup>(150)</sup> RASSEGNA DE GIURISPRUDENZA SUL CODICE PENALE, Libro secondo, pág. 97/98: "1 - Presupposto del reato è il vincolo precedentemente contratto da uno degli, nella forma idonea a produrre effetti civili secondo le norme in vigore; a nulla rileva che il matrimonio preesistente sia valido, essendo sufficiente la sua giuridica esistenza al momento del fatto, salvi gli effetti estintivi della successiva dichiarazione di nullità o annullamento di uno dei legami (art. 556, comma terzo)".



Em vista do exposto, o entendimento de casado é restrito à pessoa (de ambos os sexos) unido a outrém pelos laços do matrimônio.

- CONTRAENTE -

A palavra contraente, como elemento essencial de crime contra a Família, está inserta no artigo 236 (Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento) para indicar o sujeito passivo: "Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior".

Esse ilícito compõe o rol das infrações do Capítulo I, do Título VII - "Dos Crimes contra o Casamento".

Diante da objetividade jurídica, as ponderações relativas a casado (crime de Bigamia) são pertinentes para o tema encimado.

Outro contraente significa o indivíduo (de ambos os sexos) que haja contraído o matrimônio. Torna-se imprescindível a realização da cerimônia do casamento formalmente válido.



### Accidentalia Delicti

O Código Penal, a título de accidentalia delicti, faz três referências a cônjuge. Qualificativa (art. 148, § 1º, I); causa especial de aumento de pena (art. 133, 3º, II); agravante (art. 44, II, f). Em outras passagens, indica marido (art. 277, § 1º, 228, § 1º, 230, § 1º e 231, § 1º), como qualificativa, e casado (art. 226, III), na categoria de causa especial de aumento de pena.

A análise casuística requer prévio estudo da natureza e finalidade das circunstâncias.

Ao lado dos elementos essenciais da infração penal, podem ocorrer circunstâncias que, por não serem com ponentes da estrutura do ilícito, recebem o nome de accidentalia delicti. A presença não é obrigatória, não toca a substância do delito. Apresentam três categorias: Qualificativa. Causa especial de aumento, ou diminuição da pena. Agravante e atenuante. Não se confundem com os pressupostos do crime “situações jurídicas, positivas ou negativas, anteriores e exteriores à ação ou omissão, em cuja ausência essa ação ou omissão não pode dar vida a determinado tipo <sup>(151)</sup>”.

Às circunstâncias é conferida somente uma finalidade: a individualização da pena, garantia, aliás, constitucional <sup>(152)</sup>.

Essa preocupação se desenvolve em dois planos. In abstracto e in concreto, conforme se refira à cominação legal, ou à aplicação da pena. O primeiro caso desdobra-se em dois aspectos. Considera a infração simples, ou pondera pormenores aferidores do grau de reprovabilidade social da conduta do agente.

---

<sup>(151)</sup> ROBERTO LYRA, Expressão Mais Simples do Direito Penal, Ed. Konfino, pág. 87.

<sup>(152)</sup> Constituição do Brasil de 1967, art. 150, § 13.



A qualidade e a quantidade das sanções, sob o aspecto objetivo, se distinguem consoante o maior, ou menor dano, ou perigo ao objeto jurídico, critério, aliás, tomado para a distinção entre o crime e a contravenção<sup>(153)</sup>.

A administração pública, por exemplo, sofre prejuízo com o Peculato (art. 312), a Prevaricação (art. 319), o Desacato (art. 331), o Favorecimento Real (art.349). A tais ilícitos, contudo, são cominadas penas diferentes. Com esse roteiro, selecionam-se as infrações, para aplicação da pena, tendo em vista a repercussão do resultado na objetividade jurídica.

Além disso, várias passagens do Código Penal contemplam circunstâncias. Com isso, executa-se a segunda fase da individualização da pena na faixa da fattispecie legale. É sopesada, por exemplo, a gravidade do homicídio simples (art. 121), comparando-se-lhe o homicídio privilegiado (art. 121, § 1º) e o homicídio qualificado (art. 121,§ 2º).

O sistema que se propuzesse a impor a pena, levando em conta também particularidades da ação do sujeito ativo, forçosamente, haveria de distinguir a morte causada, a alguém, quando o agente comete o crime impelido por motivos de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima<sup>(154)</sup>, do homicídio praticado nas circunstâncias descritas no § 2º do art. 121 do Código Penal.

Essa preocupação, algumas vezes, acarreta a formação de figura penal autônoma. O Infanticídio (art. 123) apresenta todos os elementos constitutivos do Homicídio, entretanto, com a particularidade do sujeito ativo, da vítima, além da exigência cronológica e da "influência do estado puerperal".

---

<sup>(153)</sup> Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941, art. 1º: "Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; Contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

<sup>(154)</sup> Código Penal, art. 121, § 1º.



A individualização se completa com o exame da fattispecie concreta, quando são consideradas as agravantes e atenuantes.

Neste ponto, o Código Penal pátrio ensejou a absorção das recomendações criminológicas ao fixar as diretrizes para a aplicação da pena: "Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I - determinar a pena aplicável, entre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável" <sup>(155)</sup>.

Com base nesses elementos, o magistrado constata a culpabilidade do réu e afere a eventual periculosidade. Esses dados são bastantes para, dentro da cominação legal, ser aplicada a sanção recomendável para alcançar seu objetivo.

Nesse contexto, é fácil reconhecer a importância e repercussão das circunstâncias.

Cumpra deixar expresso o conceito das respectivas espécies.

A qualificativa acarreta cominação especial. Art. 121, § 2º. Art. 155, § 4º. Excepcionalmente o art. 258 adota critério diferente.

A causa especial de aumento, ou diminuição da pena, majora ou reduz a sanção in abstrato, tomando como referência a cominação relativa à infração simples. Art. 155, § 1º, e 155, § 2º, respectivamente.

A agravante e a atenuante, aumentam ou diminuem a pena in concreto, cujos limites são determinados pelo juiz. Art. 44. Art. 48.

As circunstâncias, por imperativo de sua finalidade, necessitando de atender a particularidades, registram inúmeros pormenores. Essa riqueza de nuances gera impossibilidade de registro prévio de todas as hipóteses. Em virtude disso, o rol dos

---

<sup>(155)</sup> Código Penal, art. 42.



accidentalia delicti não é exaustivo. Distinguem-se as circunstâncias legais (explícitas e obrigatórias), expressas nos diploma legislativo, e as judiciais (implícitas e facultativas), ressaltadas pelo juiz, no difícil trabalho de dosagem da pena.

A destinação funcional das circunstâncias permite reuni-las em vários grupos.

ASÚA elaborou classificação das atenuantes e agravantes, obedecendo a critério meramente sistemático<sup>(156)</sup>.

Em função do interesse para este trabalho, cumpre sublinhar que o renomado escritor incluiu na categoria das agravantes reveladoras de "insensibilidade e perigo especial" do agente, quando o crime é cometido contra parentes<sup>(157)</sup>.

GARRAUD, depois de noticiar classificação subscrita por CLAUDIUS SATURNINUS, segundo a qual, as circunstâncias poderiam ser consideradas pela "causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu"<sup>(158)</sup>, enuncia a sua: "Une analyse plus simple est suffisante, elle permet de ramener les éléments qui vont influer sur la mesure de la peine, à la préparation, à l'exécution et aux suites du délit"<sup>(159)</sup>.

O escritor ressalta que a relação entre o agente e a vítima exerce influência na quantidade da pena, e indica, a título de exemplo, o parentesco (Código Penal, art. 380, 323, 333, 335), e o cônjuge (Código Penal, arts. 380 e 324)<sup>(160)</sup>.

O exame do texto penal brasileiro permite classificar as circunstâncias que majoram a pena da seguinte forma, exemplificativamente, ilustradas as espécies:

- a) quanto à quantidade de infrações praticadas (art. 44, I).
- b) quanto ao motivo (art. 44, II, a).
- c) quanto ao fim (art. 44, b, c).

---

<sup>(156)</sup> ASÚA, La ley y el delito, pág. 563.

<sup>(157)</sup> ASÚA, La ley y el delito, pág. 566.

<sup>(158)</sup> GARRAUD, Traité' du Droit Pénal Français, ed. 1898, tomo II, pág. 489.

<sup>(159)</sup> GARRAUD, ob. cit., pág. 489.

<sup>(160)</sup> GARRAUD, ob. cit., pág. 506.



- d) quanto ao modo de execução (art. 44, II, d).
- e) quanto ao meio de execução (art. 44, II, e).
- f) quanto ao momento da execução (art. 44, II, k).
- g) quanto à relação entre o agente e a vítima (art. 44, II, f).
- h) quanto à pessoa da vítima (art. 44, II, i).
- i) quanto ao resultado (art. 129).
- j) quanto ao lugar (art. 133, § 3º, I).
- l) quanto à quantidade de agentes (art. 159, § 1º).
- m) quanto à qualificação jurídica do agente (art. 226, III).

Dessa exposição - sempre com atenção ao fim da lei - conclui-se que os accidentalia delicti, cônjuge e marido foram ressaltados em obediência à relação entre o agente e a vítima, enquanto - casado - teve em conta a qualificação jurídica do agente.

No momento, há interesse somente para essas espécies.

A relação em comento, quanto ao primeiro prisma - relação entre o agente e o ofendido - deriva de pluralidade de fatos. Parentesco (ascendente, descendente, irmão, pai adotivo, art. 44, II, f; art. 226, II). Encargo jurídico (tutor, curador, art. 226, II). Emprego (empregador, art. 226, II). Profissão (preceptor, art. 226, II). Convivência (cônjuge, marido, art. 44, II, f; art. 227, § 1º).

Quando a circunstância repousa em qualidade jurídica do agente, somente um fato a condiciona: o casamento civil, ou religioso com tal efeito.

Essa distinção impõe conclusões não coincidentes.

É necessário observar que a convivência implica maior amplitude do tema. Aliás, sem cautela de pormenores, nessa rubrica podem ser enquadradas as relações





domésticas, de coabitação, hospitalidade (art. 44, II, g), o cônjuge (idem, f) e o marido (art. 227, § 1º).

As relações decorrentes do parentesco não oferecem as mesmas características. Nestas, não é a vida em comum o fator determinante do aumento da sanção. É o vínculo que aproxima o agente e a vítima, como componentes da mesma família. O liame jurídico, na espécie, é decisivo. Por isso, é indiferente que a respectiva relação tenha se formado pelo casamento válido.

Os comentadores pátrios não dissentem nesse pormenor. BENTO DE FARIA é explícito: "Essas relações de parentesco, legítimo ou não, devem ser conhecidas do delinqüente, devendo a agravante ser exclusivamente limitada aos parentes referidos. Assim, nas expressões - ascendente e descendente - compreende-se não só os pais naturais, como adulterinos e incestuosos, como também os filhos naturais e os espúrios"<sup>(161)</sup>.

Em se referindo a cônjuge e marido, a interpretação impõe tratamento diverso.

A distinção entre Família e Sociedade conjugal - foi ressaltada - precipita conseqüências jurídicas no Direito Penal.

Frise-se - a importância é indisfarçável - nenhum crime coloca em risco a indissolubilidade do matrimônio, à vista do taxativo e rigoroso dispositivo da Constituição do Brasil. Vale dizer, a Família - instituição jurídica - também não se desconfigurará, se encarada exclusivamente como categoria definida pelo Direito. Nesse plano, pais e filhos, marido e mulher compõem a Família, só porque pelo casamento (família legítima) se uniram duas pessoas e delas nasceram descendentes. O mesmo raciocínio, mutatis mutandis, é aplicável à família natural e à família ilegítima.

As mesmas considerações não se coadunam com a Sociedade conjugal. Nesta, a característica mestra é a convivência. Predomina a reciprocidade de interesses e obrigações.

---

<sup>(161)</sup> BENTO DE FARIA, ob. cit., pág. 38.



Ao Estado interessa algo mais do que a simples formação da família. Deseja - além disso - que desenvolva, atue como reunião permanente de pessoas. Com isso, é facilitado ao Estado alcançar seus fins. Daí, o interesse oficial de estimular a formação da família legítima e de amparar também a família natural, que permite atingir aquela meta.

A sociedade conjugal, por repousar no animus do casal, acima de tudo, exige, a vontade de vida em comum. O elemento subjetivo é predominante. No momento em que o par se desfizer, persistirá a família legítima enquanto não for praticado, ou ocorrer ato jurídico desconstitutivo. Na família natural, porém, o fenômeno ocasiona consequência mais ampla. A separação do casal implica a desformação da própria família, se esta limitar-se a ambos.

Dessas considerações - evidencia-se - vários crimes colocam em perigo essa comunidade, por escudar-se no consenso do homem e da mulher.

Do exposto, urge concluir que as duas hipóteses requerem disciplina diferente. A finalidade da lei não é a mesma nesses casos.

O parente é mais severamente punido porque lhe é exigido comportamento condigno dessa qualificação jurídica. É-lhe recriminada a falta de lealdade com o participante de sua família.

O cônjuge, por seu turno, ao praticar o ilícito penal, abala a segurança da união, constantemente estimulada também pelas leis penais, como são exemplos frisantes a extinção de punibilidade quando o ofensor, nos crimes contra os Costumes (cap. I, II e III) se consorcia com a ofendida, e na hipótese de exclusão de punibilidade relata, va ao crime de Favorecimento Pessoal (art. 348, § 2º).

Os comentadores do Código Penal divergem na interpretação da agravante cônjuge.



BENTO DE FARIA: "Também pouco importa que o marido e a mulher não vivem sob o mesmo teto, ou que se achem desquitados". Ademais, notícia decisões judiciais nesse sentido: "Revista de Jurisprudência Brasileira, vol. 62, pág. 189; Revista Forense, vol. 101, pág. 371, vol. 125, pág. 262)"<sup>(162)</sup>.

PEDRO VERGARA acompanha o entendimento. "No que respeita aos cônjuges, a agravante só se refere às pessoas casadas, civilmente; não se atém ao casamento religioso, salvo, é claro, quando se trata de pessoas estrangeiras, e, no seu país, essa for a forma legítima do casamento; inútil será dizer que o Código não alude, sequer, ao concubinato. "É de notarsi, diz VANNINI, che quando si parla di coniugi s'intendono coniugi in senso giuridico, o sia i coniugi a matrimonio aventi affetti civili"<sup>(163)</sup>.

ROBERTO LYRA reporta-se ao Código Civil: "A letra f refere-se às relações de parentesco, que se caracterizam incomunicavelmente pelo simples fato destas, somente distinguindo o legítimo do ilegítimo em relação ao cônjuge, como resulta desta palavra (arts. 230, 231, 232, etc, do Código Civil)"<sup>(164)</sup>.

JOSÉ FREDERICO MARQUES foi breve<sup>(165)</sup>.

Esses consagrados autores denotam pensamento comum. Situaram, na mesma linha, as quatro hipóteses arroladas no art. 44, II, f do Código Penal. Não estabeleceram as nuances que lhe são próprias. Conseqüentemente, não distinguiram onde, interpretação teleológica, forçosamente, sulca tratamento diferente.

COSTA E SILVA apreendeu a diferença. Foi além de mera investigação literal: "A relação de parentesco, como motivo de agravação da pena, é perfeitamente plausível, na grande maioria dos casos. Não raro, porém, vivam os parentes em desarmonia ou

---

<sup>(162)</sup> BENTO DE FARIA, ob. cit., pág. 38.

<sup>(163)</sup> PEDRO VERGARA, "Das Circunstâncias Agravantes", ed. 1948, nº 160, 4, pág. 207.

<sup>(164)</sup> ROBERTO LYRA, "Comentários ao Código Penal", ed. 1958, pág. 303/304.

<sup>(165)</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES, Tratado, vol. 2, pág. 263.



como inimigos. Não existem entre eles os laços de afeto e estima e perseguem os filhos, como os do belo conto de MAUPASSANT - "Un parricide". Há cônjuges que vivem separados, na maior indiferença ou hostilidade. Em hipóteses tais, a agravação perde a sua força. Em antiga decisão, julgou o Tribunal de Justiça de São Paulo que a circunstância de ser a ré esposa do ofendido deixava de ser agravante, quando fora aquela por este abandonada" <sup>(166)</sup>.

GALDINO SIQUEIRA expressa opinião que necessita de ser registrada, "A solução exata, por isso, que mantenedora da lei, não só civil, como constitucional, esta estatuinto expressamente a "indissolubilidade do casamento, e pondo a família sob proteção especial do Estado", art. 124, não pode ser outra senão a propugnada por COSTA E SILVA, retro apontada, da vigência da agravante, enquanto persiste o vínculo conjugal, em se concretizam interesses, não só privados, como de ordem pública, nada influenciando, pois, a situação de fato dos cônjuges, por ele próprios criada, dada a ocorrência de fato criminoso, atentatório do vínculo conjugal"<sup>(167)</sup>.

A posição do saudoso jurista de São Paulo é oposta a de GALDINO SIQUEIRA. Leva em consideração as circunstâncias de fato. Não a tem como simples decorrência do matrimônio. Empregou palavras que afastam dúvida, ou dubiedade de interpretação: "Em hipóteses tais, a agravação perde a sua força".

JORGE SEVERIANO avaliza o melhor entendimento: "Por certo quando criou essa circunstância agravadora da pena, não foi para que se a entendesse de modo absoluto, mas relativo. E neste caso a agravação não pode decorrer e não se justifica apenas porque o vínculo matrimonial (hoje, constitucionalmente indissolúvel) exista. É preciso a prova de sua existência de fato. Se marido e mulher vivem separados vai para longos anos, se são inimigos, se a causa do crime foi ofensa grave feita por um a outro (por exemplo, quebra de fidelidade

---

<sup>(166)</sup> COSTA E SILVA, ob. cit., pág. 198.

<sup>(167)</sup> GALDINO SIQUEIRA, ob. cit., vol. 2, pág. 695/696.



conjugal), não se compreende vá se agravar a pena só porque um vínculo, que a lei diz indissolúvel, ainda exista, muito embora na realidade esteja dissolvido. O que o legislador deve ter tido em vista foi punir mais gravemente aquele que se aproveitando da confiança recíproca que a existência de fato de um vínculo de parentesco para, ou dela abusando, ou diante dela não recuando, revele ausência de sentimento de piedade, mau caráter, perversidade, etc. (...) No nosso modo de ver esta agravante também não abraça o cônjuge desquitado" <sup>(168)</sup>.

A boa orientação divisa o motivo do rigor da pena jungido ao objeto jurídico.

A família - renove-se a observação - juridicamente não se desfaz. A sociedade conjugal, entretanto, corre sérios riscos. A desavença do casal pode culminar com a separação de fato, o que - também foi visto - não desejado pelo Estado.

A lesão corporal provocada pelo marido contra a mulher não se restringe a ocasionar efeitos contra a integridade física, ou à saúde. Ultrapassa esse limite. É fato idôneo para dar causa ao desmoronamento daquela comunidade.

Dessa forma, contrastaria com sua finalidade, a majoração da pena, quando a infração penal for cometida depois de desfeita a vida em comum. Nesse caso, nada mais resta a preservar. O dano, quanto a esse aspecto, foi nenhum.

Aos cônjuges separados, e com mais ponderáveis razões, quando desquitados, a sociedade não impõe o comportamento exigido se intacta a sociedade conjugal. Isso repercute até na severa lei penal. Vejamos. Em se tratando do crime de Adultério, "A ação não pode ser intentada: pelo cônjuge desquitado". "O juiz pode deixar de aplicar a pena: - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges" <sup>(169)</sup>.

---

<sup>(168)</sup> JORGE SEVERIANO, Código Penal, ed. 1941, vol. 2, pág. 193/194.

<sup>(169)</sup> Código Penal, art. 240, § 4º, I.



Com esteio nessas considerações, não incide a agravante, se ambos deixaram de dar sequência à sociedade conjugal, em virtude da separação. Em outras palavras, o bem juridicamente tutelado, na espécie, é a sociedade conjugal.

Como acentuado, o tratamento jurídico da família legítima, outrora marcadamente distinto da família natural, paulatinamente, está perdendo importância e as diferenças tendem a desaparecer. O Estado, sem disfarces e os Tribunais a ele muitas vezes se antecipam, estão precipitando o fenômeno.

Dessa forma, se normalmente, a reprovabilidade ao concubínario é maior se praticar infração penal contra a companheira se inexistisse a respectiva relação, juridicamente o tratamento não pode ser o mesmo nas duas situações.

A circunstância - instituto destinado a dosar milimetricamente a pena - deve ser sensível ao fato.

É certo, as agravantes, como accidentalia delicti, além de legais, podem ser judiciais. Ocorre, todavia que a lei - daí a discriminação das legais - para sempre agravar a pena, contempla algumas hipóteses, não as remetendo à criteriosa discricção do magistrado, como acontece com as circunstâncias judiciais, facultativas, por sua natureza.

Em 1940, quando foi publicado o Código Penal, social, moral e juridicamente, a concepção de sociedade de fato não revelava as características hoje consagradas. Em virtude das transformações sentidas pelo instituto nas referidas escalas, atualmente, nada impede a aplicação da interpretação progressiva, e, em particular, atendendo-se à finalidade da agravante, compreender no conceito de cônjuge, os componentes da sociedade de fato. Nenhuma censura jurídica é notada, visto não ser caso de analogia in malam partem, não incidente, portanto, na proibição do princípio da reserva legal. Ao contrário, nos limites do



nullum crimen, nulla poena sine legem, atualiza socialmente o texto legislativo, e a lei velha se moderniza para a justiça ser alcançada.

Não se argumente que o art. 44, II, g: "com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade", compreende a espécie. Essa agravante exige, além das relações domésticas, que o agente se prevaleça das mesmas. A infração penal cometida por uma pessoa que com a vítima mantenha relações domésticas, por si mesma, não configurará a hipótese.

Prevalecer-se, na espécie, indica idéia de aproveitamento da facilidade para a prática do crime, resultante da vida em comum. É quebra de fidelidade, traição de confiança conquistada através da convivência.

JOSÉ FREDERICO MARQUES leciona; "Tanto a agravante atrás focalizada - a da letra f - como as seguintes sob as letras g e h, se caracterizam por serem circunstâncias provindas da posição do agente em face do ofendido. Em ambas as séries, além do aspecto ético que apresentam os elementos majorantes, há também a probabilidade de maior êxito na prática do crime, como um dos motivos que tornam necessária a agravação da pena. Principalmente, nas circunstâncias capituladas na letra g"<sup>(170)</sup>.

O Código Penal italiano estampa dispositivo da mesma índole: "Aggravano il reato, quando ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti: (...) 9º: l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione ..." <sup>(171)</sup>.

Os Tribunais peninsulares consagram o entendimento exposto<sup>(172)</sup>.

---

<sup>(170)</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES, Tratado, vol. 2, pág. 263.

<sup>(171)</sup> Código Penal da Itália, art. 61.

<sup>(172)</sup> RASSEGNA DI GIUROSPRUDENZA SUL CODICE PENALE cit., Libro primo, pág. 138: "b) Abuso di relazioni domestiche. - L'abuso di tali relazioni, consiste nel fatto che il colpevole approfitta illegittimamente dalle speciali condizioni inerenti all'ambiente domestico e familiare in cui se trova insieme col soggetto passivo".



Assim, se o sujeito ativo não se prevalecer, no sentido jurídico do termo, como, a título de ilustração, ocorrerá durante uma discussão, se o marido agredir a mulher, o crime não será acrescido da circunstância descrita, na letra g.

Acrescente-se a explanação aos casos em que o vocábulo cônjuge traduzir causa especial de aumento de pena. A finalidade da circunstância que aumenta a sanção é sempre a mesma. A quebra de fidelidade devida pelos componentes da família e a motivação principal da intransigência da lei.

Dessa forma, nada impede, para melhor proteção da objetividade jurídica, que o conceito de cônjuge(art. 44, II, f), envolva os participantes da sociedade de fato. A sutileza da interpretação progressiva aconselha e o imperativo da justiça impõe tal entendimento.

## MARIDO

Os artigos 227, 1º (Mediação para servir a lascívia de outrém), 228, 1º (Favorecimento da Prostituição), 230, § 1º (Rufianismo) e 231, § 1º (Tráfico de Mulheres) arrolam a seguinte qualificativa: "Se a vítima é maior de catorze e menor de dezoito anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de tratamento ou de guarda".

O motivo da majoração da pena repousa na relação entre o agente e a vítima. Tais crimes revelam vileza de caráter. O lenocínio e o tráfico de mulheres trazem ínsita a torpeza. Chocam-se com a moralidade. Maior desfibramento será exteriorizado se o agente não titubear em conduzir para o comércio carnal pessoa a ele ligada por vínculos de parentesco, por ser o representante legal da vítima, estar a ele confiada para fins de educação, tratamento, ou guarda, ou quando compuzerem a sociedade conjugal.. É o chamado lenocínio





familiar. O alarma social, a demonstrada periculosidade do agente e a maior censurabilidade da maneira reprovável de dirigir a família justificam o aumento da cominação legal.

À vista desses motivos, que atitam com o interesse do Estado de ser a família o núcleo social que o favoreça a atingir seus objetivos, e, portanto, não dever constituir facilidade para a prática de crimes - muito menos de crimes abjetos - e levando-se em consideração que o estímulo à manutenção de uniões extramatrimoniais decentes e orientação das legislações, renovam-se aqui as ponderações relativas à agravante do crime cometido contra cônjuge.

A agravante e a qualificativa voltam-se para o mesmo fim: majorar a sanção. Distinguem-se somente quanto a maneira de fazê-lo. Na primeira, o aumento é fixado pelo juiz, e na segunda pelo legislador.

Na espécie, a maior severidade resulta exclusivamente da relação que prende o agente à vítima. Não há necessidade do sujeito ativo abusar, ou prevalecer-se dessa relação. É argüida porque o bem tutelado sofre prejuízo, embora o dano não caracterize o resultado típico. In casu, a preservação da família honesta (legítima, ou extramatrimonial) é a meta buscada.

A razão da qualificativa inserta no § 1º dos artigos mencionados é explicada, pois, pelo fato do agente demonstrar falta de condições morais para ser chefe de família.

A equiparação entre a família legítima e a família natural, sob o aspecto do interesse do Estado de mantê-las - o que não impede o estímulo à constituição da primeira - e tendo em visto que o motivo do accidentalium delictum é punir com maior severidade quem desvirtue a finalidade da referida instituição, a interpretação evolutiva, mais uma vez, autoriza situar no mesmo plano o agente civilmente casado e o componente da sociedade de fato.



Os comentadores do diploma brasileiro não levaram em conta a evolução sociológica do tema, com indisfarçáveis reflexos jurídicos. VICENTE SABINO JÚNIOR limita-se a reproduzir o texto de lei <sup>(173)</sup>; NELSON HUNGRIA <sup>(174)</sup> e MAGALHÃES NORONHA <sup>(175)</sup> conferem interpretação restrita por entenderem que a relação das qualificativas é taxativa. Nota-se que os escólios dos consagrados mestres foram elaborados logo após a publicação do nosso Código, o que, foi ressaltado, e dado de grande importância. Ademais, a conclusão extraída, por situar-se em terreno interpretativo, sem censura da analogia, e perfeitamente válida.

O vocábulo exprime apenas o homem. MAGALHÃES NORONHA explica a discriminação: "Exclue a esposa, pois quimérica e a hipótese de induzir o marido a saciar a lascívia alheia e se, todavia, ocorrer não haverá razão para agravar a pena" <sup>(176)</sup>.

### CASADO

O Código Penal faz referência a casado também no art. 226: "A pena e aumentada da quarta parte: II -se o agente é casado".

Essa causa especial de aumento da pena aplicável nos casos de crimes contra os Costumes (capítulos, I, II e III, do Título VI) se explica para tornar mais severa a punição de quem não podendo atender ao estímulo ensejado pela lei, ou seja, pelo subsequens matrimonium constituir família legítima com a vítima de um desses crimes, e para consignar a maior censurabilidade do comportamento de agente que viola a obrigação de fidelidade conjugal.

---

<sup>(173)</sup> VICENTE SABINO JÚNIOR, "Direito Penal", ed. 1967, 3º vol. 3, pág. 893/894.

<sup>(174)</sup> NELSON HUNGRIA, ob. cit., vol. VIII, pág. 284.

<sup>(175)</sup> MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., vol. 3, pág. 343.

<sup>(176)</sup> MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., vol. 3, pag. 342.



Ao solteiro, ainda que mantenha vida em comum com outrem, será possível atitude vedada ao casado, isto é, contrair justas núpcias com a vítima. O mal por ele provocado - teoricamente considerado - será menor do que o produzido por quem tenha impedimento para casar-se, uma vez que, juridicamente, será viável atingir o fim que a lei penal faculta ao agente.

MAGALHÃES NORONHA leciona a respeito desse aumento de pena: "RÉU CASADO - É a derradeira agravação. Já a previra a lei anterior. Seu fundamento reside na impossibilidade de o réu reparar o mal pelo casamento.

"O desquitado, não podendo casar novamente, pois nossa lei não conhece o divórcio a vínculo, mas simplesmente o canônico (quod thorum et habitationem), praticando um crime carnal, terá contra si a agravante" <sup>(177)</sup>.

À vista do exposto, nessa passagem, casado se restringe a pessoa que haja contraído matrimônio com efeitos civis. Ademais, abrange representantes de ambos os sexos, uma vez que, embora, estatisticamente, menos freqüente, a mulher é sujeito ativo dos crimes definidos nos artigos 214, 216, 218, 219 e 220.

---

<sup>(177)</sup> MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., vol. 3, pág. 317.



## SANÇÃO e AUTORIDADE MARITAL

O sistema de penas no Código Penal compreende duas categorias: principais e acessórias. Estas são enumeradas no Título V - Das Penas - Capítulo V - Das Penas Acessórias. O artigo 67 discrimina três espécies: "I- a perda de função pública, eletiva ou de nomeação; II- as interdições de direitos; III - a publicação da sentença" <sup>(178)</sup>.

A interdição de direitos contempla incapacidade permanente, ou temporária para o exercício de atos da vida civil e política. Entre eles, inclui-se o impedimento referente à autoridade marital (art. 69, II c/c. art. 69, § único, II a e b e 70), podendo, outros sim, o juiz, durante o processo, decretar a suspensão provisória (art.70).

Autoridade marital é o complexo de direitos conferidos ao marido, em virtude do casamento <sup>(179)</sup>. Decorre, pois, do matrimônio. Visa a disciplinar o modus vivendi do casal, a fim de garantir a unidade da família. Tal direito tem como pressuposto o casamento. Não "basta a simples união de fato. É consequência de ato jurídico específico.

O agente que traia a confiança que a lei depositou no homem, conferindo-lhe a chefia da sociedade conjugal, além da sanção cominada ao ilícito praticado, fica sujeito à pena acessória de interdição do direito, temporária, ou permanente.

Em virtude do narrado, apenas o indivíduo casado de acordo com a lei do país, será passível da sanctio iuris.

<sup>(178)</sup> GUILLERMO SAUER, "Derecho Penal (Parte General, ed. 1956, pág. 401/402, consigna a seguinte observação: "En conjunto el desenvolvimiento se manifiesta hacia la ampliación del círculo de las consecuencias accesorias y especialmente las medidas de seguridad, más que el de las penas. Por eso se ha de apreciar también histórico dogmáticamente una tendencia en la medida de seguridad, que hasta ahora era atribuída a las penas, de introducción mayor de los amplios fines de seguridad y satisfacción. Si se prescinde de los últimos años extraordinariamente duros (desde 1933) las penas accesorias parecen perder cada vez más terrenos y transformarse en consecuencias accesorias. (...) Según eso en el futuro quedarían quizá sólo penas de privación de libertad y penas pecuniarias, mientras todas otras medidas se transformarían en consecuencias accesorias o medidas de seguridad y corrección independientes". No Projeto HUNGRIA, a inabilitação para o exercício de profissão passou para o setor das medidas de segurança (art. 78/ c/c. art. 91).

<sup>(179)</sup> A extensão dos direitos conferidos ao marido, como chefe da sociedade conjugal varia no tempo e no espaço. Apesar da mutação, extrai-se uma constante: diminuem dia a dia. A tendência é colocar os cônjuges no mesmo plano de tratamento jurídico. O Código Civil brasileiro, em comparação com a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 revela a procedência da afirmação. Foram abolidas sérias restrições à mulher, o que não acontecia em relação a marido.



## Reabilitação

O instituto da reabilitação, na espécie, pode ser examinado como complemento da matéria.

O artigo 119, §2º, de acordo com a redação dada pela Lei nº 5.467, de 05 de julho de 1968, dispõe: "A reabilitação não pode ser concedida: a) em favor dos presumidamente perigosos pelos ns. I, II, III e V do art. 78 deste Código, salvo prova cabal em contrário; b) em relação à incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela, curatela ou autoridade marital se imposta por crime contra os costumes, cometido pelo condenado em detrimento de filho, tutelado ou curatelado, ou por crime de lenocínio".

Como a sanção é limitada ao "casado, evidentemente, só quem a tenha sofrido será reabilitado, implicando, pois, conceito restrito, uma vez que é categórico o caput do artigo 119: "A reabilitação alcança quaisquer penas impostas por sentença definitiva".



## PUNIBILIDADE

### EXCLUSÃO

#### Cônjuge

A responsabilidade implica a obrigação de suportar as conseqüências jurídicas da infração penal. Atualmente, consistem nas penas e medidas de segurança. O sistema das penas, na legislação brasileira é amplo <sup>(180)</sup>. A sanção, embora, materialmente, conserve o caráter aflitivo, destina-se a um fim utilitário <sup>(181)</sup>. As medidas de segurança <sup>(182)</sup>, antes de tudo,

---

<sup>(180)</sup> Além das penas previstas no Código Penal e na lei das Contravenções Penais - principais (privativas de liberdade e multa) - acessórias - (perda de função pública não cominada para as contravenções; interdição de direitos e publicação da sentença), o ordenamento positivo nacional prevê a pena de morte, aplicável em caso de guerra externa, ressalvada a legislação militar (art. 150, § 11, da Constituição do Brasil, de 1967).

<sup>(181)</sup> a história das idéias e instituições penais revela as transformações por que passou a pena. Os grandes períodos de divisão cronológica entremostam motivações diferentes. No primeiro estágio, correspondente ao período em que o homem vivia da caça e da pesca, a característica é a reação impulsiva e ilimitada. A fase da vingança divina, marcadamente mística, denota preocupação de punir quem ofendesse a divindade e a sanção é a forma de aplacar a ira de Deus. No período da vingança privada, a reparação do dano causado ao titular do bem violado era a nota de relevo. A vingança pública, por sua vez, fixa a época em que o interesse coletivo sobrepassa ao do particular ofendido. A pena assume colorido político. O humanitarismo provocou novas concepções. A aplicação da pena se liberta do caráter de vindita, satisfação do desejo de vingança. Adquire papel de prevenção coletiva. Anteriormente, a idéia fora referendada. Segundo ULPIANO ( Digesto, de poenis, 48, 19, 6 § 1), a sanção é imposta ud exemplo de territi minus delinquant, e CONSTANTINO (Código ad legem Juliam repetundarum, 9, 27, 1) escreveu: ut unius poena metus possit esse multorum. A Escola Clássica, porém, lança a sugestão como bandeira de reivindicação. Aliás, FEUERBACH, ao enunciar, na fórmula latina, o princípio nullum crimen, nulla poena sine legem, manteve o conteúdo político conquistado em 1215, na Inglaterra. O cuidado maior, contudo, era tornar prática a garantia de reserva legal. Se o homem somente pode ser punido por conduta anterior à definição do ilícito penal, ao Estado incumbe dar a conhecer o elenco das infrações. A Escola Positiva desempenhou papel saliente. A ilação de ser o crime fato social e humano, e não mera categoria jurídica, condicionou conclusões então desconhecidas. Desenvolveram-se meios de defesa social, e pesquisa da etiologia do delito, quer na constituição física do criminoso, tônica da Antropologia Criminal de LOMBROSO, ou como propuseram FERRI, TARDE e LACASSAGNE, na complexidade do meio ambiente. Nasceram, por isso, as medidas de segurança, institutos de tratamento, educação e reeducação do homem portador de periculosidade. Outras escolas se formaram, visando à conciliação dos clássicos e positivistas. Salienta DOMEDIEU DE VABRES, in "A Justiça Penal de Hoje", ed. 1962, pág. 16, referindo-se à situação predominante: "Elas constituem, de certo modo, no quadro da doutrina utilitária, uma vitória do espírito jurídico sobre a tendência antropológica ou sociológica da Escola positivista (...) Elas pretendem, no entanto, reforçar o valor da pena como meio de prevenção coletiva. Reagindo contra a tendência, excessivamente individualizante, da Escola Positivista, afirmam o caráter objetivo da sanção penal". As legislações atuais firmaram posição eclética. Pena e Medida de Segurança. Com isso, concomitantemente, impedem-se novas infrações e se efetiva política de prevenção criminal.

<sup>(182)</sup> No Direito brasileiro, aplicam-se medidas de segurança tanto aos autores de crimes como de contravenções penais. O sistema é disciplinado no Código Penal (art. 75 usque 101), com a ressalva do art. 13, da Lei das Contravenções Penais: "Aplicam-se, por motivo de contravenção, as medidas de segurança estabelecidas no Código Penal, à exceção do exílio local".



visam a evitar que o portador de periculosidade incida, ou volte à prática de atos delituosos. Enquanto a culpabilidade é pressuposto da pena, a periculosidade o é da medida de segurança.

Em algumas situações, entretanto, o Estado renuncia à punibilidade para salvaguardar outros interesses.

No Código Penal brasileiro, o art. 181, I é um exemplo. A fim de conservar a unidade da família, contra a qual o processo criminal constituiria sério risco, uma vez que, certamente, ampliaria as dissensões entre as pessoas a ela pertencentes, o Estado deixa de aplicar a pena relativa aos crimes contra o patrimônio, desde que não haja prática de violência (art. 183), sem que haja comunicabilidade dessa circunstância ao estranho que participa do crime.

Em se considerando a teleologia da lei, e tendo-se presentes as razões que informam, juridicamente, o amparo da sociedade de fato, incorre óbice para o concubino ser beneficiado com essa circunstância.

Na espécie, como argumento a mais para recomendar a ilação, trata-se de interpretação favorável, podendo ser também invocado o provérbio - odiosa restringenda, favorabilia amplianda.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de manifestar-se a respeito. Fê-lo de maneira a amparar a conclusão ora extraída <sup>(183)</sup>.

---

<sup>(183)</sup> REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, vol. 39 (fevereiro), pág. 306/307: RECURSO DE HABEAS CORPUS nº 43.217 RS – Voto: "O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro (Relator): - A paciente tinha residência certa e conhecida da Polícia: a Parada 18 da Vila Sarandi. Nesse endereço, foi ela encontrada pelos agentes policiais que aí apreenderam os móveis tidos como furtados de Elvino Batestino, com quem ela vivia em concubinato. Entretanto, o oficial de Justiça não só declara não a ter encontrado, como diz que não esteve no endereço indicado por não conseguir localizá-lo (f. 11). Que esse oficial não tenha sido diligente, prova-o o fato de que ele não citou uma só das testemunhas arroladas, por ter chegado à inverossímil conclusão de que todas elas se encontravam em lugar incerto e não sabido.

Verifica-se, assim, que a paciente, além de não ter sido citada pessoalmente, não teve defesa prévia e foi condenada em processo sem testemunhas. Tenho como demonstrado que a paciente não foi procurada, no local em que residia, a fim de ser pessoalmente citada para a ação penal contra ela intentada. Dessa forma, a citação por edital não pode prevalecer.

Assim, por falta de citação válida, dou provimento ao recurso e concedo a ordem para anular o processo, a partir da denúncia.



Conseqüentemente, por esse efeito, cônjuge significa, além de marido e mulher, o componente da sociedade de fato.

Não se olvide, porém, a bitola legal. A espécie de exclusão de punibilidade é restrita: "I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal".

A ressalva tem sua razão de ser. A união dos consortes é a preocupação central da lei. NELSON HUNGRIA sublinha: “Na casuística da impunibilidade absoluta, figura em primeiro lugar o crime patrimonial entre os cônjuges, enquanto dura a sociedade conjugal. Pouco importa o regime de bens do casamento, ou que este tenha sido celebrado no país ou no estrangeiro. Acareando-se o inc. I do art. 181 com o inc. I do art. 182, verifica-se que os cônjuges, ainda quando não desquitados, se acham judicialmente separados, já não subsiste a isenção penal, substituindo-se esta pela punibilidade relativa (dependente de representação do lesado).”<sup>(184)</sup>

Nesses termos, o participante da sociedade de fato somente será contemplado com esse benefício quando persistir a vida em comum. Desfeita esta, desaparece o interesse de aplicação da circunstância, por inexistência do bem protegido.

Outra passagem de exclusão de punibilidade é localizada no artigo 348, § 2º, relativa ao crime de Favorecimento Pessoal. O motivo desse dispositivo repousa no sentimento de solidariedade que une os membros de uma família, cujo núcleo social faz nascer, conservar e impõe reciprocidade de tratamento inexistente entre as pessoas estranhas.

---

Voto: O Sr. Ministro Evandro Lins: - Estou de acordo, mas vou um pouco além do eminente Ministro Relator: concedo, desde logo, o habeas corpus, por falta de justa causa para o procedimento penal. A paciente é acusada de ter furtado móveis da casa em que residia com o seu amante. Havia uma sociedade de fato, como reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Considero a acusação uma iniquidade e, por isso, além de concordar com o fundamento do eminente Ministro Relator, também concedo a ordem, por falta de justa causa para a ação penal.

Voto: O Sr. Ministro Cândido Motta: - Peço vênias para acompanhar o eminente Ministro Evandro Lins. Acho que, no caso, há uma verdadeira iniquidade, muito embora hoje já se reconheça que pode haver uma sociedade ilegítima. Mas, neste caso, isso não se verifica. De modo que acompanho o eminente Ministro Evandro Lins, data venia do eminente Ministro Relator.

<sup>(184)</sup> NELSON HUNGRIA, ob. cit., vol. VII, pág. 325.





O filho, o pai, o irmão e o cônjuge - ainda que reprovem a conduta delituosa da pessoa a eles unidas pelo respectivo vínculo - sentem insopitável desejo de lhes dar guarida a fim de os auxiliar a subtraírem-se à ação das autoridades. Esse fato, é certo, constitui ofensa a bem jurídico - Administração da Justiça. A atenção à referida solidariedade, contudo, uma vez mais, levou o Estado a desistir da sanção.

O cônjuge foi incluído no rol dos beneficiários, por razões óbvias. Os mesmos podem ser aduzidos para conferir ao vocábulo um sentido amplo, de forma a abranger também as pessoas não civilmente casadas. Juridicamente, são válidas as ponderações expendidas em torno do artigo 181, I, ensejando por isso, a mesma conclusão.

## EXTINÇÃO

### Casamento

O Código Penal contempla caso de extinção de punibilidade no art. 108, VIII; "Extingue-se a punibilidade: (...) - pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial".

Longo debate doutrinário foi travado a respeito da incidência do instituto na hipótese do matrimônio da vítima com terceiro.

Os escritores que negam a aplicação, ou seja, que somente admitem o benefício se o matrimônio for contraído pelo sujeito ativo, raciocinam com ferrenho apego à letra da lei. Advertem do perigo de outro entendimento. Visam a evitar que pessoas abastadas, a fim de se livrarem dos inconvenientes do processo criminal e do risco de eventual condenação, muita vez mediante pagamento consigam o casamento da ofendida com outrem, solução, aliás, que arpeia o senso moral do homo medius.

Em posição contrária, colocaram-se os intérpretes menos apegados ao aspecto literal. Preocuparam-se mais com a finalidade da norma. Fizeram boa exegese. ALOYSIO DE



CARVALHO FILHO, com veemência, filiou-se a esta corrente: "Nem se perca de vista que o interesse da sociedade é o casamento da ofendida. Interesse preferente ao da punição do sedutor, tanto que nos crimes contra os costumes a regra é a queixa privada, com a sua relevante conseqüência, o perdão. Do ponto de vista social, propriamente, não importa case a ofendida com o ofensor, ou com estranho. A família está constituída, sob a égide da lei, respeitada, sobretudo, a liberdade de escolha, essencial à validade de atos dessa natureza".<sup>(185)</sup>

Os crimes contra os Costumes arrolados nos Capítulos I a III, do Título VI, com exceção do Estupro (artigo 213), Posse Sexual mediante fraude (art. 215) e Sedução (art. 217) - ressalvada a particularidade da co-autoria podem ser perpetrados tanto pelo homem como pela mulher. Se o agente for do sexo feminino, ocorrendo o seu casamento com o sujeito passivo, valer-se-á também da extinção da punibilidade.

À vista da finalidade perseguida, casamento, na espécie, exprime ato jurídico constitutivo da família legítima. Dessa forma, é indispensável a realização do matrimônio, não bastando a formação da família natural. Nessa altura, casado é a pessoa unida pelo respectivo vínculo com o sujeito passivo dos crimes descritos no texto acima transcrito.

---

<sup>(185)</sup> ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, "Comentários ao Código Penal", ed. 1958, vol. IV, pág. 325.



- AÇÃO PENAL -

CÔNJUGE

A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. O disposto no artigo 102 do Código Penal, entretanto, sofre restrições conforme determinam os respectivos parágrafos. "No caso de morte do ofendido ou de ter sido ele declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão"<sup>(186)</sup>.

Ao cônjuge, pois, é conferida legitimidade para solicitar a prestação jurisdicional, ou prosseguir o processo, quando o ofendido não puder fazê-lo.

A ação penal privada se justifica por razões de política criminal. O Estado decide renunciar à iniciativa do ius puniendi para remeter à vítima, ou ao seu representante legal, a decisão final sobre a conveniência da demanda, que, muitas vezes, abala moralmente o ofendido. O mesmo raciocínio se amolda à ação penal dependente de repressão. A condição de perseguibilidade entrega ao sujeito passivo ponderar as conveniências de chamar o agente a juízo. A Exposição de Motivos esclareceu, expressamente, a respeito do crime de Perigo de Contágio Venéreo<sup>(187)</sup>.

Em todas as hipóteses estão presentes os altos interesses da família.

Não é difícil divisar o motivo do cônjuge praticar os referidos atos jurídicos. A convivência, a coabitação, a "honra comum", o desvelo recíproco conduzem a interesses mútuos, próprios do casal e que transcendem as pessoas da sociedade conjugal.

A injúria irrogada contra um membro da família, embora os demais não sejam vítimas do crime, moralmente, os ofende também. A intensidade da dor é maior conforme a

---

<sup>(186)</sup> Código Penal, art. 102, § 4º.

<sup>(187)</sup> Exposição de Motivos, nº 44: "Segundo dispõe o projeto (que, neste ponto, diverge do seu modelo), a ação penal, na espécie, depende sempre de representação (e não apenas no caso em que o ofendido seja cônjuge do agente). Este critério é justificado pelo raciocínio de que, na repressão do crime de que se trata, o strepitus iudicii, em certos casos, pode ter consequências gravíssimas, em desfavor da própria vítima e de sua família".



aproximação dessas pessoas. Há, em se tratando de cônjuge, ascendente, descendente, ou irmão, presunção de que os motivos que levaram o ofendido a oferecer a queixa impressionaram da mesma forma os componentes da família.

A Família - ficou expresso - é uma instituição. Forma-se matrimonial, ou extramatrimonialmente. Em ambos os casos, foi elevada à categoria de bem jurídico-penalmente protegido. A família legítima e a família natural escudam-se no mesmo sentimento, vivem as mesmas emoções e enfrentam as mesmas dificuldades.

O interesse de preservar a família não se restringe a quem esteja ligado pelo vínculo matrimonial. As mesmas razões impulsionam o casal de fato.

Em virtude da evolução do tratamento jurídico da família natural - repetidas vezes, foi esclarecido que as diferenças da família legítima diminuem constantemente - a interpretação progressiva determina que a palavra cônjuge não se limite às pessoas casadas, sendo lícito abranger também os participantes da sociedade de fato. Envolve, ademais, as pessoas de ambos os sexos.

No tema, não há lugar para objetar-se com a analogia in malam partem. Esta, além de não se identificar com a interpretação progressiva, não ocorre sequer em tese, porquanto não se trata de definição de delito, ou de cominação de pena. Restringe-se à legitimidade ativa para a ação penal.

Essa é a regra geral. Cumpre distinguir onde a lei o fizer. Em se tratando de crime de adultério, impõe-se conclusão diferente.

No artigo 240, § 2º, o Código Penal arrolou ação penal personalíssima, isto é, somente intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de um mês após o conhecimento do fato.

Antes de tudo, analisemos a objetividade jurídica referente ao delito de adultério. Interessa-nos apenas esse pormenor. Vimos, teria sido melhor outra



subclassificação do Título VII. A análise dogmática, contudo, é rígida. Vincula o intérprete aos termos da lei. Por isso, em nosso direito positivo, o objeto jurídico imediato é o casamento. Ainda que outros bens sejam danificados, não será possível relegar a colocação inserta na lei.

O legislador brasileiro ao definir o ilícito como infração penal contra o casamento, pretendeu reforçar a proteção do matrimônio, embora o adultério não acarrete perigo para a indissolubilidade do vínculo matrimonial. Enfatizou-se o dever de fidelidade dos cônjuges imposto como efeito do casamento <sup>(188)</sup>. Coloca em risco apenas a sociedade conjugal. Nossa lei desconhece o divórcio.

À vista do narrado, patenteia-se - como acontece com o termo casado (art. 235) - cônjuge ofendido (art. 240, § 2º) aponta somente a pessoa civilmente casada, de um, ou de outro sexo.

Nesta passagem, seria imprópria interpretação progressiva. Esta significa reelaboração de conceitos, como resultado de novas concepções, conquistas técnicas, ou surgimento de outros fatos subsumíveis ao tipo. Socialmente, não há reclamos para o alargamento da punição a quem cometa infidelidade conjugal. Na literatura penal, não são poucos os escritores que postulam a exclusão desse crime do elenco dos ilícitos criminais <sup>(189)</sup>. Além disso, ocorre óbice legal. Compreender também os concubinos seria hipótese de analogia proibida. Ampliar-se-ia, para prejudicar, o campo de incidência da norma, em virtude do objeto jurídico eleito pelo legislador.

---

<sup>(188)</sup> Código Civil, art. 231.

<sup>(189)</sup> ASÚA, "El Criminalista", Tomo X, pág. 196: "Son muchos los penalistas - Y no todos de última hora - que han postulado la supresión del adulterio como delito, entre los artículos del Código Penal. Ya conocemos las opiniones de Filangieri, Tissot, Pessina, junto a los cuales debemos mencionar, además de los feministas a Ferri, Luchini, Gauthier, Stoos, Crisafulli, que se revuelve tan áspera como retoricamente contra Molinaro, etc. (...) Para nosotros no hay más sanción que disolver el vínculo matrimonial".



O § 3º veda o exercício do direito de ação penal ao cônjuge desquitado, ou ao cônjuge que consentiu no adultério, ou o perdoou expressa, ou tacitamente.

A hipótese do inciso I - cônjuge desquitado - evidencia casamento anterior. No caso do inciso II, focaliza-se aspecto especial do titular do direito de ação - a situação continua a mesma. É relativa aos casados civilmente.



- REPRESENTAÇÃO -

A conclusão a respeito do artigo 181, I não se aplica ao artigo 182, I, embora componham as "Disposições Gerais" dos Crimes contra o Patrimônio.

Cônjuge desquitado, ou judicialmente separado são expressões que indicam matrimônio anterior. O desquite e a separação judicial pressupõem casamento. Ficou, ademais, demonstrado que a separação do casal desfaz a sociedade conjugal, permanecendo íntegra a família (legítima).

Nesses termos, não se equiparam a situação decorrente do casamento e a derivada da sociedade de fato. Esta se encerra com a cessação do animus da vida em comum, ao passo que o casamento ex vi da Constituição e do Código Civil estabelece liame inexistente no concubinato. Neste, a família se confunde com a sociedade conjugal, enquanto que marido e mulher, embora destruída essa sociedade, permanecem juridicamente vinculados.

A pesquisa teleológica, jungida ao aspecto literal do diploma legal, recomenda conferir, nessa altura, sentido restrito a cônjuge, a fim de identificá-lo aos civilmente casados. A estes, mesmo depois de separados, persiste interesse de não ser promovida a ação penal contra o elemento da mesma família. Em se tratando de casal de fato, como a respectiva família persistirá enquanto existente a vontade de vida em comum se esta deixou de existir, desaparece o bem jurídico, cuja preservação o Estado deseja favorecer.

- CONTRAENTE -

O artigo 236, § único restringe o exercício da ação penal ao contraente enganado, in verbis: "A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser



intentada senão depois de trazar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento".

O entendimento do termo em epígrafe coaduna-se com a interpretação que lhe foi conferida na análise ao caput do artigo. Nada há que anuir, ou modificar. O conteúdo é o mesmo. A única diferença reside na função atribuída ao instituto representado pelo vocábulo, o que – frise-se - não repercute no conceito.

Na hipótese em tela, refere-se ao titular do direito de formular a queixa, enquanto, na outra, indica o sujeito passivo do crime.

Assim fixa-se a mesma conclusão, com esteio nos fundamentos aduzidos. Em outras palavras, contraente enganado é a pessoa (indiferente o sexo) que, contraiu o casamento, induzido em erro essencial, ou a quem foi ocultado impedimento que não seja casamento anterior.





## PERDÃO JUDICIAL

O Código Penal brasileiro não é pródigo em consagrar o perdão judicial, facultando ao juiz deixar de aplicar a pena por motivo de oportunidade e conveniência.

A reforçar a argumentação de que o adultério antes de tudo, se volta para proteger a sociedade conjugal, a lei reconhece falta de interesse prático na aplicação da sanctio iuris "se havia cessado a vida em comum dos cônjuges" <sup>(190)</sup>. De fato, a inexistência do bem preservado faz desaparecer a razão da punibilidade.

A interpretação da hipótese em exame vincula-se ao entendimento de quem possa ser sujeito ativo do crime de adultério.

O agente dessa infração penal é apenas a pessoa civilmente casada. Conseqüentemente, somente ela sofrerá a punição, o que fixa a extensão do instituto. Abrange o marido e a mulher.

---

<sup>(190)</sup> Código Penal, art.240,.§ 4º, I.



- CAPÍTULO VI -

-CONCLUSÃO-



O conceito de cônjuge, no Código Penal brasileiro, não é uno. A lei, ademais, utiliza outros vocábulos para referir-se ao casal, ou a um de seus componentes.

A pesquisa sistemática e teleológica (sem desprezo à redação - em virtude da grande importância da tipicidade no Direito Penal) não deve ser olvidada, sob pena de laborar-se em falha de exegese.

De outro lado, a atualização do significado jurídico das palavras é dado inafastável quando se busca o Conteúdo do diploma legal. A interpretação progressiva, por isso, no tema eleito, exerce profunda influência.

Em síntese, extraímos as ilações retratadas nos Quadros seguintes

#### QUADRO I

O vocábulo indica o homem e a mulher civilmente casados ( ).

- |               |                      |
|---------------|----------------------|
| a) cônjuge    | - art. 244           |
|               | - art. 182, I        |
|               | - art. 240, § 2º.    |
|               | - art. 240, § 3º, II |
|               | - art. 240, § 3a, II |
|               | - art. 240, § 4º, I. |
| b) casado     | - art. 235.          |
| c) contraente | - art. 236           |
|               | - art. 236, § único. |
| d) casado     | - art. 226, III.     |



## QUADRO II

O vocábulo indica o homem e a mulher civilmente casados, ou componentes da sociedade de fato.

a) cônjuge - art. 44, II, f.

- art. 102, § 4º.

- art. 133, § 3º, II.

- art. 148, § 1º, I.

- art. 181, I.

- art. 348, § 2º.

## QUADRO III

O vocábulo indica o homem civilmente casado, ou componente da sociedade de fato.

a) marido - art. 227, § 1º

- art. 228, § 1º

- art. 230, § 1º

- art. 231, § 1º



BIBLIOGRAFIA  
(Citada no trabalho)

- 1- AGUIAR DIAS - Da Responsabilidade Civil, ed. 1960.
- 2- ALOYSIO DE CARVALHO FILHO - Comentários ao Código Penal, ed. 1958.
- 3- ANÍBAL BRUNO - Direito Penal, ed. 1959.
- 4- ANTOLISEI, FRANCESCO - Manual de Derecho Penal – Parte General, ed. 1960.
- 5- ANTOLISEI, FRANCESCO - Manuale di Dirritto Penale – Parte Speciale, ed. 1960.
- 6- ARNOLD WALD - Revista Forense, vol. 194.
- 7- ASÚA, LUÍS JIMENEZ - Tratado de Derecho Penal, ed. 1950.
- 8- ASÚA, LUÍS JIMENEZ - El Criminalista, ed. 1952.
- 9- ASÚA, LUIZ JIMENEZ - La ley y el delito, ed. 1945.
- 10- BASILEU GARCIA - Instituições de Direito Penal, ed. 1951.
- 11- BENTO DE FARIA - Código Penal Brasileiro Comentado, ed.
- 12- BETTI, EMÍLIO - Interpretazione della legge e degli atti giuridici, ed. 1949.
- 13- BETTIOL, GIUSEPPE - Derecho Penal, ed. 1965.
- 14- CARLOS MAXIMILIANO - Hermenêutica e Aplicação do Direito, ed. 1951.
- 15- GARRARA, FRANCESCO - Programa del Curso de Derecho Criminal, ed. 1947.
- 16- CECCHI, ORFEO – L’Evento nel reato, ed. 1951.
- 17- CLOVIS BEVILAQUA - Direito de Família, ed. 1908.
- 18- COSTA E SILVA - Código Penal, ed. 1967.
- 19- CUELLO CALÓN - Derecho Penal, ed. 1961.
- 20- DONNEDIEU DE VABRES - A Justiça Penal de Hoje, ed. 1956.
- 21- EDGARDO MORENO - Derecho Penal - Parte General, ed. 1955.
- 22- EDUARDO ESPÍNOLA FILHO - Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, ed. 1959.



- 23- ENGISCH, KARL - Introdução ao Pensamento Jurídico, ed. 1964.
- 24- FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA e GUILHERME BRAGA – Direitos de família, ed. 1949.
- 25- FERNANDO FUEYO LANERI - Revista de Derecho Español y Americano, ed. 1967.
- 26- FRAGOLA, UMBERTO - Nozioni di Diritto Pubblico Generale, ed. 1961.
- 27- G. MATRI e P. RAYNAUD - Droit Civil, ed. 1961.
- 28- GALDINO SIQUEIRA - Tratado de Direito Penal, ed. 1947.
- 29- GARRAUD, R. - Traite du Droit Pénal Français, ed. 1898.
- 30- GUILHERMO A. BORDA - Manual de Derecho de Familia, ed. 1960.
- 31- GRISPIGNI, FILIPPO - Derecho Penal Italiano, ed. 1948.
- 32- HELENO CLÁUDIO FRAGOSO - Revista Forense, vol. 189.
- 33- HELENO CLÁUDIO FRAGOSO - Lições de Direito Penal, ed. 1959
- 34- HAURIOU, M. - Principes de Droit Public, ed. 1910.
- 35- HENRI DE PAGE - Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, ed. 1948.
- 36- JOSÉ FREDERICO MARQUES - Tratado de Direito Penal, ed. 1965.
- 37- JOSÉ FREDERICO MARQUES - Estudos de Direito Processual Penal, ed. 1960.
- 38- JORGE SEVERIANO - Código Penal, ed. 1941.
- 39- JOSSERAND, LOUIS - Droit Civil Positif Français, ed. 1930.
- 40- L. FERNANDEZ CLÉRIGO - El Derecho de Família en la Legislación Comparada, ed. 1947.
- 41- LEHMANN, HEINRICH - Derecho de Família, ed. 1953.
- 42- LUIZ VICENTE CERNICCHIARO - Revista do Tribunal de Justiça do D. Federal, Ano II.
- 43- MAGALHÃES NORONHA - Direito Penal, ed. 1964.



- 44- MAGGIORE, GIUSEPPE - Derecho Penal - Parte Esp., ed. 1955.
- 45- MANZINI, VINCENZO - Tratado de Derecho Penal, ed. 1948.
- 46- MAURACH - Tratado de Derecho Penal, ed. 1962.
- 47- MAZEAUD e MAZEAUD - Leçons de Droit Civil, ed. 1963.
- 48- MESGER, EDMUND - Tratado de Derecho Penal, ed. 1955.
- 49- MORTATI, CONSTANTINO - Istituzioni di Diritto Pubblico, ed. 1962.
- 50- MOURA BITTENCOURT - O Concubinato no Direito ed. 1961.
- 51- NELSON HUNGRIA - Comentários ao Código Penal, ed, 1959.
- 52- ODIN AMERICANO - Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria, ed. 1966.
- 53- ORLANDO GOMES - Direito de Família, ed. 1968.
- 54- ORLANDO GOMES e NELSON CARNEIRO - Do reconhecimento dos Filhos Adulterinos, ed. 1958.
- 55- PEDRO VERGARA - Das Circunstâncias Agravantes, ed. 1948.
- 56- PISAPIA, DOMENICO - Delitti contro la Famiglia, ed. 1953.
- 57- PONTES DE MIRANDA - Comentários à Constituição de 1946, ed. 1960.
- 58- PONTES DE MIRANDA - Tratado de Direito Privado, ed. 1956.
- 59- RANIERI, SILVIO - Manuale di Diritto Penale - Parte Special - ed. 1960.
- 60- RANIERI, SILVIO - Manuale di Diritto Processuale e Penale, ed. 1965.
- 61- RICARDO NUÑEZ - Derecho Penal Argentino, ed. 1959.
- 62- ROBERTO LYRA - Comentários ao Código Penal, ed. 1958.
- 63- ROBERTO LYRA FILHO - Perspectivas Atuais da Criminologia, ed. 1967.
- 64- ROBERTO LYRA FILHO - Esquemas de Direito Processual Penal.
- 65- ROCCO, ARTURO – L’Oggetto del Reato, ed. 1913.



- 66- ROMÃO CORTES DE LACERDA - Comentários ao Código Penal, ed. 1955.
- 67- RUGGIERO, ROBERTO DE - Instituições de Direito Civil, ed. 1958.
- 68- SABATINI, GIUSEPPE - Le Contravvenzioni nel Codice Penale Vigente, ed. 1961.
- 69- SAUER, GUILLERMO - Derecho Penal - Parte General - ed. 1956.
- 70- SEBASTIÁN SOLER - Derecho Penal Argentino, ed. 1953.
- 71- VANINNI, OTTORINO - Manuale di Diritto Penale, ed. 1951.
- 72- VICENTE SABINO JÚNIOR - Direito Penal, ed. 1967.
- 73- VON LISZT, FRANZ - Tratado de Derecho Penal, ed. 1927.
- 74- WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO - Curso de Direito Civil - Direito de Família, ed. 1968.
- 75- WELZEL, HANS - El Nuevo Sistema del Derecho Penal, ed. 1964.





## ÍNDICE

I – Introdução	1
II – Interpretação	22
III - Natureza Jurídica dos Crimes contra a Família	32
IV - A Família no Código Penal	54
V - Cônjuge no Código Penal	98
VI – Conclusão	145
VII – Bibliografia	148

