

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

## **NÉLSON HUNGRIA**

Membro da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal. Membro da Comissão Elaboradora dos Anteprojotos da Lei das Contravenções Penais e do Código de Processo Penal. Ministro do Supremo Tribunal Federal.

## **ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

## **HELENO CLAUDIO FRAGOSO**

Professor titular na Faculdade de Direito Cândido Mendes. Livre-Docente da Faculdade de Direito da UFRJ. Membro da Comissão Internacional de Juristas. Secretário-Geral Adjunto da Associação Internacional de Direito Penal. Advogado.

# **COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL**

Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940

**VOLUME VIII**

**Arts. 197 a 249**

**5.ª edição**

**FORENSE**

**Rio de Janeiro**

**1981**

## SUMARIO

## NÉLSON HUNGRIA

Arts. 197 a 207 .....	3
Art. 208 .....	47
Arts. 209 a 212 .....	67
Art. 213 .....	101
Art. 214 .....	119
Art. 215 .....	133
Art. 216 .....	143
Art. 217 .....	149
Art. 218 .....	177
Arts. 219 a 222 .....	199
Arts. 223 a 226 .....	219
Arts. 227 a 232 .....	253
Arts. 233 e 234 .....	292

## ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA

Arts. 235 a 240 .....	345
Arts. 241 a 243 .....	378
Arts. 244 a 247 .....	403
Arts. 248 a 249 .....	473
<i>Bibliografia</i> .....	481

## HELENO CLAUDIO FRAGOSO

Alterações Legislativas .....	493
<i>Índice Alfabético Remissivo</i> .....	503
<i>Índice Geral</i> .....	509

## TÍTULO IV

## DOS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

Atentado  
contra a li-  
berdade de  
trabalho

*Art. 197. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça:*

*I, a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias:*

*Pena — detenção, de um mês a um ano, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00, além da pena correspondente à violência;*

*II, a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de greve ou paralisação de atividade econômica:*

*Pena — detenção, de três meses a um ano, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00, além da pena correspondente à violência.*

Atentado  
contra a li-  
berdade de  
contrato de  
trabalho e  
boicotagem  
violenta

*Art. 198. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho, ou a não fornecer a outrem ou não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola:*

*Pena — detenção, de um mês a um ano, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00, além da pena correspondente à violência.*

Atentado  
contra a li-  
berdade de  
associação

**Art. 199.** *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional:*

*Pena — detenção, de um mês a um ano, e multa, de Cr\$ 200,00 a Cr\$ 1.000,00, além da pena correspondente à violência.*

Paralisação  
de trabalho  
seguida de  
violência ou  
perturbação  
da ordem

**Art. 200.** *Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, praticando violência contra pessoa ou contra coisa:*

*Pena — detenção, de um mês a um ano, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00, além da pena correspondente à violência.*

**Parág. único.** *Para que se considere coletivo o abandono de trabalho é indispensável o concurso de, pelo menos, três empregados.*

Paralisação  
de trabalho  
de interesse  
coletivo

**Art. 201.** *Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo:*

*Pena — detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 10.000,00.*

Invasão de  
estabeleci-  
mento in-  
dustrial, co-  
mercial ou  
agrícola.  
Sabotagem

**Art. 202.** *Invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho ou, com o mesmo fim, danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor:*

*Pena — reclusão, de um a três anos, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00.*



Frustração  
de direito  
assegurado  
por lei  
trabalhista

**Art. 203.** *Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:*

*Pena — detenção, de um mês a um ano, e multa, de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 10.000,00, além da pena correspondente à violência.*

Frustração  
de lei sobre  
a nacionali-  
zação do  
trabalho

**Art. 204.** *Frustrar, mediante fraude ou violência, obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho:*

*Pena — detenção, de um mês a um ano, e multa, de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 10.000,00, além da pena correspondente à violência.*

Exercício de  
atividade  
com infra-  
ção de deci-  
são adminis-  
trativa

**Art. 205.** *Exercer atividade de que está impedido por decisão administrativa:*

*Pena — detenção, de três meses a dois anos, ou multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00.*

Aliciamen-  
to para o  
fim de  
emigração

**Art. 206.** *Aliciar trabalhadores, para o fim de emigração:*

*Pena — detenção, de um a três anos, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00.*

Aliciamen-  
to de traba-  
lhadores de  
um local  
para outro  
do território  
nacional

**Art. 207.** *Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional:*

*Pena — detenção, de dois meses a um ano, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00.*

## DECRETO-LEI N.º 9.070, DE 15 DE MARÇO DE 1946

**Art. 14.** *Além dos previstos no título IV da Parte Especial do Código Penal, constituem crimes contra a organização do trabalho:*

*I, deixar o presidente de sindicato ou o empregador, em se tratando de atividade fundamental, de promover solução de dissídio coletivo;*

*II, deixar o empregador de cumprir, dentro de 48 horas, decisão ou obstar maliciosamente à sua execução;*

*III, não garantir a execução, dentro dos prazos legais, o vencido que possuir bens;*

*IV, aliciar participantes para greve ou lock-out, sendo estranho ao grupo em dissídio:*

*Pena — detenção, de um a seis meses, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 5.000,00.*

*Ao reincidente aplicar-se-á a penalidade em dobro; no estrangeiro, além desta, a de expulsão.*

**DIREITO COMPARADO** — Lei francesa de 24-5-1864 (substitutiva dos arts. 414 e 415 do Código Penal); leis alemãs de 21-6-1869 (*Gewerbeordnung*), de 22-5-1918 e 20-1-1934 (*Arbeitsordnung*); leis belgas de 30-3-1897 e 24-5-1921; Código suíço, art. 181;<sup>1</sup> decreto português de 6-12-1910; lei espanhola sobre *coligaciones, huelgas y paros*, de 27-4-1909; Código soviético, arts. 133 a 135; Código iugoslavo, arts. 165 a 168; Código argentino, art. 158; lei austriaca de 7-4-1870; leis inglesas de 1875 (*Conspiracy and Protection of Property Act*) e de 1927 (*Trade Disputes and Trade Unions Act*); lei holandesa de 11-4-1903; Código italiano, arts. 502 a 513; Código uruguaio, art. 165.

**BIBLIOGRAFIA** — BERENINI (A.), *Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, in *Trattato de FLORIAN*, 1937; FLORIAN (E.), *Delitti contro la libertà*, 1923; SANTORO (A.), *Le nuove figure di reato nella legislazione sindacale italiana*, in *Scuola Positiva*, 1927,

<sup>1</sup> O Código Penal suíço, a exemplo de vários outros, considera abrangidas na figura do *constrangimento ilegal* (entidade básica dos crimes contra a liberdade individual) as modalidades do crime contra a liberdade do trabalho (v. THORMANN e OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, fasc. V, pág. 175), sem necessidade de destacá-las em seção autônoma.

parte 1.<sup>a</sup>; JANNITTI-PIROMALLO (E.), *Dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, in *Il Codice Penale Illustrato*, col. por U. CONTI, vol. III; DE LITALA (L.), *Diritto Penale del Lavoro e della Pubblica Economia*, 1939; BELLAVISTA (G.), *La tutela penale dell'economia corporativa nel codice vigente*, 1936; GATTI (T.), *Diritto penale del lavoro*, 1930; CESARINO JÚNIOR, *Dos crimes relativos ao trabalho no novo Código Penal brasileiro*, in *O novo Código Penal*, vol. 2.<sup>o</sup>, 1942; SEVERIANO (Jorge), *Dos crimes e infrações no direito do trabalho*, 1945; PURPURA (R.), *Sciopero e serrata*, in *Scuola Positiva*, 1928; CASSINELLI (B.), *Lo sciopero nel Codice Penale*, in *Scuola Positiva*, 1932, parte 1.<sup>a</sup>; RATIGLIA (G.), *La tutela penale della pubblica economia*, 1931; NOSEDA (E.), *Dei delitti contro la libertà di lavoro*, in *Enciclopedia de PESSINA*, vol. VI, 1909; NEGRI (A.), *Delitti contro la libertà di lavoro*, in *Trattato de COGLIOLO*, vol. 2.<sup>o</sup>, parte 1.<sup>a</sup>, 1888; BIANCHEDI, *Note sul delitto di sciopero nei pubblici servizi*, in *Scuola Positiva*, 1928; MANGINI (Ruffo), *Delitti contro l'economia pubblica, industria e commercio*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V, 1938; ORDINE, *I delitti contro la libertà del lavoro*, suppl. da *Rivista Penale*, vol. II; CLARK (J.M.), *Social control of business*, 1926; CORDOVA, *Le disposizioni penali nella legislazione sui sindacati*, in *Rivista Penale*, 1926; MANASSERO (A.), *Il delitto collettivo e la teoria del concorso*, 1914; *I sindacati e il diritto penale*, in *Scuola Positiva*, 1927; *I delitti sindacali*, *idem*, 1930; FINZI (M.), *Le norme penali sulla disciplina dei rapporti collettivi di lavoro*, 1930; *La occupazione delle fabbriche*, 1935; CRIVELLARI (G.), *Il Codice Penale*, 1894; DAMBRUN (L.), *La grève envisagée dans ses effets juridiques*, 1903; DURNERIN (P.), *Grèves et coalitions ouvrières*, 1904; MAGGIORE (G.), *Principii di diritto penale*, vol. II, 1934; XAVIER (Carlos), *Dos crimes contra o patrimônio*, in *Tratado de Direito Penal Brasileiro*, ed. Jacinto, vol. VII, 1942; MANZINI (V.), *Trattato di diritto penale*, 1936, vol. VII; LORIA (A.), *Economia Política*, 1927; SAMPAY (A. E.), *Las crisis del Estado de derecho liberal-burgués*, 1942; BENDA (J.), *La grande épreuve des démocraties*, 1942; GÓMEZ (Eusébio), *Tratado de derecho penal*, volume 3.<sup>o</sup>, 1940; ROUGIER (L.), *Les mystiques économiques*, 1938; GONNARD (R.), *Histoire des doctrines économiques*, 1922; BOULOC (E.), *Le droit de grève et les grèves*, 1910; LUCIUS (Pierre), *Faillite du capitalisme?*, 1931; LAUFENBURGER (H.), *L'intervention de l'Etat en matière économique*, 1939; SALTELLI-DI FALCO, *Commento teor.-prat. del nuovo Codice Penale*, vol. II, parte 2.<sup>a</sup>, 1931; KENNY (S.), *Outlines of Criminal Law*, 1936, págs. 342 e segs.; MILLER, *On Criminal Law*, 1934; WAITE, *Cases on Criminal Law and Procedure*, 1937, páginas 166 e segs., verb. *conspiracy*; BELTJENS (G.), *Encyclopédie du droit criminel belge*, págs. 389 e segs., 1901; GARRAUD (René e Pierre), *Tratté th. et prat. du droit pénal français*, vol. V, 1935; GARÇON,

*Code Pénal Annoté*, livro III, págs. 155 e segs.; MOLINARIO (Alf.), *Derecho Penal (El libro II del Código Penal Argentino)*, 1943; CHAUVEAU ET HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, vol. V, 1862; TESAURO, *I reati e la pene nella legislazione sindacale*, 1927; FERNANDES (Adauto), *Direito Industrial Brasileiro*, 1942; SALVAGNO CAMPOS, *La huelga ante el derecho penal*, 1946.

### COMENTARIO

1. **Histórico.** Os crimes relativos à liberdade ou organização do trabalho não foram, nem podiam ter sido conhecidos das antigas legislações penais, pelo menos segundo um critério sistemático. Exercido pelo escravo, que não passava de uma *res* e carecia de personalidade jurídica, o trabalho humano, no Egito, na Grécia ou em Roma, não inspirava maior atenção que o serviço prestado pelas alimárias domésticas. Na Idade Média, o servo da gleba, embora sem a humilhante condição do escravo, vivia jungido ao solo, na dependência dos senhores feudais. Somente com o advento da indústria manufatureira é que começou a esboçar-se um movimento de libertação do trabalho em face do despotismo feudal, aparecendo, então, as chamadas "corporações de artes e ofícios". Nestas, porém, o operário era relegado para terreno secundário. Com a introdução das máquinas e a divisão do trabalho, surgiu a fábrica, delineou-se a "grande indústria", e com ela agravou-se a situação já tensa entre operários e patrões. Em França, a escola dos fisiocratas proclamava a necessidade de abolição da intervenção do Estado no campo econômico — intervenção que se viera acentuando nos últimos tempos, em desfavor da classe proletária. Na Revolução de 89, foi consagrado o pensamento de que a expansão econômica está condicionada ao livre jogo das iniciativas individuais. Era preciso, como dizia J.-B. SAY, *laissez faire* ao indivíduo. Não pode haver geral bem-estar econômico se não se reconhece a cada indivíduo o direito de ser o árbitro exclusivo do seu próprio interesse. Este, o cânon fundamental da *economia liberal*. Segundo esta, os interesses individuais em contraste acabam sempre por acomodar-se, servindo inconscientemente ao bem-estar coletivo. Qualquer ingerên-

cia do Estado para constranger a ação individual em um rumo diverso daquele em que se teria orientado, se deixada a si mesma, resultará contrária ao interesse geral. O Estado só deve intervir quando se torne absolutamente necessária a remoção de algum obstáculo à livre expansão das atividades individuais. Fora daí, seu papel deve ser o de parte revel, adaptando-se a um retraimento passivo ou acomodatório. Este raciocínio, na sua pureza lógica, conduziu à irrestrita *liberdade industrial* e, conseqüentemente, à abolição das *corporações de ofício* medievais. O sistema corporativo era a substituição do *indivíduo* pelo *grupo*, importando um compromisso das vontades individuais. Eliminou-o a *Lei Chapelier*. E tal era o receio de sua revivescência, que uma lei de 14 de junho de 1791 e, a seguir, o Código napoleônico de 1810 reprimiam penalmente as coligações patronais ou operárias, ainda que transitórias. Era paradoxal: em nome da liberdade, comprimia-se a liberdade de associação. O resultado prático de tal critério foi desastroso. Os fracos foram oprimidos pelos fortes. Inibidos de ação coletiva em sua própria defesa, os operários ficaram à mercê dos patrões. O capital escravizou integralmente o trabalho, reduzido este à condição de mercadoria e sujeito fatalisticamente à lei da oferta e da procura. Foi então que LASSALE e KARL MARX puderam formular a tão famosa quão falsa *lei de bronze*, segundo a qual, dentro do regime econômico vigente, o salário está inexoravelmente adstrito ao mínimo indispensável para que o operário não morra de fome. Os próprios economistas clássicos fizeram coro com os socialistas, aconselhando a mudança de diretriz, que, aliás, a Inglaterra, desde 1824, isto é, muito antes do irradiante *movimento operário* da segunda metade do século XIX, já havia adotado, suprimindo as restrições de uma lei de 1800 e ensejando o *tradeunionismo*. A coalizão de operários ou de patrões foi reconhecida e proclamada como um direito. Somente cometem crime os que a promovem pela violência ou pela fraude. Os arts. 414 e 415 do Código francês (proibitivos das coligações e greves) foram revogados por lei de 25 de



maio de 1864, cujo sentido era assim explicado por EMÍLIO OLIVIER: "Doravante, a coligação de patrões ou de operários é "absolutamente livre: este é o ponto de partida da lei. Foi "proposto que se distinguisse entre coligações justas e coligações abusivas, mas enjeitamos tal distinção. Reclamou-se, também, a separação entre as coligações factícias, violentas ou fraudulentas e as coligações naturais, pacíficas e "sinceras, para que somente estas fossem declaradas lícitas; "mas, igualmente, não adotamos esse discrimine... Os autores "das violências e das fraudes serão processados e punidos, "mas a coligação será respeitada."

Difundiu-se o novo critério pelo mundo civilizado. Era a liberdade do trabalho assegurada em toda a sua plenitude. Sob o pálio das leis vieram abrigar-se não só as associações (sindicatos) de operários e de patrões, para defesa dos respectivos interesses, como a *greve* (abandono do trabalho pelos operários) e o *lock-out* (suspensão do trabalho pelos patrões). Afirmou-se categoricamente que havia um *direito de greve*, embora este, analisado com isenção de ânimo, seja pouco ajustável aos quadros jurídicos. Os operários podiam, livre e arbitrariamente, descumprir o contrato de trabalho e tentar, pela greve, a imposição de condições novas ou diversas. Entre as massas proletárias, animadas pelos primeiros êxitos e seduzidas, mais ou menos inconscientemente, pelo *O Capital*, de KARL MARX, passou a greve a ser um recurso normal, e mesmo uma arma política nas mãos dos *meneurs*, como etapa da revolução social, que, segundo eles, há de fazer dar em pantanas ao atual regime econômico-social. A teoria marxista sobre o *materialismo histórico*, a *luta de classes*, a *força coletiva do trabalho*, o *supertrabalho*, a *plusvalia* (com o que o capital se locupletaria, como um roubo objetivo, em detrimento do trabalho), envenenou a mentalidade operária e fez recrudescer a hostilidade entre operários e patrões, notadamente depois da implantação do coletivismo na Rússia.

A extensão crescente do perigo foi tal, que se começou a recuar, no próprio terreno apolítico, da doutrina do *direito*

*de greve*. Como pode haver *direito* contra a *lex privata* de contratos livremente celebrados? Como pode ser qualificado *direito* o que é, sem mais nem menos, um *delito civil*? Como pode ser *direito* o que outra coisa não é senão um *exercício arbitrário das próprias razões*, que constitui um *ilícito penal*?

No seio dos Estados totalitários, que chamaram a si a disciplina integral da vida econômica, foram sumariamente declarados *crimes* a greve e o *lock-out*, ainda quando pacíficos.

Entre nós, o Código de 1890, alheando-se às idéias então imperantes, fizera incidir sob suas sanções o fato de “causar, ou provocar, cessação ou suspensão de trabalho, para impor aos operários ou patrões aumento ou diminuição de salário”; mas este dispositivo não durou mais de dois meses, sobrevivendo o Dec. n.º 1.162, de 12 de dezembro de 1890, que implicitamente reconheceu a licitude penal da greve e do *lock-out* em si mesmos. A Constituição de 1937, no seu art. 139, depois de instituir a *Justiça do Trabalho*, dispôs: “A greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses “da produção nacional.” O legislador ordinário de 40, porém, não julgou de bom aviso *incriminar* a greve e o *lock-out* pacíficos, salvo quando esteja em jogo “obra pública ou serviço de interesse coletivo”. Entendeu que tais fatos não deviam passar da esfera do *ilícito administrativo*, sujeitos exclusivamente às sanções da legislação trabalhista. Não repeliu, portanto, o critério da política criminal que vigorava havia meio século. Ainda mais: deixou de *incriminar* a greve por *meios fraudulentos* (como fazia a lei anterior) e, quanto à greve seguida de violência, minorou a penalidade (reduzindo a três meses o seu mínimo), só aplicável ao autor ou co-autor da violência. Não cedeu à sugestão constitucional, nem tampouco ao Projeto ALCÂNTARA.

Com a queda do governo GETÚLIO VARGAS (29 de outubro de 1945) e mesmo antes, quando o saudoso presidente abriu os diques à *represa democrática*, voltou-se a falar no “direito

de greve". A *Ata de Chapultepec* já fora, aliás, assinada pelo delegado brasileiro (JOÃO CARLOS VITAL), não obstante a clausulada recomendação no sentido da liberdade de greve. Parece, entretanto, que isso atendeu à necessidade de uma acomodação ocasional, pois não se cogitou, ulteriormente, de qualquer decreto de *ratificação*, o que seria, diga-se logo, um rematado contra-senso, enquanto persistissem, entre nós, de par com a Constituição de 37, a profusa legislação trabalhista e a instituição da Justiça do Trabalho, criadas precisamente para resolver, dentro da ordem jurídica, as dissensões entre o capital e o trabalho. O ex-chanceler OSVALDO ARANHA (o mesmo que em 1930 proclamara a inexistência de *direitos adquiridos*) declarou, em entrevista aos jornais, que o *direito de greve* é da categoria dos *fundamentais*, pois não se compreende que "a metade de um povo seja livre e a outra escrava". A parte o superficialismo e a intranquilidade de tal conceito, o que não se podia admitir, em boa lógica, é que se reclamasse tal *direito* sem se cuidar, ao mesmo tempo, de eliminar a Justiça do Trabalho, pois, do contrário, ficaria esta reduzida a uma irrisória (e custosa) inocuidade. A insubsistência do chamado "direito de autodefesa de classe" é consectário lógico da criação de uma magistratura destinada especificamente a conjurar os conflitos entre empregadores e empregados.

Não rezou na cartilha dos imprudentes animadores do *comunismo* o governo do presidente DUTRA, que, alarmado ante a sucessão quase diária de *paredes*, por todos os setores da atividade econômica, com ameaça para a própria segurança do regime, resolveu baixar, logo no seu início, o Dec.-Lei n.º 9.070, de 15 de março de 1946, em face do qual só se considera lícita a greve (bem como o *lock-out*), sem violências, quando esgotados os recursos legais e desatendidas as decisões da Justiça do Trabalho.<sup>2</sup> A atual Constituição (que so-

<sup>2</sup> Eis o decreto na sua íntegra (*Diário Oficial* de 16-3-1946):

"DECRETO-LEI N.º 9.070, DE 15 DE MARÇO DE 1946

*Dispõe sobre a suspensão ou abandono coletivo do trabalho, e dá outras providências.*



breveio a 18 de setembro de 1946), no seu art. 158, incorreu na incoerência de reconhecer o “direito de greve”, depois de haver no art. 94 incluído entre os *órgãos do Poder Judiciário* os “juizes e tribunais do trabalho”, isto é, depois de consagrar definitivamente a *Justiça do Trabalho*. Felizmente, o preceito constitucional deixou à lei ordinária a *medida* do exercício do esdrúxulo “direito de greve”. Não o proclamou *in extensum* ou ilimitadamente; de modo que, sem dúvida alguma, continua em pleno vigor o Dec.-Lei n.º 9.070, que reconhece a licitude da greve, mas sem abstração ou desprestígio da *Justiça do Trabalho*.

**2. Generalidades.** No Código de 1890, os crimes de que ora se trata figuravam como subespécie dos crimes contra a liberdade (“contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais”), sob a epígrafe “Dos crimes contra a liberdade do trabalho”. O Código atual, entretanto, preferiu destacá-los em título autônomo, sob o rótulo “Dos crimes contra a organização do trabalho”. Justificando a inovação, assim se exprimiu o ministro FRANCISCO CAMPOS, na *Exposição de motivos* que acompanhou o projeto definitivo do Código: “A “proteção jurídica já não é concedida à *liberdade do trabalho*,

---

O presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, e

Considerando que, para dirimir os dissídios entre empregadores e empregados, foi instituída a *Justiça do Trabalho*, organismo autônomo e dotado de meios capazes de impor o cumprimento de suas decisões;

Considerando que dos tribunais que integram a *Justiça do Trabalho* participam empregadores e empregados, em igual número;

Considerando que somente depois de esgotados os meios legais para remediar as suas causas, se poderá admitir o recurso à greve;

Considerando que a solução dos dissídios do trabalho deve subordinar-se à disciplina do interesse coletivo, porque nenhum direito se deve exercer em contrário ou com ofensa a esse interesse;

Considerando que o Estado, por meio de organizações públicas, deve assegurar amplas e plenas garantias para uma solução pronta e eficaz dos dissídios coletivos,

“propriamente, mas à *organização do trabalho*, inspirada “não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses em jogo, mas, também, e principalmente, no sentido superior do *bem comum de todos*. Atentatória, ou não, “da liberdade individual, toda ação perturbadora da ordem “jurídica, no que concerne ao trabalho, é ilícita e está sujeita “a sanções repressivas, seja de direito administrativo, seja de “direito penal. Daí, o novo critério adotado pelo projeto, isto “é, a trasladação dos crimes contra o trabalho, do setor dos “crimes contra a liberdade individual para uma classe autónoma, sob a já referida rubrica.”

Como observa a mesma *Exposição de motivos*, não foram trazidos para o campo do *ilícito penal* todos os fatos contrários à organização do trabalho: “são incriminados, de regra,

---

Decreta:

Art. 1.º Os dissídios coletivos, oriundos das relações entre empregadores e empregados, serão obrigatoriamente submetidos à conciliação prévia, ou à decisão da Justiça do Trabalho.

Art. 2.º A cessação coletiva do trabalho por parte de empregados somente será permitida, observadas as normas prescritas nesta lei.

§ 1.º Cessação coletiva do trabalho é a deliberada pela totalidade ou pela maioria dos trabalhadores de uma ou de várias empresas, acarretando a paralisação de todas ou de algumas das respectivas atividades.

§ 2.º As manifestações ou atos de solidariedade ou protesto, que importem cessação coletiva do trabalho ou diminuição sensível e injustificada do seu ritmo, ficam sujeitos ao disposto nesta lei.

Art. 3.º São consideradas fundamentais, para os fins desta lei, as atividades profissionais desempenhadas nos serviços de água, energia, fontes de energia, iluminação, gás, esgotos, comunicações, transportes, carga e descarga; nos estabelecimentos de venda de utilidade ou gêneros essenciais à vida das populações; nos matadouros; na lavoura e na pecuária; nos colégios, escolas e bancos, farmácias, drogarias, hospitais e serviços funerários; nas indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional. \*

§ 1.º O Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, mediante portaria, poderá incluir outras atividades entre as fundamentais.

---

\* Veja-se Lei nº 1.802, de 5-1-1953, art. 31.

“somente aqueles que se fazem acompanhar da *violência* ou “da *fraude*. Se falta qualquer desses elementos, não passará “o fato, salvo poucas exceções, de *ilícito administrativo*.” Vê-se, assim, que os fatos lesivos da organização do trabalho, segundo sua maior ou menor gravidade, podem constituir *delito penal* ou *delito administrativo*. É possível, entretanto, que o mesmo fato incida, simultaneamente, em dispositivo penal e em dispositivo administrativo (isto é, de legislação trabalhista). Assim, a *parede* e o *lock-out*, que são ilícitos administrativos em si mesmos (ainda quando pacíficos), são também *crimes* quando lastreados pela *violência*. É bem de ver que, em tais casos, a Justiça do Trabalho (pelo menos enquanto mantiver especial caráter administrativo-laborista ou não excludente da competência da justiça criminal comum) deve aguardar o pronunciamento da justiça penal comum, pois, de outro modo, haveria ensejo a decisões contraditórias (quanto à própria existência ou apreciação dos fatos) ou à

§ 2.º Consideram-se acessórias as atividades não classificadas entre as fundamentais.

Art. 4.º Os trabalhadores e empregadores interessados, ou suas associações representativas, deverão notificar o Departamento Nacional do Trabalho ou as Delegacias Regionais da ocorrência de dissídio capaz de determinar cessação coletiva de trabalho, indicando os seus motivos e finalidades pleiteadas.

Parág. único. A comunicação verbal será reduzida a termo.

Art. 5.º A autoridade notificada providenciará, dentro de 48 horas, a conciliação, ouvindo os interessados e formulando as propostas que julgar cabíveis.

Art. 6.º A conciliação, se houver, será submetida à homologação do Tribunal do Trabalho e produzirá os efeitos da sentença coletiva.

Art. 7.º Não havendo conciliação dentro de 10 dias e pertencendo os dissidentes ao grupo de atividades fundamentais, será o processo remetido nas 24 horas seguintes ao Tribunal competente, que deverá decidir dentro de 20 dias úteis, contados da data da entrada do processo na sua secretaria.

Art. 8.º Se os incidentes da execução forem protelados, por fato estranho à vontade dos exequentes, o juiz ou presidente do Tribunal poderá autorizar pagamentos parciais.

infração do *non bis in idem*. Se os réus são absolvidos ou condenados no juízo comum, não podem ser, respectivamente, condenados ou absolvidos no juízo trabalhista. Há sanções

Parág. único. Se a garantia oferecida no curso da execução não consistir em dinheiro, o juiz ou presidente do Tribunal poderá mandar vendê-la em leilão, por leiloeiro público.

Art. 9.º É facultado às partes que desempenham atividades acessórias, depois de ajuizado o dissídio, a cessação do trabalho ou o fechamento do estabelecimento. Neste caso, sujeitar-se-ão ao julgamento do Tribunal, tanto para os efeitos da perda do salário, quanto para o respectivo pagamento durante o fechamento.

Parág. único. A cessação, ou o fechamento, considerar-se-á justificado sempre que o vencido não cumprir imediatamente a decisão.

Art. 10. A cessação do trabalho em desatenção aos processos e prazos conciliatórios ou decisórios previstos nesta lei, por parte de empregados em atividades acessórias, e, em qualquer caso, a cessação do trabalho por parte de empregados em atividades fundamentais, considerar-se-á falta grave para os fins devidos, e autorizará a rescisão do contrato de trabalho.

Parág. único. Em relação a empregados estáveis, a rescisão dependerá de autorização do Tribunal, mediante representação do Ministério Público.

Art. 11. O fechamento do estabelecimento ou suspensão do serviço por motivo de dissídio de trabalho em desatenção aos processos e prazos conciliatórios e decisórios, ou a falta de cumprimento devido às decisões dos tribunais competentes, importará para os empregadores responsáveis a obrigação do pagamento de salários em dobro, sem prejuízo das medidas cabíveis para a execução do julgado.

Parág. único. Em se tratando de atividades fundametais, o Tribunal competente poderá determinar a ocupação do estabelecimento ou serviço, nomeando depositário para assegurar a continuidade dos mesmos até que cesse a rebeldia do responsável.

Art. 12. Os recursos cabíveis dos julgamentos proferidos por Tribunais do Trabalho, em dissídio coletivo, não terão efeito suspensivo e deverão ser julgados dentro de 30 dias de sua apresentação ao Tribunal *ad quem*. O provimento do recurso não importará restituição de salários já pagos.

Art. 13. As funções conciliatórias a que se refere esta lei poderão ser cometidas à Procuradoria do Trabalho.

Art. 14. (Já transcrito no texto.)

§ 1.º No caso do n.º I, consideram-se destituídos de plano os responsáveis pela direção do sindicato, que fica sujeito à interven-



administrativas que coincidem, pela sua natureza, com as penais, como, *v. g.*, a multa; e não seria admissível que pelo mesmo e único fato os réus sofressem tal penalidade duas vezes. Depois do julgamento do fato pela justiça criminal comum, a intervenção da Justiça do Trabalho só é admissível em relação ao *resíduo* administrativo ou para aplicação, no caso de condenação criminal, de sanções *exclusivamente administrativas* ou limitadas ao âmbito das relações entre empregados e empregadores (isto é, não similares às penais).<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Sobre a separação entre o ilícito penal e o administrativo, já assim discorreremos alhures:

"A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas "sobre um mesmo plano, sobre um só *mapa-múndi*". Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afelçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. Conforme acentua BELING,<sup>a</sup> a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de *quantidade* ou de *grau*: está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal. Pretender justificar um discrimine pela diversidade *qualitativa* ou *essencial* entre am-

<sup>a</sup> Die Lehre vom Verbrechen, 1906, pág. 131.

ção do poder público. O interventor promoverá imediatamente a instauração da instância e a eleição de nova diretoria.

§ 2.º A aplicação das penas previstas neste artigo não exclui a imposição de outras previstas em lei.

Art. 15. Nos processos referentes aos crimes contra a organização do trabalho:

- I, caberá prisão preventiva;
- II, não haverá fiança, nem suspensão da execução da pena;
- III, os recursos não terão efeito suspensivo.

Art. 16. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, em 15 de março de 1946, 125.º da Independência e 58.º da República. — Eurico G. Dutra. — Carlos Coimbra da Luz. — Otacílio Negrão de Lima."

O Código, ao cuidar dos fatos lesivos da organização social do trabalho, não atendeu a radicalismos doutrinários ou políticos. Não se afeiçoou incondicionalmente ao *laissez faire*, *laissez passer* da economia liberal, nem ao intervencionismo irrestrito da economia dirigida ou planificada. Ficou em ponto de equidistância. De acordo, aliás, com preceito constitucional, preferiu o que ANSTAUZ denomina "intervencionismo conservador", não excluindo a iniciativa individual e assegurando o quadro sindical livre. Aceitou a intervenção do Estado na vida econômica, mas tão-somente para impedir o êxito da *vis* ou da *fraus* ou como medida indeclinável de defesa do interesse coletivo ou da ordem jurídica. O legislador de 40 entendeu que não há incompatibilidade entre liberdade política e intervencionismo temperado, ou que é possível a coexistência, no campo econômico, de setores livres e setores *controlados* (note-se que não dizemos *dirigidos*), a exemplo, aliás, do que ocorre na França e nos Estados Unidos, países de clima democrático por excelência. O controle impõe-se, no pró-

bos, será persistir no que KUKULA<sup>b</sup> justamente chama de "estéril especulação", idêntica à demonstração da "quadratura do círculo". Baldadas têm sido todas as tentativas doutrinárias em tal sentido. Sobre ser inútil, seria fastidioso alinhar e criticar as múltiplas teorias propostas ou aventadas. Tomemos, entretanto, pelo seu relevo, espírito sistemático e repercussão, a doutrina de GOLDSCHMIDT.<sup>c</sup> Segundo este, há uma diferença fundamental entre *direito penal administrativo* (*Verwaltungsstrafrecht*) e *direito penal comum* (*Justizstrafrecht*): enquanto este visa ao indivíduo como vontade ou personalidade autônoma, aquele o encara como membro ou elemento sinérgico da sociedade e, portanto, adstrito a cooperar com a administração pública. A ilicitude administrativa seria apenas a omissão do *dever de auxiliar* a administração no sentido do bem público ou estatal (*Die Unterlassung der Unterstützung der auf Forderung des öffentlichen oder Staatswohls gerichteten Staatsverwaltung*). As normas de direito administrativo apresentam-se ao cidadão, não como *normas jurídicas*, mas, propriamente, como *ordens de serviço*. O direito penal administrativo, ao contrário do direito penal comum,

b. Der Verwaltungszwang, apud ZANOBINI, Le sanzioni amministrative, 1924.

c. Das Verwaltungsstrafrecht (Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht), 1902; Was ist Verwaltungsstrafrecht, in Strafrechtliche Zeitung, I, 1914.

prio seio do regime demoliberal, para evitar o despejado sacrifício do bem geral em holocausto a interesses individuais hipertrofiados, inteiramente desprovidos de sentimento de solidariedade, de *espírito público* ou de compreensão da liberdade jurídica do trabalho. Assim, a suspensão ou o abandono coletivo do trabalho, ainda que pacíficos, não podem ser tolerados e incidem na sanção penal quando se trate de “obra pública ou serviço de interesse coletivo” ou de “atividades fundamentais”, como se exprime o Dec.-Lei n.º 9.070. A invasão ou ocupação arbitrária de fábricas, ainda que sem o emprego de violência ou de fraude, é um atentado desabridamente subversivo da ordem jurídica, e não pode deixar de ser

---

não protege a *ordem pública* como *bem jurídico* (*Rechtsgut*), mas como *objeto de atenção* ou de *cuidado* (*Fürsorgeobjekt*) da administração. O ilícito administrativo não é uma ação *contrária ao direito* (*rechtswidrig*), isto é, não representa uma lesão ou perigo de lesão a um interesse juridicamente tutelado; mas uma ação *contrária à administração* (*verwaltungswidrig*), isto é, uma *falta de cooperação* com a atividade administrativa do Estado. A norma penal comum sanciona um direito penal subjetivo da *justiça*; a norma penal administrativa sanciona um direito penal subjetivo da *administração*. Por isso que é uma simples falta de cooperação, o delicto administrativo não é delito de dano: não constitui um *damnum emergens*, mas um *lucrum cessans*. É sempre delito de omissão (*Kommissivdelikt verwaltungsrechtlicher Art gibt es nicht*). Desde que a administração comina *penas* para o caso de transgressão de suas ordens, assumem estas a forma de preceitos penais; mas, se é certo que tais penas qualificam a violação da exigência administrativa (*Verwaltungsanspruch*) como ilícito de direito administrativo, não é menos certo que este se destaca do ilícito de direito penal. A consequência jurídica do ilícito administrativo é uma simples “obrigação *ex delicto* de direito administrativo” (*die Deliktsobligation des Verwaltungsrechts*). Fixada, sucintamente, nos seus pontos centrais, é esta a construção doutrinária de GOLDSCHMIDT, cujo artificialismo não pode ser dissimulado. Dizer que o cidadão é um colaborador da administração pública e, como tal, está obrigado ao cumprimento de ordens administrativas, como se investido em função pública, não corresponde à realidade (pelo menos, à realidade dos países democrático-liberais). É verdade que, em certos casos, o cidadão é chamado a colaborar na consecução dos fins do Estado, *v. g.*, como contribuinte de imposto, como soldado, como jurado, como eleitor, como

considerado crime. Decidir de outro modo, em homenagem a um *liberalismo* romântico e demonstrado errôneo pela experiência de mais de um século, é cruzar os braços ante a maré montante das forças dissolventes da atual organização social. Os crimes contra a organização do trabalho previstos pelo Código são, segundo as rubricas laterais, os seguintes: "atentado contra a liberdade de trabalho", "atentado contra a liberdade de contrato de trabalho", "boicotagem violenta", "atentado contra a liberdade de associação", "paralisação de trabalho seguida de violência ou perturbação da ordem", "paralisação de trabalho de interesse coletivo", "invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola", "sabotagem", "frustração de direito assegurado por lei trabalhista", "frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho",

testemunha, etc.; mas tais casos têm caráter excepcional. No comum dos casos, só metaforicamente se pode falar em *falta de cooperação*. E, se a metáfora fosse autorizada, não haveria razão para que se não considerasse igualmente falta de cooperação o ilícito penal quando consistente em omissão. As normas de direito penal administrativo são, indiscutivelmente, normas *jurídicas*, ditadas no sentido de tutelar o interesse da administração. A ordem pública, ainda como simples *objeto de cuidado* da administração, é um interesse a ser protegido por esta, e, como adverte VON HIPPEL,<sup>d</sup> desde que essa proteção se faz mediante preceitos jurídicos, tal interesse é um *bem jurídico*. O ilícito administrativo, à semelhança do ilícito penal, é lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico, pois, de outro modo, não se compreenderia a existência de um direito penal administrativo. Uma ação que não constitua perigo, sequer *in abstracto* (como pretende GOLDSCHMIDT), a interesse juridicamente tutelado, não pode ser juridicamente reprovada ou incidir *sub poena*. O *lucrum cessans*, de que fala GOLDSCHMIDT, já seria, mais que um simples perigo de lesão, um autêntico *damnum* (*in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui*). As normas penais administrativas não se limitam a ordenar ou a exigir ações *positivas*, pois também ordenam ou exigem *omissões*; e, neste último caso, o ilícito administrativo não pode deixar de ser *comissivo*. Não há falar-se em direito penal subjetivo da *administração*, em contraposição a um direito penal subjetivo da *justiça*, mas tão-somente em direito penal subjetivo do Estado. A este, apenas a este, e não

<sup>d</sup> Deutsches Strafrecht, 1930, 2º vol.



“exercício de atividade com infração de decisão administrativa”, “aliciamento para o fim de emigração” e “aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional”. Vamos analisá-los nos seus elementos, advertindo-se que a lei n.º 1.802, de 5 de janeiro de 1953 (atual Lei de Segurança Nacional) dispõe, no seu art. 31, que “os crimes contra a organização do trabalho, definidos no Título IV da Parte Especial do Código Penal, quando cometidos em ameaça ou subversão da ordem política ou social, serão processados de acordo com a presente lei e punidos com as penas privativas de liberdade ali estabelecidas, com aumento de um terço”, e acrescenta no § 1.º: “A pena será aplicada em dobro quando se tratar de: a) serviço oficial; b) empresa ou serviço que implique atividade fundamental à vida coletiva, como tal considerada, para os efeitos desta lei, as relativas à energia, transporte, alimentação e saúde; c) indústria básica ou essencial à defesa nacional, assim declarada em lei.”

**3. Atentado contra a liberdade de trabalho.** No art. 197 e seus incisos, estão previstas modalidades tradicionais de crime contra a liberdade individual relacionada ao trabalho. A primeira delas é a arbitrária *vis privata*, dirigida contra o direito à escolha e livre exercício de atividade econômica ou trabalho lícito: “Constranger alguém, mediante violência ou

---

aos seus órgãos, cabe o *jus puniendi*. Ordens administrativas são ordens do Estado, e a *desobediência* contra estas é a essência, o *substractum* de todo e qualquer ilícito, e não uma peculiaridade do ilícito administrativo. A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, aliás reconhecido por GOLDSCHMIDT, de que “existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estágio do delito administrativo” (*Wenige Rechtsdelikte, die nicht das Stadium des Verwaltungsdelikts durchschritten hätte*). A disparidade entre um e outro — repita-se — é apenas *quantitativa*. Qual outra diferença, senão de grau, *v. g.*, entre o retardamento culposo de um ato de ofício e a *prevaricação*, entre uma infração sanitária e um crime contra a saúde pública, entre violações de postura municipais e contravenções penais? Se

“grave ameaça, a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão “ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo “período ou em determinados dias” (art. 197, I). É o crime de *constrangimento ilegal* especialmente considerado quando lesivo da liberdade de trabalho. Tal como no tipo básico do crime *contra a liberdade pessoal* (art. 146), os *meios executivos*, aqui, são a *violência* ou a *grave ameaça*. O emprego de uma ou de outra é que constitui a *ratio* da incriminação. *Violência* é a *vis physica*, isto é, o emprego de força material para vencer uma resistência. É todo meio físico aplicado sobre a pessoa de alguém para cercear-lhe a faculdade de agir segundo a própria vontade. É a *vis corpori illata*, do direito romano. Não é necessário que seja *irresistível*: basta que realmente haja servido como eficiente meio de coação. *Ameaça* é a *violência moral*, a intimidação, a manifestação (por palavras, escrito, gestos, meios simbólicos) do propósito de cau-

nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma *pena administrativa* essencialmente distinta da *pena criminal*. Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que *pena* seja, de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito. São *species* do mesmo *genus*. Seria esforço vão procurar distinguir, como coisas essencialmente heterogêneas, *e. g.*, a multa administrativa e a multa de direito penal. Dir-se-á que só esta é conversível em prisão; mas isto representa maior *gravidade*, não *diversidade de fundo*. E, se há sanções em direito administrativo que o direito penal desconhece (embora nada impediria que as adotasse), nem por isso deixam de ser *penas*, com o mesmo caráter de contragolpe do ilícito, à semelhança das penas criminais. A única diferença, também aqui, é puramente *quantitativa* (de maior ou menor *intensidade*) e *formal*: as penas administrativas (de direito penal administrativo) são, em geral, menos rigorosas que as criminais e, ao contrário destas, não são aplicadas em *via jurisdicional*, isto é, não vigora a respeito delas o princípio *nulla poena sine iudicio* ou *nemo damnetur nisi per legale iudicium*. É inaceitável o argumento de BATTAGLINI,<sup>e</sup> segundo o qual este critério formal tem valor essencial, dado que não há *pena* onde não

e Apud SPINELLI, *Le preleggi penali finanziarie*, 1033.

sar a alguém, direta ou indiretamente, no momento atual ou em próximo futuro, um mal relevante. É a *vis compulsiva* (*vis psychica, conditionalis*), o *metus*, a *vis animo illata*, das fontes romanas. A lei fala em “grave ameaça”, isto é, incutimento do temor de grave dano (*in exemplis*: ameaça de morte, de espancamento, de prejuízo econômico relativamente importante, de revelação de fato criminoso ou desonroso). O relevo objetivo do mal anunciado, e não a maior verossimilhança da ameaça, é que serve de medida à gravidade desta. A ameaça deve ser idônea a inspirar *medo* (*instantis vel futuris periculi causa mentis trepidatio*), tendo-se em vista a condição pessoal da vítima. É claro que a execução do mal ameaçado deve ser *possível*. O temor quimérico ou *supersticioso* de um mal irrealizável dentro das possibilidades humanas não exclui a inferência da falta de *seriedade* da ameaça. Não é necessária a *injustiça* do mal prometido (ao contrário do que ocorre com o crime de *ameaça*): o agente pode ter a

---

há *juízo penal*. A rebatida de Rocco<sup>f</sup> inutiliza semelhante raciocínio: não se pode dizer que onde não há juízo penal não há pena, pois o que se deve dizer é que, em tal caso, não há *direito judiciário penal*.

A punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo, ao invés de o ser na órbita do direito penal comum, não obedece, como já frisamos, senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito administrativo de menor entidade não reclama a severidade da pena criminal, nem o vexatório *strepitus iudicii*. É verdade que, em certos casos, o direito penal administrativo comina sanção contra fatos que são também punidos como ilícito de direito penal comum. É o que ocorre, notadamente, no setor do direito administrativo disciplinar,<sup>g</sup> cotejado com o capítulo do direito penal comum sobre os crimes

---

f L'eggetto del reato, 1932, pág. 364.

g Não há por que distinguir entre a pena disciplinar e as outras penas administrativas. É irrelevante indagar se existe, ou não, uma relação pessoal preexistente entre o indivíduo e a administração, ou discriminar entre *supremacia especial* (em face dos funcionários públicos) e *supremacia geral* (*erga omnes*). Um ato ilícito pressupõe sempre uma relação jurídica da pessoa com o titular do direito ao cumprimento do dever. O conteúdo da responsabilidade é o mesmo (ZANOBINI).

faculdade ou até mesmo o dever jurídico de ocasionar o mal (ex.: denúncia de crime de ação pública), mas não pode prevalecer-se de uma ou outro para obter de outrem uma ação ou omissão não legalmente exigível. A ameaça não exige a *presença* do coagido: pode ser feita mediante recado ou por escrito. Pode ser *direta* ou *indireta*. Dá-se a última hipótese quando o mal é anunciado contra terceiro, a quem o coagido esteja ligado por laços de parentesco próximo ou grande amizade.

Diversamente do que ocorre na definição do “constrangimento ilegal”, a lei não se refere, aqui, a *qualquer outro meio* de reduzir a capacidade de resistência da vítima; de modo que, por exemplo, a ministração sub-reptícia de narcóticos ou inebriantes, ou a sugestão hipnótica, *et similia*, não constituem *meio executivo* do crime de que ora se trata. Em tais casos, o crime a ser identificado é o do art. 146. Também

---

*funcionais*. E apresenta-se, então, um debatido problema: em tais casos, tratando-se do mesmo acusado, e sendo este absolvido no juízo penal, pode, pelo mesmo fato, ser condenado no processo disciplinar? Ou ainda: condenado precedentemente no processo disciplinar, mas vindo a ser, pelo mesmo fato, absolvido no juízo penal, tem o acusado direito à *restitutio in pristinum*? Não obstante a diversidade das *vias processuais* (uma administrativa, outra judicial-penal), a resposta, em nosso modo de entender, não pode deixar de ser negativa no primeiro e afirmativa no segundo. Em alguns países há direito expresso regulando o assunto. Assim, na Alemanha, a *Reichsbeamtengesetz* (Estatuto dos funcionários públicos) dispõe, precisamente para conjurar a antinomia de pronunciamentos: “No curso de um processo judicial, não deve ser instaurado contra o acusado, pelo mesmo fato, um processo disciplinar. Se, no curso de um processo disciplinar, for instaurado contra o acusado, pelo mesmo fato, um processo judicial, deve ser o primeiro sobrestado até a conclusão do segundo (§ 77). Se for pronunciada absolvição pelo juízo penal comum, só terá lugar processo disciplinar, pelo mesmo fato, quando este, em si, afastada a possibilidade de sua configuração como crime (*ohne ihre Beziehung zu dem gesetzlichen Tatbestande der strafbaren Handlung*),... represente uma falta disciplinar (§ 78).”

Na França, inexistente disposição legal explícita, e uma rotineira doutrina inclina-se pela radical autonomia do poder disciplinar.



alheia ao conteúdo do crime em questão é a chamada “violência mediata” (ex.: destruição da ponte que serve de passagem necessária entre a casa da vítima e o seu posto de trabalho). O art. 197, no tocante à violência, só tem em vista a que é empregada diretamente contra a pessoa da vítima.

O texto legal considera o trabalho em relação a *arte*, *ofício*, *profissão* ou *indústria*, abrangendo, assim todas as formas de atividade econômica. *Arte*, no sentido com que figura no artigo penal, é toda atividade econômica que depende de certa técnica ou especial habilidade manual. *Ofício* é qualquer ocupação remunerada e habitual, consistente em prestação de serviços manuais. *Profissão* é toda e qualquer forma de atividade (material ou intelectual) exercida habi-

---

GASTON JÉZE,<sup>h</sup> depois de insistir numa insustentável e superada distinção substancial entre falta disciplinar e infração penal, faz uma ilógica exceção no caso de absolvição do acusado no juízo criminal: “*Il n'en serait autrement que dans les cas très particuliers. Par exemple, le Tribunal repressif a déclaré que l'agent public n'était pas matériellement l'auteur, ni le complice, ni l'inspirateur de l'agissement ayant donné lieu à la poursuite. Ici la force de vérité légale qui s'attache à la constatation faite par le juge repressif exige que l'agent public ne soit pas frappé disciplinairement; la peine disciplinaire serait entachée d'excès de pouvoir (violation de l'autorité de la chose jugée).*” Mas, se não é vedado o *bis in idem* e se há plena autonomia entre o processo administrativo e o judicial (não havendo recurso de um para outro), como se compreende que a decisão deste resulte em *res judicata* com influência naquele? A conclusão está brigando com as premissas.

Na Itália, a doutrina mais autorizada é no sentido da subordinação do poder disciplinar ao juízo penal. Em tal sentido, ROMANO,<sup>i</sup> VACCHELLI,<sup>j</sup> CINO VITTA.<sup>k</sup> Os primeiros defendem a *obrigatoriedade*, em qualquer caso, da prevalência do juízo criminal. CINO VITTA sustenta a vantagem de coordenação entre o poder disciplinar e o judicial, e opina, como GIRIOTI,<sup>l</sup> pela *faculdade* de subordinação do

---

<sup>h</sup> Les principes généraux du droit administratif, 1926, págs. 88 e 106.

<sup>i</sup> I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni, extr. da Giurisprudenza Italiana, 1898.

<sup>j</sup> La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini, in Trattato, de ORLANDO, III.

<sup>k</sup> Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici, 1913.

<sup>l</sup> I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa, in Trattato, de ORLANDO, I.

tualmente com fim de lucro, compreendendo, naturalmente, o *comércio* (exercício habitual da compra e revenda *lucrandi animo*) e as chamadas “profissões liberais”. Finalmente, *indústria* é a atividade econômica que tem por fim a transformação de produtos orgânicos ou inorgânicos, para melhor afeiçoá-los às necessidades humanas. É escusado dizer que a atividade deve ser *lícita*. Ressalvada a punibilidade pela violência, não constitui “atentado contra a liberdade de trabalho” a oposição violenta a uma atividade exercida *contra jus* (ex.: comércio de gêneros estragados, de livros ou objetos obscenos, de mercadorias de contrabando).

O elemento material do crime é coagir, *vi aut minis*, a vítima a trabalhar ou não trabalhar (na sua arte, ofício, profissão ou indústria), incondicionalmente, ou a trabalhar ou não trabalhar somente “durante certo período de tempo ou em determinados dias”. Comentando o dispositivo penal em tela, JORGE SEVERIANO (ob. cit., pág. 89) entende que a hipótese de simples restrição do trabalho a *certo período* ou a

---

processo disciplinar, acentuando que no direito positivo italiano (lei sobre os funcionários públicos civis) se estatui que, quando o pronunciamento penal definitivo declara que o “fato imputado não existe”, ou que o “acusado não o cometeu, nem dele participou”, fica excluído o processo disciplinar. D’ALESSIO,<sup>m</sup> depois de afirmar, em tese, a possibilidade do exercício cumulativo da ação disciplinar e da ação penal, também informa que a lei italiana “sobre o estado jurídico” contém o princípio geral de que o processo disciplinar deva ser suspenso “*qualora il fatto addebitato all’impiegato abbia dato luogo a denuncia all’autorità giudiziaria*”, e cessar nos casos já referidos na citação de VITTA.

Entre nós, não há razão alguma para rejeitar-se o sistema de subordinação da ação disciplinar à ação penal (à parte do art. 200, última parte, do atual Estatuto dos Funcionários Cíveis — lei n.º 1.711, de 28-11-1952 — que, interpretado como princípio irrestrito, seria inconstitucional, por incompatível com o art. 141, § 4.º, da Carta Magna, e por admitir a franca possibilidade de *desarmonia* entre o Poder Executivo e o Judiciário), embora TEMÍSTOCLES CAVALCANTI,<sup>n</sup> um dos nossos mais reputados especialistas em direito adminis-

---

<sup>m</sup> Diritto Amministrativo Italiano, II, 1932.

<sup>n</sup> Instituições de Direito Administrativo, II, 1938.

*determinados* dias refere-se a “trabalho no período de férias, descanso, feriados, ou além de sua duração normal”, devendo ser feita a interpretação à luz da Consolidação das Leis do Trabalho. Nada disso. O dispositivo é inteiramente alheio à dita Consolidação (cuja frustração, quando se trate de direito assegurado a empregados ou empregadores, constitui crime especialmente previsto no art. 203): o que ele claramente incrimina é o fato de constranger alguém a trabalhar ou não trabalhar durante certo prazo, como, por exemplo, durante uma semana ou quinzena em cada mês, ou somente durante certos dias em cada semana, *v. g.*, às segundas ou terças-feiras.

Para consumação do crime, é indispensável que o agente (que, na espécie, tal como o sujeito passivo, é *quidam de populo*) alcance o imediato fim visado, isto é, a compressão da liberdade de trabalho, forçada efetivamente a vítima ao trabalho ou à abstenção deste. Se tal resultado não é alcançado

---

trativo, não admita exceções à independência entre as duas ações, chegando mesmo a invocar a opinião de D’ALESSIO com omissão (evidentemente intencional) do apoio que este dá às exceções contidas na lei italiana. Não vale chamar à colação os arts. 141, § 23, da Constituição, e 5.º, III, da lei n.º 1.533, de 1951, sobre a exclusão de *habeas corpus* e “mandado de segurança” no tocante a ato ou punição disciplinar: tais artigos não excluem, explicita ou implicitamente, no caso de concurso de competência entre o poder disciplinar e o poder judiciário (isto é, quando a falta disciplinar constitua, também, delito penal), a subordinação do primeiro ao segundo. Apenas resguardam o pronunciamento disciplinar de impugnação pelo meio sumaríssimo do *habeas corpus* ou do “mandado de segurança” (salvo quando incompetente a autoridade de quem emanou ou tenha sido preterida formalidade essencial).

Em suma: quando concorrerem as duas sanções, a penal disciplinar e a penal comum, é indispensável a coordenação entre o processo administrativo e o criminal, para evitar-se a incongruência de decisões, cabendo prevalência ao poder judiciário penal, porque, como pondera VITTA, “*le solenni forme, con cui il giudizio penale si svolge, danno il più pieno affidamento che in quello si raggiunga il migliore accertamento della verità dei fatti*”. A autonomia do poder disciplinar só se entende com os fatos que constituem, exclusivamente, faltas disciplinares. Fora daí, só é admissível a ação disci-

(por circunstâncias alheias à vontade do agente), o que se configura é a simples *tentativa*, representando o emprego da violência ou grave ameaça inequívoco *começo de execução*.

O elemento subjetivo é a vontade de, com o emprego de violência ou grave ameaça, atentar contra a liberdade individual de trabalho. É irrelevante o *fim último* do agente, isto é, não importa que este obedeça a motivo de ordem econômica ou outro qualquer, como, por exemplo, uma vingança pessoal. Não fica excluído o crime nem mesmo no caso em que o agente, por indignação patriótica, violentamente impeça de exercer profissão a um súdito de país em guerra com o Brasil (desde que, como é claro, não haja lei proibitiva da atividade do estrangeiro).

As outras modalidades do crime estão previstas no inciso II do art. 197 e apresentam-se quando a coação, mediante violência ou grave ameaça, é dirigida ao fim de obrigar a vítima "a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de parede ou paralisação de atividade econômica". Quatro, como se vê, são as hipóteses contempladas.

Na primeira, o fim da coação é fazer *abrir* (fazer funcionar) estabelecimento de trabalho, para que encete ou reencete atividade (pois o estabelecimento pode ter sido fechado pelo respectivo dono por um motivo qualquer: desistência pura e simples de continuar na atividade explorada, receio de falência, necessidade de conserto de máquinas, *lock-out*). Por *estabelecimento de trabalho* (que pode ser industrial, comercial ou agrícola) entende-se qualquer lugar, *intra muros* ou a céu aberto, onde alguém exerce atividade econômica (fábrica, usina, oficina, *ateliers*, garagens, fazendas, granjas, *basse-cours*, olarias, minas, casas ou escritórios comerciais, etc.).

---

plinar, no caso de absolvição do acusado no juízo penal, quando, embora afastada a identificação do fato imputado como crime, persista, residualmente, uma falta disciplinar. Apenas por esse *residuum* poderá subsistir ou funcionar a instância administrativo-disciplinar. É, aliás, o justo critério que tem sido, ultimamente, adotado pelo D.A.S.P. e pelo Supremo Tribunal Federal."



Na segunda hipótese, o evento é, ao contrário, o *fechamento* de estabelecimento de trabalho, isto é, a cessação ou interrupção de sua atividade ou funcionamento. É indiferente o móvel do crime: tanto pode ser o fim de livrar-se de um concorrente ou de forçar a *lock-out*<sup>4</sup> quanto o de uma represália pessoal, etc.

Cumprе notar que, se, ao invés da *contraria voluntas* do dono do estabelecimento, há sua interessada aquiescência, o crime que se poderá identificar é o do art. 3.º, II, da lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (“Fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição”), incorrendo todos os pactuantes na sanção penal.

Na terceira hipótese, o fim imediato da coação é forçar o sujeito passivo à *participação de parede*. O termo “parede” foi empregado no texto legal para evitar o galicismo *greve*,<sup>5</sup> embora seja este o mais comumente usado.<sup>6</sup> Não há confundir a violência para a participação de parede (crime de que ora se trata) com a participação voluntária em parede seguida de violência (art. 200).

“Parede” (*grève, sciopero, strike, streik, huelga*) é o abandono coletivo do trabalho (com *animus revertendi*) por parte de empregados de algum estabelecimento ou empresa industrial, comercial ou agrícola (veja-se art. 2.º, § 1.º, do Dec.-Lei n.º 9.070, de 1946). Embora *penalmente* lícita em si mesma

<sup>4</sup> O Dec.-Lei n.º 9.070 (art. 14, IV) incrimina o simples *atracamento* para *lock-out*, quando o agente é “estranho ao grupo em dissídio”.

<sup>5</sup> A palavra *grève*, com que os franceses designam o abandono coletivo de trabalho, vem de que outrora os operários parisienses sem trabalho costumavam reunir-se na praça de *Grève*, à espera de que alguém os fosse ajustar.

<sup>6</sup> O vocábulo “greve” é empregado pelo Dec.-Lei n.º 9.070, que, aliás, não teve sequer o escrúpulo de usar o termo inglês *lock-out* para designar a suspensão de trabalho pelos empregadores, tal como já fizera a Constituição de 37.

a parede, não se segue daí que a lei penal deva consentir que alguém possa ser obrigado a participar de tal fato. Semelhante coação não é infrequente nos movimentos grevistas. Os promotores ou aderentes da greve empenham-se em atrair os refratários, empregando força contra os irreductíveis por outro modo (aos quais, em toda parte, se dão nomes aviltantes: *black legs*, na Inglaterra; *scabs*, nos Estados Unidos; *sarrasins*, na França; *crumiri*, na Itália). O Dec.-Lei n.º 9.070 foi mais longe que o Código: incrimina o mero *aliciamento* para a parede ou greve, quando feito por quem seja “estranho ao grupo em dissídio”. Fora daí, só há crime quando se passa da *catequese* (suasões, exortação, instigação, induzimento) à brutalização ou à intimidação. Mesmo o *picketing* (espionagem contra os refratários), desde que não importe ameaça grave, não constitui crime. Entenda-se, porém: a *parede* de que ora se cuida é a *pacífica*, não motivada por fim *político-social*, não efetuada por *funcionários públicos*, ou não visando à interrupção de “obra pública ou serviço de interesse coletivo”. Se o aliciamento é dirigido à prática de violência no curso da *parede*, constitui *co-autoria* (art. 25) em relação ao crime previsto no art. 200 (ainda que o aliciante não coope materialmente na violência ou seja estranho ao trabalho abandonado); se obedece a fim político-social, deve atender-se ao disposto nos arts. 13 e 31 da Lei n.º 1.521, de 1951; se os aliciados são funcionários públicos, o fato constitui autoria ou co-autoria, respectivamente, em relação aos crimes previstos nos arts. 13 e 18 dessa mesma lei; se há interrupção de “obra pública ou de serviço de interesse coletivo”, dá-se co-autoria em relação ao crime previsto no art. 201 (ainda que se trate de um *extraneus*).

O *momento consumativo* do crime é o afastamento do operário do estabelecimento ou empresa em que trabalha. Se, não obstante o emprego da violência ou grave ameaça, não se segue tal resultado, o que se configura é a mera *tentativa* (posto que o insucesso seja alheio à vontade do agente).

A quarta hipótese, por último, tem por conteúdo de fato a coação dirigida à *paralisação de atividade econômica*. *Paralisação* quer dizer cessação, temporária ou definitiva. Presupõe-se que a atividade econômica é exercida por uma pluralidade de pessoas, pois, de outro modo, não se poderia falar em *participação*, que implica co-atividade (não se podendo confundir a hipótese com o constrangimento à abstenção de trabalho, previsto no art. 197, I). O *summum opus* somente ocorre com a efetiva produção do evento mencionado na lei (paralisação de atividade econômica), e a este, bem como à violência ou grave ameaça, deve referir-se a vontade do agente. Não sobrevivendo tal evento (por circunstâncias independentes da vontade do agente), o que se poderá identificar é o *conatus*. É irrelevante, também aqui, o motivo do agente.

Em qualquer das modalidades de “atentado contra a liberdade de trabalho”, trata-se de crime *permanente* (cujo momento consumativo se protraí por um tempo mais ou menos longo) e, assim, enquanto não cessa a *permanência*, o agente se encontra em “estado de flagrante delito”.

Conforme se vê da parte sancionatória do art. 197, o agente responde, em *concurso material*, pelo atentado à liberdade de trabalho e pelo resultado da violência em si mesma.

**4. Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho.** É o crime previsto na primeira parte do art. 198: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho”. Percebe-se que, no texto legal, foram omitidas as palavras “ou não”, após o verbo “celebrar”. Tão grave é o constrangimento para *celebrar* quanto o exercido para *não celebrar* contrato de trabalho. Entretanto, como tal omissão não pode ser suprida pelo intérprete, o constrangimento na segunda hipótese somente poderá ser enquadrado no art. 197, I (que é entidade criminal *suplementar*), ou no art. 203 (frustração de direito assegurado por lei trabalhista), ou no art. 146 (constrangimento ilegal *in genere*).

Sobre o que seja *violência* ou *grave ameaça*, veja-se n.º 3.

O contrato de trabalho é *individual* ou *coletivo*. No primeiro caso, pode ser celebrado "tácita ou expressamente, verbalmente, ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado", desde que se trate de trabalho regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho (isto é, quando importe uma relação de *subordinação* do empregado para com o empregador), pois nos demais casos devem ser atendidos os preceitos da lei civil ou comercial. No segundo caso, isto é, de contrato *coletivo*, tem este caráter *normativo*, consistindo no convênio "pelo qual dois ou mais sindicatos representativos "de categorias econômicas e profissionais estipulam condições que regerão as relações individuais de trabalho, no âmbito da respectiva representação", e só mediante escrito pode ser celebrado, após ratificação, em assembléia geral, dos associados (Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 611 e segs.). Entende JORGE SEVERIANO (ob. cit., pág. 103) que o contrato coletivo (em que até o Estado intervém, para a homologação) não pode ser objeto a que tenda o constrangimento. Ora, nada tem de inconcebível ou de inviável que se constranja, mediante intimidação (grave ameaça), um ou vários associados de sindicatos a aprovarem o contrato coletivo em assembléia geral, o que importa, inquestionavelmente, o crime em questão.

Consuma-se o crime com a efetiva celebração do contrato. Tratando-se de contrato verbal ou *por adesão*, o momento consumativo é o em que o coagido se dispõe ao trabalho. Não exclui o crime a ulterior anulação do contrato, pelo vício da coação. Pouco importa que se trate de contrato inicial, ou de renovação ou alteração de contrato. Se a despeito da violência ou grave ameaça, não é atingido o fim imediato do agente (por circunstâncias alheias à sua vontade), o que ocorre é simples *tentativa*.

O elemento subjetivo é a vontade do emprego de violência ou grave ameaça conscientemente dirigido à celebração do contrato por parte do sujeito passivo.



O atentado à liberdade de contrato de trabalho não forma unidade jurídica (concurso formal ou crime complexo) com a violência empregada: as penas correspondentes a um e outra são aplicadas cumulativamente (*sanctio* do art. 198).

**5. Boicotagem violenta.** Esta é a rubrica lateral referente à segunda parte do art. 198, que incrimina o fato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, “a não fornecer a outrem ou a não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola”. A palavra “boicotagem” vem do nome de um administrador agrícola, na Irlanda, James *Boycott*, com quem os camponeses e fornecedores da região romperam relações (forçando-o a emigrar para a América), em represália à sua atuação vexatória. Trata-se de uma espécie de *ostracismo econômico*: a pessoa atingida pela boicotagem é posta à margem do círculo econômico a que pertence, vendo-se na contingência de cessar sua atividade, porque ninguém lhe fornece os elementos indispensáveis a ela, nem lhe adquire os produtos. O fato é lesivo da normalidade econômica, mas a lei penal somente o incrimina quando intervém violência, física ou moral, quer contra os possíveis fornecedores ou adquirentes, quer contra o próprio boicotado. As pessoas forçadas à boicotagem contra outrem não são agentes, mas *instrumentos passivos* e vítimas do crime.

O não fornecimento ou a não aquisição referem-se a *matéria-prima* ou a *produto industrial* ou *agrícola*. *Matéria-prima* é toda substância essencial de que se faz ou se fabrica alguma coisa. Compreende as substâncias *inorgânicas* (minerais) e as *orgânicas* (vegetais ou animais). *Produtos industriais* são os resultados do trabalho manual ou mecânico (manufaturas, instrumentos, utensílios, máquinas, aparelhos, adubos químicos, veículos, etc.). Os produtos da indústria extrativa são considerados *matérias-primas*. *Produtos agrícolas* são todas as coisas proporcionadas pela indústria agrícola (compreensiva da agricultura, da silvicultura, da pecuária).

ria, da sericicultura, etc.). Pouco importa que as matérias-primas ou produtos sejam nacionais ou estrangeiros. Não importa o *título* que tivesse de assumir o *fornecimento* ou *aquisição* (alienação, doação, empréstimo, aluguel, compra e venda com reserva de domínio). O crime consuma-se com a abstenção de *fornecimento* ou de *aquisição*. É possível a tentativa: não obstante o emprego da violência ou grave ameaça, o resultado não sobrevém, por circunstância alheia à vontade do agente.

Trata-se de crime *permanente*. Ainda que vários os sujeitos passivos, o crime é único (salvo quanto aos resultados da violência, que constituem tantos crimes quantos são os ofendidos).

Também único é o crime quando o agente, visando à mesma boicotagem, pratica as duas ações alternativamente previstas na lei. O elemento subjetivo consiste na vontade do emprego de violência ou grave ameaça para o fim de ocasionar boicotagem.

Não se deve abstrair a rubrica lateral do artigo (*si vis intelligere nigrum, inspice rubrum*). É indiferente o fim último ou móvel do agente: concorrência desleal, represália ou hostilidade econômica, vingança pessoal, preconceito de raça ou de seita (solidariedade ou protesto). Se o fim, porém, é o de extorquir dinheiro, o crime passa a ser o do art. 158. Ressalvada a punibilidade pela violência, deixará de haver o crime se há *justa causa*, ex.: evitar o êxito de um contrabandista ou de indústria ilícita. Reconhecida a boicotagem violenta, o agente responde, cumulativamente, pelas penas cominadas a esta e à violência.

**6. Atentado contra a liberdade de associação.** Cogita desta variante do crime contra a organização do trabalho o art. 199: "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional". Este dispositivo é san-

*cionatório* do preceito constitucional que assegura a liberdade de associação profissional ou sindical (Constituição de 37, art. 122, n.º 9, e Constituição atual, art. 159). Só é punida, porém, como atentado à ordem do trabalho, a coação violenta (mediante força física ou intimidação) para que alguém participe ou deixe de participar de *determinado* sindicato ou de *determinada* associação profissional, e não para que se *associe* ou deixe de associar-se *in genere*. Nesta última hipótese, o que se poderá identificar é o crime do art. 146 (constrangimento ilegal).

Não há *sindicato* sem os requisitos e formalidades exigidos pela Consolidação das Leis do Trabalho; mas, no tocante às associações profissionais, pouco importa que estejam ou não reguladas pela dita Consolidação.

O fato só é punível a título de dolo, que é a vontade referida ao conteúdo de fato do crime (emprego de violência ou grave ameaça para obter ou impedir a participação de outrem em determinado sindicato ou associação profissional). Consuma-se o crime com a efetiva participação ou abstenção de participação colimada pelo agente. Se não for alcançado esse objetivo, apesar do emprego da violência ou grave ameaça, haverá apenas *tentativa* (ressalvada a pena autônoma pela violência).

**7. Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem.** É a entidade criminal definida no artigo 200: "Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, praticando violência contra pessoa ou contra coisa." *Suspensão de trabalho* entende-se a praticada por empregador ou empregadores, isto é, o *lock-out*; enquanto *abandono coletivo de trabalho* é o levado a efeito pelos empregados, isto é, a *parede*, a greve.

O Dec.-Lei n.º 9.070 (veja-se nota 2) só permite a greve e o *lock-out* em casos excepcionais (como contragolpe ao descumprimento de decisão da Justiça do Trabalho, ou, quando

se trate de *atividades acessórias*, se já ajuizado o dissídio entre empregados e empregadores). Mesmo fora desses casos, porém, se a greve e o *lock-out* são pacíficos, não passarão de ilícito administrativo.

A violência (*vis physica*), aqui, tanto é a empregada contra pessoa como a dirigida contra coisa, e não para coagir alguém a participar da greve ou *lock-out* (crime previsto no art. 197, II), mas, no curso de uma ou outro, para tornar mais eficiente a pressão, evitar a intervenção conciliatória de terceiros (autoridades ou não), ou por mero espírito de brutalidade ou vandalismo, ou para demonstrar superioridade ou intransigência, ou pela propensão a excessos de quem faz parte de multidão excitada, etc. No caso de *lock-out*, ou para a existência deste, não é exigida a multiplicidade de empregadores coligados; mas, para a existência da greve, é indispensável que o abandono do trabalho seja *coletivo*, entendendo-se por tal, segundo o art. 2.º, § 1.º do Dec.-Lei n.º 9.070, de 1946 (que, em nossa opinião, derogou o parágrafo único do art. 200 do Código Penal), o que importa cessação do trabalho por parte da *totalidade* ou *maioria* dos “trabalhadores de uma ou de várias empresas, acarretando “a paralisação de todas ou de algumas das respectivas atividades”. Fora desses casos, os agentes responderão tão-somente pelas *violências* contra pessoa ou coisa. O crime consuma-se no momento em que, já formada a greve ou o *lock-out*, ocorre efetivamente a violência (atentados pessoais, danificações, arrombamentos, etc.), e por ele somente responderão os que praticaram a violência ou para esta concorreram, material ou moralmente. Outra ilação não permite o texto legal. É concebível a tentativa: os grevistas investem para espancar o empregador ou danificar a fábrica, surgindo, porém, a polícia, que os impede de prosseguir na ação. É indiferente à configuração do crime o motivo da greve ou do *lock-out* (modificação de condições contratuais, protesto contra más instalações, solidariedade com outros empregados ou empregadores). É de notar que, se a parede



é de *funcionários públicos*, e ainda que pacífica, constitui crime previsto no art. 18 da Lei n.º 1.521, de 1953. Em *tempo de guerra*, estando em jogo serviço industrial necessário à defesa nacional, a parede ou o *lock-out*, seguidos de violência, constituem crime previsto no art. 33 do Dec.-Lei n.º 4.766, de 1942.

8. **Paralisação de trabalho de interesse coletivo.** É a modalidade criminal perfilada no art. 201: “Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo.” Já aqui, a incriminação do *lock-out* ou da greve não está condicionada ao emprego de violência contra pessoa ou contra coisa. Basta que, de um ou de outra, resulte interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo. *Obra pública*, a que se refere o art. 201, é a que a administração pública manda executar por pessoas estranhas ao quadro de seus funcionários. Se a obra é executada por *funcionários públicos*, o crime é o do art. 18 da Lei n.º 1.521, de 1951. Se a greve ou o *lock-out* obedecem a fim *político-social*, o simples fato de instigá-los ou prepará-los é crime previsto no art. 13 da referida lei. *Serviço de interesse coletivo* é todo aquele que afeta as necessidades da população em geral, como, por exemplo: serviços de iluminação, de água, de gás, de energia motriz, de limpeza urbana, de comunicações, de transportes (terrestres, marítimos, fluviais ou aéreos), de matadouro, de estiva, etc. O que se quer garantir é a continuidade, indispensável ao curso normal da vida civil, de serviços (dependentes, ou não, de concessão do Governo) correspondentes às necessidades primárias do povo.

CESARINO JÚNIOR (ob. cit., pág. 97) atribui ao Código um “grave erro de técnica”, porque não previu o fato de quem “excita” ou “dirige” a greve ou o *lock-out*, quer na hipótese do art. 200, quer na do art. 201, ora comentado. Evidentemente, passaram despercebidos ao crítico os arts. 25 e 45,

n.º I, do Código. A instigação, excitação ou direção de uma atividade criminosa é participação nesta ou *co-autoria* (artigo 25), e a pena é agravada em relação ao agente que “promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes” (art. 45, I).

Para que se realize o *summum opus*, é necessária a efetiva interrupção da “obra pública” ou do “serviço de interesse coletivo”. E esta finalidade é que especifica o dolo do crime. Basta o dolo eventual.

9. Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Com esta rubrica *a latere*, prevê o art. 202, primeira parte, o fato de “invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho”. Sobre o que seja estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, veja-se n.º 3. O elemento ou conteúdo de fato do crime é a invasão ou ocupação de estabelecimento de tal natureza. *Invasão* é a entrada arbitrária e hostil, e *ocupação* é a tomada de posse, com arbitrária exclusão do *dominus* (nada tendo a ver, portanto, com a *ocupação* de direito civil, que é a apropriação da *res nullius* ou *derelicta*). O elemento subjetivo é a vontade dirigida a qualquer desses fatos, com o fim de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho. Se outro é o fim do agente, o crime que se poderá identificar é o de *esbulho possessório* (art. 161, §§ 1.º, n.º II, e 2.º). O crime consuma-se com a efetividade da invasão ou ocupação do estabelecimento, ainda que não se verifique o resultado visado, isto é, ainda que o agente não consiga impedir ou embaraçar o trabalho. Trata-se de crime permanente, não importando a maior ou menor duração da situação de fato por ele criada. A ocupação pode ser, ou não, precedida de invasão (figure-se o caso da ocupação levada a efeito pelos próprios operários do estabelecimento), e ainda quando o seja, há unidade de crime.

**10. Sabotagem.**<sup>7</sup> É o *nomen juris* do crime previsto na segunda parte do art. 202, isto é, o fato de quem, com o “intuito de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho”, *danifica* estabelecimento industrial, comercial ou agrícola ou as coisas nele existentes, ou delas *dispõe*. *Danificar* é destruir, estragar, inutilizar, total ou parcialmente, coisas móveis ou imóveis. O objeto da danificação tanto pode ser o estabelecimento quanto as coisas nele existentes, atinentes ao trabalho que aí se exerce, como sejam: máquinas, instrumentos, utensílios, matérias-primas, instalação elétrica, etc. *Dispor* de uma coisa quer dizer usá-la *ut dominus*, aliená-la, a título gratuito ou oneroso, retê-la, gravá-la. O crime consuma-se no momento da *danificação* ou da *disposição*. O sujeito ativo tanto pode ser um operário do estabelecimento como pessoa estranha a este. O dolo (elemento subjetivo do crime) especifica-se pelo fim de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho. Se inexistente tal fim, o fato passará a ser *crime patrimonial*.

**11. Frustração de direito assegurado por lei trabalhista.** O art. 203 incrimina o fato de “frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho”. *Frustrar um direito* é privar o seu titular de gozá-lo ou exercê-lo. O *meio executivo* do crime tanto pode ser a violência como a fraude. Sobre o que seja *violência* (*vis physica* ou *corporalis*), veja-se n.º 3. *Fraude* é todo ardil empregado para induzir alguém em erro ou a tomar *aliud pro alio*.

Segundo enumera JORGE SEVERIANO (que teve a paciência de *espiolhá-los* na Consolidação das Leis do Trabalho), os *direitos* assegurados pela atual legislação trabalhista são relativos a: duração certa de trabalho (Consol., arts. 58, 61, 62, 73, 74, 224, 227, 232, 234, 245, 246, 248, 249, e § 2.º, 278, 283, 291, 303, 318, 322, § 1.º, 372, 374, 375 e 379); descanso

<sup>7</sup> *Sabotagem* vem do francês *sabotage*, cuja raiz *sabot* significa *tamanco*. *Sabotar* é *atamancar*, fazer mal uma coisa. Por extensão é que foi o termo *sabotage* aplicado ao crime em questão.

em geral (arts. 66 e 68); descanso em feriados (arts. 70, 307, 385 e 386); repouso (arts. 71, 253, 298, 308, 382, 383, 384 e 412); salário mínimo (art. 76); férias (arts. 192 e 322); iluminação do local do trabalho (art. 157); existência de refeitórios (art. 169); existência de bebedouros (art. 170); local apropriado para vestiário (art. 171); lavatórios (artigo 172); privadas com separação de sexos (art. 173); limpeza e impermeabilização do local de trabalho (arts. 176 a 179); assentos adequados à função e chuveiros em certas indústrias (arts. 180 e 182); proteção do trabalhador contra o calor proveniente de fornos, caldeiras, etc., bem como a possibilidade de insolação e perigo oriundo de umidade e ventos (arts. 183 e 184); proteção adequada do operário nas indústrias que produzem gases, vapores, poeiras, bem como a indústria em que haja aparelhos que devem ser soprados (art. 187); fornecimento, em certas indústrias, dos meios de proteção do operário (art. 188); exame médico para admissão do operário (art. 189); segurança do trabalho com aparelhos e meios próprios para evitar acidentes (art. 192); proporcionalidade de empregados brasileiros (a frustração, aqui, constitui o crime previsto no art. 204); proteção à maternidade (arts. 393 a 396); proteção ao trabalho do menor (arts. 411 a 413, 427 e 430); não comparecimento ao serviço (art. 473, parág. único); afastamento do emprego (arts. 471, 472 e 475); rescisão do contrato (art. 477); suspensão do serviço (art. 383, §§ 1.º e 2.º); indenização por morte do empregador (art. 485); aviso prévio (art. 487); estabilidade (art. 492); indenização no caso de fechamento voluntário de estabelecimento (art. 498); reversão (art. 499, § 1.º); voto nas eleições sindicais (arts. 529 e 540); seguro (arts. 12 e 476); exercício da função de vogal (arts. 661 e 684, § 1.º).

A fraude tanto pode ser empregada pelo patrão contra o operário e *vice versa*, quanto por ambos, conluiados, para iludir o texto legal, devendo notar-se que o titular do *direito* assegurado por lei trabalhista não pode renunciá-lo quando

correspondente a um *dever* imperativamente determinado pela mesma lei, que é de ordem pública.

**12. Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho.** O relevante interesse da nacionalização do trabalho não podia ficar à margem da proteção penal. Daí, o preceito do art. 204, que incrimina o fato de “frustrar, mediante fraude ou violência, obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho”.

A Constituição de 46, embora menos especificadamente que a de 37, cuida da nacionalização do trabalho. Em certos casos, é categórica; noutros, parece ter deixado a regulamentação do assunto inteiramente à lei ordinária. Foi nela reproduzido o disposto no art. 153 da anterior Constituição, no sentido de assegurar a “fixação das percentagens de “empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do “comércio e da indústria” (art. 157, XI). Continua em vigor, portanto, a tal respeito, a legislação trabalhista,<sup>8</sup> que

---

<sup>8</sup> São estes os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho:

“Art. 352. As empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a manter, no quadro do seu pessoal, quando composto de três ou mais empregados, uma proporção de brasileiros não inferior à estabelecida no presente capítulo.

§ 1.º Sob a denominação geral de atividades industriais e comerciais compreendem-se, além de outras que venham a ser determinadas em portaria do ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, as exercidas: a) nos estabelecimentos industriais em geral; b) nos serviços de comunicações, de transportes terrestres, marítimos, fluviais, lacustres e aéreos; c) nas garagens, oficinas de reparos e postos de abastecimento de automóveis, e nas cocheiras; d) na indústria da pesca; e) nos estabelecimentos comerciais em geral; f) nos escritórios comerciais em geral; g) nos estabelecimentos bancários, ou de economia coletiva, nas empresas de seguros e nas de capitalização; h) nos estabelecimentos jornalísticos, de publicidade e de radiodifusão; i) nos estabelecimentos de ensino remunerado, excluídos os que neles trabalhem por força de voto religioso; j) nas drogarias



encontra reforço no presente artigo penal. É condição essencial à existência do crime o emprego de fraude ou violência. O crime consuma-se com o efetivo descumprimento do dever legal, por parte do empregador ou empregado. O fato só é punível a título de dolo, que é a vontade dirigida à fraude ou violência para o fim de frustrar preceito legal sobre a nacionalização do trabalho. Se, para o êxito do crime, inter-vém *falsum* documental ou pessoal, haverá concurso material de crimes.

---

e farmácias; k) nos salões de barbeiro ou cabeleireiro ou de beleza; l) nos estabelecimentos de diversões públicas, excluídos os elencos teatrais, e nos clubes esportivos; m) nos hotéis, restaurantes, bares e estabelecimentos congêneres; n) nos estabelecimentos hospitalares e fisioterápicos, cujos serviços sejam remunerados, excluídos os que neles trabalhem por força de voto religioso; o) nas empresas de mineração.

§ 2.º Não se acham sujeitas às obrigações da proporcionalidade as indústrias rurais, as que, em zona agrícola, se destinem ao beneficiamento ou transformação de produtos da região, e as atividades industriais de natureza extrativa, salvo a mineração.

Art. 353. Equiparam-se aos brasileiros, para fins deste capítulo, e ressalvado o exercício de profissões reservadas aos brasileiros natos ou aos brasileiros em geral, os estrangeiros que, residindo no País há mais de 10 anos, tenham cônjuge ou filho brasileiro.

Art. 354. A proporcionalidade será de dois terços de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística de Previdência e Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar.

Parág. único. A proporcionalidade é obrigatória não só em relação à totalidade do quadro de empregados, com as exceções desta lei, como ainda em relação à correspondente folha de salários.

Art. 355. Consideram-se como estabelecimentos autônomos, para os efeitos da proporcionalidade a ser observada, as sucursais, filiais e agências em que trabalhem três ou mais empregados.

Art. 356. Sempre que uma empresa ou indivíduo explore atividade sujeitas a proporcionalidades diferentes, observar-se-á, em relação a cada uma delas, a que lhe corresponder.

**13. Exercício de atividade com infração de decisão administrativa.** Esta é a rubrica lateral do art. 205, que declara crime o fato de “exercer atividade, de que está impedido por decisão administrativa”. Só há referência a decisão *administrativa*, porque, se a interdição da atividade resulta de decisão *judicial*, o crime passa a ser o do art. 359 (isto é, crime contra a administração da justiça). Entre as penalidades de direito administrativo, ressaltamos a de inibir ao culpado, temporária ou definitivamente, o exercício de certa atividade (vejam-se Estatuto dos Funcionários Públicos, Consolidação das Leis do Trabalho, etc.). O dispositivo penal em questão refere-se ao descumprimento *doloso* de qualquer decisão administrativa em tal sentido.

---

Art. 357. Não se compreendem na proporcionalidade os empregados que exerçam funções técnicas especializadas, desde que, a juízo do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, haja falta de trabalhadores nacionais.

Art. 358. Nenhuma empresa, ainda que não sujeita à proporcionalidade, poderá pagar a brasileiro que exerça função análoga, a juízo do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, à que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste, exceituando-se os casos seguintes: a) quando, nos estabelecimentos que não tenham quadros de empregados organizados em carreira, o brasileiro contar menos de dois anos de serviço, e o estrangeiro mais de dois; b) quando, mediante aprovação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, houver quadro organizado em carreira em que seja garantido o acesso por antigüidade; c) quando o brasileiro for aprendiz, ajudante ou servente, e não o for o estrangeiro; d) quando a remuneração resultar de maior produção, para os que trabalham à comissão ou por tarefa.

Parág. único. Nos casos de falta ou cessação de serviço, a dispensa do empregado estrangeiro deve preceder a de brasileiro que exerça função análoga.

Art. 359. Nenhuma empresa poderá admitir a seu serviço empregado estrangeiro sem que este exiba a carteira de identidade de estrangeiro devidamente anotada.

Parág. único. A empresa é obrigada a assentar no registro de empregados os dados referentes à nacionalidade de qualquer empregado estrangeiro e o número da respectiva carteira de identidade.”

14. **Aliciamento para o fim de emigração.** Num país como o Brasil, em que é sensível a *falta de braços*, a emigração de trabalhadores representa uma séria perturbação à economia nacional. Se a lei não a proíbe, quando espontânea (em respeito à liberdade individual), nada justifica que se abstenha de intervir para coibir o aliciamento de trabalhadores em tal sentido. Assim, o art. 206 incrimina o fato de “aliciar trabalhadores, com o fim de emigração”. *Aliciar* é seduzir, atrair, recrutar. O aliciamento é punido em si mesmo, independentemente da efetiva emigração (saída do território nacional) por parte dos trabalhadores seduzidos. A lei incrimina o aliciamento ainda que como simples *ato preparatório* da emigração.

15. **Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional.** No art. 207, o Código atende à necessidade de reprimir um fato que tem trazido grave prejuízo à normalidade da vida econômica do País: a *catequese* de trabalhadores no sentido de os afastar de uma região para outra do território nacional. O desnível de prosperidade entre as regiões provoca o êxodo de operários para aquela que apresenta melhores condições ao trabalho; mas isso com agravação das dificuldades da outra, que, às vezes, vem a sofrer um verdadeiro colapso na sua vida econômica. A lei penal não proíbe o êxodo em si mesmo, seja espontâneo ou provocado; mas, neste último caso, intervém para reprimir a ação dos aliciadores. É o que faz o art. 207, ao incriminar o fato de “aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional”. Tal como na hipótese do art. 206, o aliciamento é punido por si mesmo, pouco importando que se siga, ou não, a mudança dos trabalhadores.

16. **Dec.-Lei n.º 9.070.** Várias são as novas figuras de crime contra a organização do trabalho definidas no Decreto-Lei n.º 9.070, de 15 de março de 1946, que, além disso, con-

têm regras gerais sobre o título do Código ora comentado. A primeira dessas figuras consiste em “deixar o presidente do sindicato ou o empregador, em se tratando de atividade fundamental, de provocar solução de dissídio coletivo” (artigo 14, I). O art. 1.º do decreto tornou *obrigatória* a submissão dos dissídios entre empregadores e empregados à conciliação prévia ou à decisão da Justiça do Trabalho; mas, pela violação do preceito, somente incorrem na sanção penal o presidente do sindicato a que pertençam os empregados, ou o empregador (o que não deixa de ser uma injustificada unilateralidade). *Atividade fundamental* é a definida no art. 3.º: “São consideradas fundamentais... as atividades “profissionais desempenhadas nos serviços de água, energia, “fontes de energia, iluminação, gás, esgotos, comunicações, “transportes, carga e descarga; nos estabelecimentos de “venda de utilidades ou gêneros essenciais à vida das populações; nos matadouros; na lavoura e na pecuária; nos “colégios, escolas, bancos, farmácias, drogarias, hospitais e “serviços funerários; nas indústrias básicas ou essenciais à “defesa nacional.” E acrescenta o § 1.º: “O Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, mediante portaria, poderá incluir outras atividades entre as fundamentais”; de modo que, em parte, o inciso I do art. 14 representa o que se chama “lei penal em branco”. O dispositivo não marca prazo para a iniciativa da conciliação prévia ou do apelo à Justiça do Trabalho. Assim, o juiz deve apreciar, em face das circunstâncias, se houve o *propósito* da omissão, não sendo o fato punível a título de culpa (art. 15, parág. único, comb. com o art. 10 do Cód. Penal).

Outra modalidade delituosa é o fato de “deixar o empregador (outra vez a unilateralidade iníqua) de cumprir dentro de 48 horas decisão, ou obstar maliciosamente à sua “execução”. Deve entender-se que a decisão é a proferida pela Justiça do Trabalho. Já aqui, é marcado o prazo após o qual se caracteriza a omissão criminosa (salvo, é bem de

ver, caso de força maior, pois *ad impossibilia nemo tenetur*), ou a criminosa defraudação do julgado.

Também é incriminado o fato de “não garantir a execução, dentro dos prazos legais, o vencido que possuir bens”. Segundo o que dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho, o executado, em se tratando de pagamento em dinheiro, é citado para que cumpra o julgado (da Justiça do Trabalho) dentro de 48 horas (a contar da data da citação) ou garanta a execução (art. 880), nomeando bens à penhora ou depositando a importância, acrescida da correspondente às custas da execução (art. 882).

Finalmente, passou a ser crime o fato de quem “alicia participantes para a greve ou *lock-out*, sendo estranho ao grupo em dissídio”. Trata-se, aqui, da greve e do *lock-out* que não constituam crimes em si mesmos, pois, caso contrário, o *aliciamento* é *co-autoria* do crime, sujeito às mesmas penas a este cominadas (art. 25 do Cód. Penal).

Dispõe o art. 15 do decreto em questão que, “nos processos referentes aos crimes contra a organização do trabalho, não haverá suspensão da execução da pena” (além de autorizarem *prisão preventiva* e não admitirem *fiança*), ficando, assim, no tocante a tais crimes, alterado o disposto no art. 57 do Cód. Penal. É o exagero da lei penal elaborada *a toque de caixa*, para atender a emergências agudas. Concede-se o *sursis* a todo criminoso primário condenado a detenção até dois anos; mas o delinqüente trabalhista deve ser *ferreteado* com a internação no cárcere, abstraídos todos os inconvenientes das penas de curta duração. Dizia, com razão, GAUTIER que “*les lois ultra-sevères n'existent guère que sur le papier*”. O juiz sempre vacila na imposição de uma pena de intratável dureza, cominada a crime sem maior relevo, e acaba por encontrar um meio de absolvição, vindo o preceito draconiano a cair em desuso.



## TÍTULO V

DOS CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO E  
CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS

## CAPÍTULO I

## Dos crimes contra o sentimento religioso

Ultraje a  
culto e im-  
pedimento  
ou perturba-  
ção de ato a  
ele relativo

*Art. 208. Escarnecer de alguém publica-  
mente, por motivo de crença ou função religiosa;  
impedir ou perturbar cerimônia ou prática de  
culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou  
objeto de culto religioso:*

*Pena — detenção, de um mês a um ano,  
ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 3.000,00.*

*Parág. único. Se há emprego de violên-  
cia, a pena é aumentada de um terço, sem pre-  
juízo da correspondente à violência.*

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: suíço, art. 261; italiano, arts. 402 a 406; norueguês, §§ 138 e 142; francês, arts. 199, 200 e 201 a 208 (alterados, substituídos ou revogados por lei de 9-12-1905); alemão, §§ 166 e 167; belga, arts. 142 a 146; holandês, arts. 145 a 147 (modificados por lei de 4-11-1932); dinamarquês, art. 140; polonês, arts. 172 e 173; húngaro, arts. 190 a 192; austríaco, §§ 122 a 124, 277, 278, *h*, 303 e 306; espanhol (1944), arts. 205 a 212 e 567, 1.º e 2.º; português, arts. 142 a 146; soviético (proibitivo da religião), arts. 122 a 127; turco, arts. 175 e 176; mexicano, completado por lei de 13 de agosto de 1931; peruano, arts. 284 e 285; uruguaio, arts. 304 a 306; colombiano, arts. 312 a 315; venezuelano, arts. 168 e segs.; boliviano, modificado por lei de 29-8-1907; chileno, arts. 138 a 140.

**BIBLIOGRAFIA** — FLORIAN, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, 1936; *Delitti contro la libertà*, 1923; BOTT, *Zur Lehre von den Religionsvergehen* (Para a doutrina dos delitos de religião), 1890; PIANCENTINI (M.), *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XI, 1939; DANIEL (G.), *Il vilipendio della religione nel progetto del Codice Penale*, in *Scuola Positiva*, 1930; NASS, *Die Religionsverbrechen im neuen Strafgesetzbuchentwurf* (Os crimes de religião no novo projeto de Código Penal), in *Deutsche Strafrechts Zeitung*, 1921, fasc. 11-12; KAHL (W.), *Religionsverbrechen*, in *Vergleichende Darstellung des deut. und ausländ. Strafrechts*, p. e., vol. III, 1906; ETTINGER, *Zur Lehre von Religionsverbrechen*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 303; HENKEL, *Strafrecht und Religionsschutz* (Direito penal e tutela da religião), in *Zeitschrift f. ges. Strafrechtswissenschaft*, 1931; NEGRI (A.), *Dei delitti contro la libertà*, in *Trattato de GOGLIOLIO*, vol. 2.º, 1.ª parte, 1888; NOSEDA (E.), *Dei delitti contro la libertà*, in *Enciclopedia de PESSINA*, VI, págs. 317 e segs.; SABATINI (G.), *Dei delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, in *Il Codice Penale Illustrato*, de U. CONTI, vol. II, págs. 628 e segs.; BENI CARVALHO, *Crimes contra a religião, os costumes e a família*, 1943; CRESPOLANI, *Dei delitti contro la libertà dei culti*, in supl. da *Rivista Penale*, VIII, 1899-1900; LOMBARDI, *Intorno ai delitti contro la libertà dei culti*, in supl. da *Rivista Penale*, IV, 1895-1896. CAMPOLONGO, *I delitti contro la religione e la pietà dei defunti*, 1930; *Delitti contro la libertà dei culti*, in *Rivista Penale*, VII, 1898-1899; *Reati contro la libertà dei culti*, in *Digesto Italiano*, VIII; LISZT (F. VON), *Tratado de Direito Penal*, trad. de J. HIGINO, 1899, vol. II; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1927; CARRARA (F.), *Programma*, p. e., vol. VI, 1909; MANZINI (V.), *Trattato di diritto penale*, vol. VI, 1935; ANOSOW, *Religion und Strafrecht in U.R.S.S.*, in *Monatschrift für Kriminologie*, 1931; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, p. e., 1924; MAGGIORE (G.), *Principii di diritto penale*, vol. II, 1934; PERATONER, *Dei delitti contro la libertà*, 1891; PESSINA (E.), *Elementi di diritto penale*, 1883; GARRAUD (R. e P.), *Traité th. et prat. du droit pénal français*, V, 1935; CHAUVEAU ET HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 1861; FALCHI (G. F.), *Diritto penale romano*, vol. II, 1932; MOMMSEN, *Derecho penal romano*, trad. esp. de DORADO, vol. II, sem data; GAUTIER, MÜLLER, BURCKARDT, LANG, THORMANN, GABUZZI ZÜRCHER, in *Protokoll der 2ten. Expertenkommission* (de revisão do projeto suíço), vol. IV; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tomo II; SALTELLI e DI FALCO, *Commento teor.-prat. del nuovo Codice Penale*, II, parte 1.ª, 1931; LONGO, *Commento al Codice Penale italiano*, 1911; CRIVELLARI, *Il Codice Penale*, vol. V, 1894; BELTJENS (G.), *Encyclopédie du droit*

*criminel belge*, 1901; GARÇON, *Code Pénal Annoté*, 1901-1906; SEVERIANO (Jorge), *Código Penal*, vol. IV, 1942.

### COMENTARIO

17. **Histórico.** Nos antigos tempos, como observa MOMMSEN, toda religião estava intimamente ligada ao conceito do Estado. O dever religioso era um dever político. O crime contra a religião era crime contra o Estado. A profanação de um templo ou impedimento de um ato religioso, quando intencionais, constituíam atentados contra a ordem estatal. Em Roma, as *res sacræ* não se diferenciavam, juridicamente, das *res publicæ*. Toleravam-se os cultos sem exclusivismo da *religio romana*, mas desde que não afetassem a segurança do Estado, pois, em tal caso, eram perseguidos como *crimen læsæ majestatis (perduellio)*. A este título é que foram reprimidos os cristãos, cujo martirológio, exagerado até a inverossimilhança, serve ainda hoje de motivo literário. Os imperadores Constantino e Licínio, com o edito de 13 de junho de 313, aboliram a antiga religião e decretaram a liberdade de consciência, que, pelo menos em princípio, vigorou até Valentiniano I. No ano 379, foi essa liberdade expressamente abolida, tendo os imperadores Graciano e Valentiniano II, no Império do Ocidente, e Teodósio I, no Império do Oriente, proclamado o Cristianismo como única religião verdadeira e geral (católica). Oficializou-se a Igreja de Cristo. Foi esta, enquanto subsistiu o Império Romano, a Igreja nacional romana. A antiga defesa penal do paganismo fez-se defesa penal do cristianismo, e com maior rigor. Ao tempo de JUSTINIANO, a simples *injúria religiosa (blasfêmia)*, cuja punição o direito anterior deixava aos próprios deuses, passou a constituir crime. Incriminava-se até mesmo o fato de jurar *per capillos Dei*. Invocava-se em apoio da severa repressão a necessidade de aplacar a cólera de Deus. A famosa Novela 77 assim rezava: "*Et quoniam quidam ad hæc quæ diximus, et blasphema verba, et sacramento de Deo jurant, Deum ad iracundiam provocantes: istis injugimus abstinere*

*ab hujusmodi, et aliis blasphemis verbis, et non jurare per capillos et caput, et his proxima verba. Si enim contra homines factæ blasphemiae impuniæ non relinquuntur: multo magis qui ipsum Deum blasphemant, digni sunt supplicia sustinere. Propterea igitur omnibus hominibus hujusmodi præcipimus a prædictis delictis abstinere, et Dei timorem in corde accipere, et sequi eos qui bene vivunt. Propter talia enim delicta, et fames, et terræ motus, et pestilentiae fiunt: et propterea admonemus abstinere ab hujusmodi prædictis illicitis, ut non suas perdant animas. Sin autem et post hujusmodi nostram admonitionem inveniantur aliqui in talibus permanentes delictis: primum quidem indignos semetipsos faciunt. Dei misericordia: post hæc autem et legibus constitutis subjiuntur tormentis."*

Sobreveio a intolerância religiosa, que atingiu seu auge na Idade Média, mantida a religião católica como religião do Estado. O *bracchium sæculare* foi tremendo e inexorável ao serviço da Igreja cristã. Eram profusos os *crimina violatæ religionis*: *heresia* (professar doutrina contrária a um dos dogmas da *fides catholica*), *apostasia* (desertar o catolicismo para abraçar outra religião), *cisma* (abandono da religião oficial por certo número de pessoas), *sacrilegium* (violação de pessoas ou coisas sagradas), *turbatio sacrorum* (perturbação dos atos eclesiásticos), *blasfêmia* (injúria feita a Deus, à Virgem ou aos santos), *magia* (realizar atos sobrenaturais com auxílio de espíritos malignos), *sortilégio* (uso de artes mágicas com o fim de adivinhação), *simonia* (comércio de coisas sagradas), *judaísmo* (casar-se judeu com cristão ou cristão com judia, impedir a conversão de judeu ao cristianismo ou aliciar cristão para a fé judaica), *paganismo* (adorar os ídolos e professar o politeísmo), *ateísmo* (negar a existência de Deus), *agnosticismo* (duvidar da existência de Deus), etc. A idéia teocrática induzia a considerar-se o crime de religião como *adversus divinam majestatem*. O sujeito passivo do crime já não era o Estado (como nos primitivos tempos), mas o próprio Deus, concebido antropomorficamente. As penas mais severas eram editadas *ad terrorem*. O Estado,



no sistema político unitário entre ele e a Igreja Católica, fazia-se guardião dos desígnios de Deus na terra. No zelo da Santa Madre Igreja, a Inquisição excogitou todos os tormentos para devassar as consciências e reprimir os incréus. O pecado confundia-se com o crime, o sacerdote arvorava-se em juiz. Só no século XVIII é que começou a reação no sentido da liberdade de crença, que veio, afinal, deparar plena consagração com a Revolução Francesa. Proclamada a laicidade do Estado, desapareceram, no seu caráter transcendental, os chamados crimes *læsæ religionis*, mudando inteiramente o ponto de vista do legislador penal: passou-se a incriminar apenas os fatos atentatórios da *liberdade individual* em matéria religiosa. Foram secularizados os crimes contra a religião. Reconheceu-se o direito que a todo indivíduo assiste de livremente adotar esta ou aquela religião, segundo suas próprias convicções. Entendeu-se que a intervenção da lei penal (que deixara de servir a Deus para atender a objetivos humanos) somente se justificava, no tocante ao exercício dos cultos, para proteger sua incolumidade, desde que não colidente com a paz social ou a moralidade pública. Tornou-se irrestrita a liberdade de consciência, mas as manifestações externas do culto, e tão-somente estas, podiam ser limitadas pela necessidade de preservação da ordem jurídica. Como dizia DUCROCQ, há liberdade de consciência, mas "*lorsque, sortant du for intérieur et de prières ou pratiques individuelles, des citoyens se réunissent dans le but d'exercer ensemble et extérieurement le culte de leur choix, il s'agit moins de la liberté de conscience que d'une assemblée religieuse qui se constitue et agit ostensiblement pour la manifestation de ses rites et de ses doctrines et qui entre en quelque sorte, dans le domaine de la vie publique*"; de modo que, se a lei garante a liberdade absoluta de consciência, não admite, nem poderia admitir, a liberdade ilimitada do exercício público dos cultos.

No Brasil, o Livro V das Ordenações Filipinas (que vigoraram entre nós mesmo depois da Independência e até o advento do Código Criminal de 1830) era afeiçoado aos critérios dominantes ao tempo de sua promulgação, em maté-



ria de defesa da religião católica. Não era mais severo ou *supersticioso* que a legislação beata de outros países, e se é criticável a sua vigência após o torvelinho da Revolução Francesa, chega a ser ridículo cobri-lo de apodos e insultos (como é hábito entre nossos penalistas), sem ter em conta a corrente de idéias da época em que foi elaborado. O Código de 1830, adstrito a tutelar a religião oficial, embora já não cuidasse dos profusos *crimina violatæ religionis*, incriminava o fato de “celebrar em casa, ou edifício, que tenha forma de templo, ou publicamente em qualquer lugar, o culto de outra religião, que não seja a do Estado” (art. 276), ainda o fato de “propagar por meio de papéis impressos, litografados ou gravados, que se distribuïrem por mais de 15 pes-soas, ou por discursos proferidos em públicas reuniões, doutrinas que diretamente destruam as verdades fundamentais “da existência de Deus e da imortalidade da alma”.

Com o advento da República, 60 anos depois, foi reconhecida, de par com a liberdade de consciência, a liberdade de culto, proclamada pelo Código de 1890, antes mesmo da primeira Constituição republicana. Foi incluído entre os crimes contra a liberdade (“contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais”) o fato de “perseguir alguém por motivo religioso” (consagrada, assim, uma das máximas da “Declaração de direitos do homem”: “*Nul ne peut-être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leurs manifestations ne troublent pas l'ordre public établi pour la loi*”), bem como, sob o subtítulo de “crimes contra o livre exercício dos cultos”, o ultraje a qualquer culto permitido, o impedimento ou perturbação de seus atos e o desacato aos seus ministros.

18. **Generalidades.** Não há diferença essencial entre os fatos que o Código anterior incriminava como lesivos da liberdade dos cultos e os que o atual contempla como crimes contrários ao “sentimento religioso” (isto é, a convicção, *acentuada pelo sentimento, da existência de uma ordem universal que se eleva acima do homem*). Apenas o legislador

de 40 entendeu que ao interesse *individual* da liberdade religiosa sobreleva o interesse *coletivo* ou *geral* de preservar a religião como um elemento de cultura ético-social. Embora mantida a liberdade de crença ou de não ter crença alguma, é relevantemente útil à função cultural do Estado que os indivíduos sejam *religiosos*.

A liberdade dos cultos (expressamente garantida pela Constituição de 46, no seu art. 141, § 7.º: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes”) <sup>9</sup> é protegida por via de consequência da tutela dispensada ao “sentimento religioso”, que não poderia ser devidamente conservado sem aquela. O sentimento religioso é protegido independentemente da religião professada. O Estado moderno não impõe esta ou aquela religião, mas faltaria à sua própria missão se se abstivesse de assegurar pleno ensejo à difusão ou cultivo do sentimento religioso. <sup>10</sup> Desde que não se preste, como em omisso tempo, a fazer causa comum com a tirania do Estado, a religião é uma força espiritual socialmente necessária. Lamentando a irreligiosidade da época atual, já assim dissertamos alhures: <sup>11</sup> “Uma das causas primordiais, senão a causa única do declínio da cultura atual, é a sua crescente incapacidade religiosa. Estamos vivendo uma época idêntica à que precedeu as catacumbas de Roma. A religião de Cristo, que salvara da civilização romana o que ela possuía digno de sobrevivência, imprimindo, no dizer de BELLOC (*La crisis de nuestra civilización*, trad. esp. de REYLES), novo estímulo

<sup>9</sup> Foi, assim, reproduzido o texto do art. 113, V, da Constituição de 1934.

<sup>10</sup> É curioso observar que um dos Estados da democrática União Norte-Americana (Tennessee) levou este critério ao ponto de, em 1925, proibir, nos estabelecimentos públicos de ensino, a afirmação de ser exata a *teoria evolucionista*. Em compensação, o Código Penal soviético, servindo a um Estado ateu, incrimina qualquer ensino religioso nas escolas de qualquer espécie (art. 122).

<sup>11</sup> *Cultura, religião e direito*, 1943.

e nova inspiração à cultura, e que perdurou através dos séculos, lançando as mais fundas raízes da cultura moderna, teve a sua unidade rompida com a Reforma, foi perdendo gradativamente o seu prestígio, sofreu o embate de todas as apostasias, foi negada com os dedos em cruz pelo vaidoso cientismo e, afinal, quando não abertamente perseguida, passou a ser um simples “assunto privado”, bruxuleante resquício do imenso fogo que acendera as almas na exaltação da fé e no sagrado amor de Deus. O ateísmo, que se chamou positivismo com AUGUSTO COMTE, transformismo com DARWIN, evolucionismo com SPENSER, criticismo com RENAN, antropologia com LOMBROSO, materialismo histórico com KARL MARX, foi a guerra total contra Deus, contra Cristo, contra tudo quanto não se refletisse nas pupilas de Argus da ciência. Esta, ao invés de Cristo, passou a ser a *solutio omnium difficultatum*. A religião entrou em crise franca e com ela, necessariamente, a civilização moderna, que nos criou um mundo fechado a toda transcendência, e no qual já quase não podemos respirar nem viver. O primeiro resultado dessa crise foi o Estado agnóstico, a que se seguiu o Estado ateu, a política radicalmente irreligiosa. A democracia, que, no justo pensamento de DONOSO CORRÊS, nascera do Calvário e não da Revolução Francesa, perdeu a religião em que se amamentara, renegou Deus, truncou o vínculo que ligava as coisas humanas às coisas divinas. O mundo foi deixado a si mesmo, e riu-se da Providência Divina. *Le monde va lui-même* — foi o novo e orgulhoso lema que se ensinou aos homens. A civilização, relegando os fundamentos divinos, apoiou-se em bases exclusivamente humanas. A existência do homem deixou de ser vivida como *motus rationalis creaturae ad Deum*, ou, na frase de MARITAIN (*Humanisme integral*), como movimento ascendente da alma para uma estrutura social e jurídica unificada sob o reinado de Cristo, tal como acontecia na Idade Média, apesar de sua vigorosa contracorrente de paixões e de crimes. As idéias cristãs da liberdade, fraternidade e igualdade não podiam permanecer num mundo que havia abjurado a religião que as doutrinara. A

democracia agnóstica, di-lo acertadamente SAMPAY (*La crisis del Estado de derecho liberal-burgués*), perdeu o sentido da liberdade e da justiça e, desaparecendo o amor como energia motriz, a fraternidade deixou de ser o *principium unitatis* da sociedade. Em substituição, adveio um mundo infiltrado de tendências hostis e agressivas. Convenceram o homem de que o céu não passa de oxigênio e azoto, e nos sete palmos de terra adentro que o aguardam *post mortem* escreveram as palavras trágicas: “Deixai toda esperança, ó vós que entraís.” E o ideal humano aviltou-se, conspurcou-se, deslocando-se da altura para afundar-se no lodaçal terreno, no pântano insalubre e deletério dos interesses puramente egoísticos. Ao orientar-se todos os valores para o fim material dos interesses existenciais, desapareceu a *consciência da substantividade do todo*, subvertida pela dissolução espiritual e pelas tensões insolúveis das forças econômicas. Segundo acusa DURANT, desde que César sorriu ao apresentar-se como *Pontifex Maximus*, jamais a fé religiosa decresceu tanto como na atualidade. Esqueceu-se de que a religião é imprescindível energia cultural e que não pode haver sociedade sem Deus. Racionemos, por um instante, com ELLWOOD (*The reconstruction of Religion*). A religião tem sido sempre um dos mais relevantes instrumentos no governo social do homem. Se esse grande fator de controle enfraquece, apresenta-se o perigo de retrocesso do homem às formas primitivas e anti-sociais da conduta, de regresso e queda da civilização, de retorno ao paganismo social e moral. O que a razão faz pelas idéias, a religião faz pelos sentimentos. Torna a vida sagrada, refreia os instintos egoísticos, estimula os bons hábitos sociais, entrava as más inclinações, facilita a civilização humana. Um mundo social sem religião, como o atual, é um mundo de incertezas, destituído de entusiasmo, reduzido ao nível morto das conveniências individuais, impregnado de insuperável tristeza. TOMÁS HARDY fala-nos, com razão, da “melancolia crônica que a decadência da religião incutiu nas raças civilizadas”. Ao declínio da religião corresponde o declínio de toda civilização superior. É o ensinamento da História, que



não devia ser olvidado: Roma caiu quando morreu sua teologia. A crença na força, o pessimismo esterilizante, a filosofia de NIETZSCHE, as guerras mundiais, o egoísmo desenfreado, o capitalismo imoderado, a descaridosa exploração do homem pelo homem, a divinização do êxito, a desorganização da família, o desencanto do lar doméstico, o epicurismo avassalador, a ética do cinismo, todos os males, enfim, do mundo vigente têm uma origem comum: a irreligiosidade, a crise do Cristianismo. Sem as sanções religiosas, a moralidade se reduz a simples cálculos, e subverte-se o sentimento do dever. Tem razão BENJAMIM KIDD quando afirma que toda civilização repousa nas sanções sobrenaturais que a religião deu à moral. Já dizia PLUTARCO que "mais facilmente pode uma cidade dispensar território do que a fé em Deus". Com a queda da religião, na atualidade, destruiu-se a possibilidade de uma hierarquia de valores culturais, que somente pode ser alicerçada em relações super-rationais. Segundo adverte MENGHN, uma separação válida entre satisfação de necessidades espirituais e materiais somente pode ser feita quando se aceita uma fundamental diferença entre alma e corpo, entre espírito e sangue. Fora daí, tudo se inclina para o domínio exclusivo da ciência e da técnica, que nos levaram a este desventurado mundo em que estamos vivendo, tanguido por uma moral de hienas e chacais. O que importa hoje, na realidade, é a "vontade de poder", a *Wille zur Macht* de NIETZSCHE, que, na sua volúpia de negação, foi até o paradoxo de afirmar que o Cristianismo era "moral de escravos", e assim discorria: "Se me demonstrarem que os instintos "qualificados maus pela moral vigente, como a dureza, a "crueldade, a astúcia, a audácia temerária, a índole belicosa, servem para aumentar a vitalidade do homem, eu direi "sim ao mal e ao pecado." CARREL, no seu *L'homme, cet inconnu*, fez um doloroso, mas realístico balanço do mundo contemporâneo. A razão, diz-nos ele, escorraçou as crenças religiosas. O que conta, na atualidade, é o conhecimento das leis naturais e o poder que este conhecimento nos dá sobre o mundo material. Apesar das grandes esperanças que a



humanidade depositara na civilização moderna, esta não foi capaz de engendrar homens aptos a dirigi-la no caminho perigoso em que se aventurou. O ser humano não se desenvolveu tão rapidamente como as instituições que nasceram do seu cérebro. Embora construída para nós, a civilização não está em adequação com a medida humana. Entre as riquezas das descobertas científicas fizemos uma escolha, mas esta não foi, de modo algum, determinada pela consideração de um superior interesse da humanidade. Seguiu simplesmente a inclinação das tendências naturais. O sucesso das novas invenções deve-se ao princípio da maior comodidade e do menor esforço, ao prazer que nos dão a velocidade, a variedade e o conforto, assim como à necessidade de fugirmos a nós próprios. Os sistemas de governo, inteiramente construídos pelo espírito dos teóricos, são absolutamente destituídos de valor. Os postulados da Revolução Francesa, tanto quanto as visões de MARX e LENINE, só se aplicam a homens abstratos. As leis das relações humanas permanecem desconhecidas. Ignoramo-nos a nós próprios. O homem devia ser a medida de tudo e, afinal, é um estrangeiro no mundo que criou. Sentimo-nos desgraçados. Degeneramos moral e mentalmente. Somos vítimas do atraso das ciências da vida em comparação com as da matéria. Os biólogos, educadores, economistas e sociólogos, defrontando-se com problemas de extrema complexidade, cederam muitas vezes à tentação de construir hipóteses e torná-las artigos de fé, revelando todos o imperfeito conhecimento do ser humano. A ciência não pode entrar no mundo espiritual, que fica inacessível à jurisdição das técnicas objetivas. Tanto a moral biológica como a industrial não têm valor prático, porque são artificiosas, e só levam em conta um aspecto do homem, desconhecendo as atividades psicológicas essenciais. Não nos fornecem uma armadura suficientemente forte para proteger-nos contra os nossos próprios vícios imanentes. Foi relegada para terreno secundário a Igreja Católica, que, com o seu profundo conhecimento acerca da psicologia humana, colocava as atividades morais muito acima das intelectuais. Desapareceram os

santos, substituídos pelos *condottieri* de povos, pelos sábios, pelos filósofos, pelos sociologistas de gabinete. Deixou de haver uma alma viajando para fora das dimensões terrestres. Rompeu-se o contato com uma realidade superior e supra-sensível, e o homem não pode realizar suas mais altas aspirações: força interior, luz espiritual, amor divino, paz inefável. A primazia da matéria e o utilitarismo, que são os dogmas da religião industrial, conduziram à supressão da cultura, da beleza e da moral, tais como as compreendia o Cristianismo. É este, realmente, o sombrio espetáculo da civilização de nossos dias. Abstraiu-se que a tragédia do homem é ser uma criatura finita levando dentro de si mesmo a nostalgia do infinito. Divinizou-se a matéria, mas esqueceu-se da alma, que é anseio para finalidades ultraterrenas. Conforme disserta SCHELER (*Vom Umsturz der Werte*), o racionalismo destruiu a antiga concepção do mundo e da vida, eliminou a escala tradicional dos valores e fez de toda a existência e de todo o valor humano coisas relativas. Queda, assim, insatisfeita a necessidade fundamental da alma humana: a necessidade do absoluto. E o homem imergiu no abismo dos instintos subalternos. Olvidou-se que a vida da cultura e a vida da alma se interpenetram e se condicionam, pois, como adverte ROURA-PARELA (*Educación y ciencia*), a alma se nutre da cultura como a cultura vive da alma. Sem vida espiritual, fatalmente decai e fenece a cultura. O homem moderno tornou-se incapaz de um nobre e elevado ideal, porque matou sua alma, matando a Deus. O brado ímpio de ZARATUSTRA ressoou pelos quadrantes da Terra: "Agora Deus é morto." E o mundo ficou vazio de sentido, como o Caos antes do Verbo... Estamos habitando, na hora que passa, um mundo em ruínas. Não devemos, porém, descreer na possibilidade de reconstrução. Reconstrução pela contramarcha ao espiritualismo. Reconstrução pela volta ao centro espiritual da vida, que é Deus. Precisamos retornar ao simbolismo sagrado da cultura, à loucura grande para o transcendental. Cumpra alargar a brecha que BERGSON abriu no arcabouço do materialismo mecanicista e por ela avançarmos, no *elã*

*vital* para as amplitudes onde mora Deus, não o Deus finito do tímido bergsonismo, mas o Deus infinito dos cristãos, pois não há outro Deus. Precisamos arder, de novo, na grande aventura de comunicação com Deus. Precisamos fazer, de novo, a experiência de Deus. Não basta que dentre as colunas partidas da inoperante civilização atual nos guiem os gênios: é preciso, também, que surjam os santos. É preciso que apareçam, batendo à nossa frente o pó dos caminhos, as sandálias de um novo S. Francisco de Assis. Necessitamos de homens que, no dizer de CARREL, parecem sair de si mesmos e da própria continuidade física, a conduzir-nos no rumo do supremo Bem e da suprema Beleza, que é Deus. O Cristianismo, já o disse NICOLAU BÉRDIAEFF, está chamado a retroceder até antes de Constantino, e daí reconstruir o mundo novamente. Precisamos voltar à fé que transfigura a vida humana numa jornada ascensional para Deus. Precisamos elevar-nos, como se exprime ilustre pensador americano (JOSÉ VASCONCELOS, *Ética*), ao plano sobrenatural. Acima da ciência da matéria, a ciência divina, revelação superior, sem outra norma que a inspiração dos grandes e dos puros. Não temos de esperar que o divino venha até nós, mas temos de superar o humano no divino. Deus e seu reino não virão, porque não caberiam neste mundo. Temos de alcançá-lo fora dos contornos do mundo material. Ao invés do Deus-indivíduo, do Deus-Estado ou do Deus-proletariado, temos de realizar, cristãmente, o ideal da justiça, da igualdade, da bondade, da pureza de coração, da solidariedade, do amor e da paz. Só poderemos ressurgir com Deus, com a Cruz, com o pensamento cristão. O milagre de novas auroras, no triste ocaso da civilização contemporânea, só será possível despertando-se, de novo, na alma humana a presença de Deus, a luz e a flama do Cristianismo. A Humanidade precisa de readquirir a virtude da fé integral, pois só esta poderá evitar o desmantelo do mundo. Diz UNAMUNO (*Del sentimiento trágico de la vida*) que no ouvido espiritual, quer se trate de um crente, quer de um ateu confesso, há sempre o zumbido da incerteza em face da Divindade. E relembra o epi-

sódio daquele homem que pediu a Cristo o milagre de lhe curar o filho epiléptico. Como o Nazareno respondesse: "Se podes crer, ao que crê tudo é possível", o pai aflito implorou: "Socorrei, Senhor, a minha incredulidade!" Pois bem; na hora trágica que vivemos, é esse o brado que deve subir dos corações humanos, como prece afervorada, para que, enfim, libertos da dúvida, orientemos o mundo no caminho da salvação, pelo inefável contato espiritual com Deus: "Socorrei, Senhor, a nossa incredulidade!".

As modalidades do crime contra o sentimento religioso estão enfeixadas num só artigo (208) do Código atual. Vamos fixar e analisar cada uma delas de per si.

**19. Escarnecimento por motivo de crença ou função religiosa.** É esta a modalidade delituosa definida na primeira parte do art. 208 (inspirado no art. 261 do Código suíço): "Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa." Se a todo indivíduo é permitido adotar a religião que bem entende (desde que não contrarie a ordem pública ou os bons costumes) ou não adotar religião alguma, é-lhe vedado, fora dos limites de uma crítica austera ou comedida, escarnecer daqueles que não comungam do seu credo ou da sua irreligiosidade. *Escarnecer* é achincalhar, zombar afrontosamente, ridicularizar sarcasticamente, exprimir menoscabo por meio de mofa grosseira ou cínica. A ação pode ser praticada por meio de palavras, atos, escritos, desenhos (qualquer meio de manifestar o pensamento). É elemento essencial do crime a *publicidade* do escárnio. Não basta que o fato ocorra em lugar público ou acessível ao público: é preciso que tenha sido praticado *coram populo* ou à vista de muitas pessoas. Caso contrário, o que se poderá identificar é crime contra a honra. Se o escárnio é praticado por meio de imprensa, televisão ou radiodifusão, presume-se a publicidade. Não é necessário que o sujeito passivo esteja presente ou que o escárnio se pratique *facie ad faciem*. *Crença religiosa* é a fé, a convicção da verdade de tal ou qual doutrina acerca da divindade ou poderes sobrenaturais. *Fun-*



*ção religiosa* entende-se, aqui, o ministério exercido ou *estado* assumido por quem participa da celebração de um culto ou de uma organização religiosa (padre católico, frade, freira, sacristão, irmão leigo, rabino judaico, pastor protestante, sacerdote budista, *medium* espírita, etc.). Pouco importa que o exercente de função religiosa seja atingido *in officio* ou *extra officium*: o que é indispensável é que o seja *propter officium*. É preciso que o sujeito passivo seja pessoa *determinada*. O escárnio dirigido, por exemplo, aos católicos ou protestantes em geral não constitui o crime em questão.

O fato só é punível a título de dolo, que compreende a consciência da *publicidade* da ação e especifica-se pelo fim de escarnecer do sujeito passivo, em razão de sua crença ou função religiosa. Se não existe tal fim, senão apenas o intuito de uma ofensa pessoal (por motivo alheio à crença ou função religiosa do sujeito passivo), o fato poderá constituir crime contra a honra, e não contra o sentimento religioso. Se o escárnio, além de ofensivo do sentimento religioso, contém lesão à honra individual, este último crime é absorvido por aquele (MANZINI).

O crime se consuma com a efetiva prática do ato de escárnio, não sendo concebível a tentativa quando se trate de escárnio verbal.

20. **Impedimento ou perturbação de ato do culto.** É a modalidade prevista em segundo lugar pelo art. 208: "Impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso." Trata-se da *turbatio sacrorum*, figura tradicional de crime contra a religião. A ação pode consistir em *impedir* ou em *perturbar* o ato de culto religioso. *Impedir* é evitar que comece ou que prossiga o ato; *perturbar* é desnormalizá-lo, tumultuá-lo, quebrar-lhe a regularidade. Não basta, neste último caso, um simples desvio da atenção ou recolhimento dos fiéis: é necessária uma alteração material, *sensível*, do curso regular do ato do culto. O meio executivo, em qualquer caso, é onímodo: violências, vias de fato, ameaças,



altos brados, vaias, vozes propositadamente dissonantes com as rezas ou cantos religiosos, ruídos de matracas, bater de pés, disparos de tiros, explosões, emissão de gases tóxicos ou fumaça incomodativa, colocação de obstáculos à entrada do templo. Não ficam excluídos nem mesmo os melos *indiretos*, como, *v.g.*, se o agente tira sorrateiramente as vestes de uma imagem, impedindo, assim, que se realize uma procissão. Se há emprego de violência, a pena é majorada, sem prejuízo da correspondente à própria violência (parágrafo único do art. 208).

O texto legal refere-se a *cerimônia* e *prática* de culto religioso. *Cerimônia* é qualquer dos atos externos e regulares do culto, revestidos de certo aparato, ex.: a missa, as vésperas, a via-sacra, a ministração dos sacramentos, a coroação da Virgem, a entronização de uma imagem, a bênção de um edifício, a procissão, etc. *Prática* é todo ato religioso, diverso da cerimônia, praticado com ou sem o ministro do culto, *exempli gratia*: a prédica, a leitura ou explicação do Evangelho, a adoração do Santíssimo, a lição de catecismo, o retiro espiritual, a oração coletiva na igreja ou sinagoga, a sessão espírita, etc. A *prática* pode ter simples caráter *complementar*, mas não deve confundir-se com a simples oração individual ou certos atos *seculares* com fins religiosos, como sejam a *peregrinação* a um santuário, uma quermesse em benefício de obra religiosa, as festas de adro de igreja.

Não importa que a cerimônia ou prática se realize *intra* ou *extra ecclesiae ambitu*, desde que seja *regular* (isto é, efetuada segundo as prescrições rituais) e não tenha sido, por qualquer motivo, proibida pela autoridade pública. Assim, impedir uma procissão tumultuária ou que haja sido vedada para evitar a difusão de uma epidemia, não é crime. Há certos atos do culto que dependem da vontade da pessoa a quem pretendem beneficiar, como, por exemplo, a ministração da extrema-unção, a bênção de uma casa. Em tal caso, se a pessoa recusa o benefício, o impedimento do ato religioso escapa à sanção penal.

*Culto religioso* é a veneração da divindade ou poderes sobrenaturais, manifestando-se por atos mediante os quais se mantém, entre muitas pessoas, essa relação espiritual com o plano transcendental. Os teólogos dividem o culto em *tria* (culto de Deus), *dulia* (culto dos santos) e *hiperdulia* (culto da Virgem Santíssima). Não é culto qualquer seita. É necessário que seja praticado por um número relativamente extenso de pessoas. Não são cultos os praticados por grupos de *inovadores* ou *reformadores* ainda em período de propaganda, como também não o são os inaugurados por seguidores de *profetas* mais os menos necessitados de manicômio. Cumpra-se que o culto seja *notório* e tenha merecido um certo reconhecimento por parte do público. A propósito, justamente observam CHAUVEAU ET HÉLIE: “*Une peine ne saurait reposer sur une qualité vague et qui peut-être inconnue de l’auteur du délit; or lorsqu’il s’agit d’un culte nouveau et dont l’existence n’est point reconnue du public, quels seront les signes qui feront connaître à l’auteur du trouble qu’il commet une atteinte à la liberté d’un culte, qu’il se rend coupable d’un délit?*”

Não se devem, além disso, confundir com culto religioso certas instituições que se colocam sob o patrocínio de Deus ou de santos para consecução de fins sociais (filantrópicos) ou morais. Assim, o *Exército de Salvação* (que tem por objetivo fomentar a temperança, a saúde física e moral do homem e a harmonia do indivíduo consigo mesmo, sob a proteção de Deus) e as *Conferências de São Vicente de Paulo* (com o fim de socorrer a pobreza envergonhada, sob o patrocínio do abnegado padre francês). Os atentados à sua livre atividade constituirão crime diverso, isto é, *constrangimento ilegal* (art. 146).

A lei não distingue entre culto e culto, desde que, bem entendido, sejam permitidos pelo Estado, isto é, desde que observem as exigências da ordem pública e os bons costumes. Não seriam cultos permitidos entre nós, por exemplo, os que dizem com a seita dos *mórmons* (que praticam a bigamia)

ou com a dos *skopzys* (que adotam a castração). Do mesmo modo, não são atos de culto, a coberto da lei penal, as práticas curandeiras do espiritismo ou da macumba.

O crime consuma-se com a efetividade do impedimento ou perturbação do ato do culto. É concebível a tentativa: não obstante a idoneidade do meio empregado, tal resultado não sobrevém, por circunstância alheia à vontade do agente.

Trata-se de crime somente punível a título de dolo; que é, aqui, a vontade de impedir ou perturbar o ato que se sabe atinente ao culto, pouco importando o fim último do agente. O objetivo de impedir ou perturbar o ato religioso é indispensável. Assim, não cometerão o crime em apreço dois indivíduos que, por motivos inteiramente pessoais e *ex improviso*, travam luta dentro de uma igreja, no curso de uma missa. Tampouco incorrerá nas penas do art. 208 a pessoa que, imprudentemente, dá causa ao disparo de um tiro no curso de alguma cerimônia religiosa, ainda que se siga a dispersão dos fiéis.

É admissível a atenuante da “violenta emoção oriunda de injusta provocação” (art. 47, IV, letra c), como, por exemplo, se o agente é desabridamente censurado pelo padre no seu sermão.

**21. Vilipêndio público de ato ou objeto de culto.** A terceira modalidade de crime *læsæ religionis* prevista no Código é a constante da parte final do art. 208: “vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso”. É uma das formas do antigo *sacrilegium*, embora secularizada. Vilipêndio (de *vilis pendere*) é o ultraje, o ludíbrio aviltante, o desdém injurioso. Pode consistir em palavras (injúrias verbais), atos (escarrar, *stercora projicere*, etc.) ou escritos (afixação de cartazes deprimentes). É requisito essencial, também aqui, que o fato seja praticado *publicamente*, isto é, na presença de muitas ou várias pessoas. Não haverá o crime, se o agente penetra, por exemplo, numa igreja e, sem testemunhas, conspurca uma imagem. Só se apresenta o vilipêndio quando feito diretamente sobre o objeto ou junto deste, ou durante

a celebração ou realização do ato. Não importa o local do vilipêndio: se dentro ou fora do templo, em lugar público ou privado (posto que *coram multis personis*).

*Ato de culto* corresponde às *cerimônias* ou *práticas* religiosas, de que já tratamos (veja-se n.º 20). *Objeto de culto* é qualquer das coisas corporais inerentes ao serviço do culto, e não somente aquelas que são, em si mesmas, objeto de veneração religiosa (imagens, relíquias). Assim, são objetos que servem *necessariamente* à manifestação externa de culto (e, portanto, compreendidos no texto legal): altares, batis-térios, oratórios (mesmo os particulares), água-benta, asper-sórios, turibulos, paramentos eclesiásticos, livros litúrgicos do templo, exemplar da Bíblia usado na igreja evangélica, púlpitos, etc. É preciso que tais objetos estejam consagrados ao culto: não serão especialmente protegidos quando, por exemplo, ainda expostos à venda numa casa comercial.

O crime só se consuma com a palavra ou ato de vilipêndio, não se devendo confundir com este a simples falta de respeito, como quando alguém deixa de descobrir-se à passagem de uma procissão. Quando o meio executivo é algum *ato*, o crime admite tentativa. A punibilidade somente se dá a título de dolo, que se especifica pelo fim de ofender o sentimento religioso. Sem tal fim, inexistente o elemento moral distintivo do crime. Tome-se o seguinte exemplo: os portadores de um andor, no curso de uma procissão, travam de razões por questão pessoal e causam a queda da imagem, que vai rolar no pó da via pública. Não se configura o crime. Figure-se outro caso: um devoto de Santo Antônio, não tendo obtido a graça pedida, injúria a imagem do santo ou desfere-lhe um bofetão. Inexiste, igualmente, o crime, pois o fim *supersticioso* não pode ser identificado com o de ofender o sentimento religioso.

**22. Emprego de violência.** Em qualquer dos crimes contra o sentimento religioso, a pena cominada é alternativa: detenção, de um mês a um ano, ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 3.000,00; mas o parág. único do art. 208 dispõe que,

“se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência”. Comentando este dispositivo, BENI CARVALHO (ob. cit., pág. 21) faz a seguinte observação: “Pela má redação desse dispositivo, *pareceria* (o grifo é nosso) poder a violência, por si mesma, constituir figura delituosa autônoma, e não, apenas, um dos elementos integradores de vários delitos, com exceção apenas das hipóteses do art. 322 — violência arbitrária — em que, entretanto, é requisito essencial achar-se o agente no exercício da função.” Lê-se e relê-se o comentário e não se pode entendê-lo. Poderá, acaso, alguém duvidar que a violência constitua *crime autônomo*, além de funcionar como condição de maior punibilidade do crime a que serve de meio executivo, quando a lei assim o declara de modo explícito, categórico, iniludível? Se há emprego de violência, dá-se uma majorante (ou condição de maior punibilidade), em relação aos crimes definidos no *caput* do artigo, e isto sem prejuízo de aplicação da pena correspondente à violência considerada em si mesma. Além do efeito de majorar a pena correspondente ao crime contra o sentimento religioso, a violência é punida *per se*, como crime autônomo (lesão corporal, homicídio, dano, etc.). O texto legal é de uma clareza tal, que custa a crer que alguém o considere impreciso ou confuso. Toda a vez que o Código, nos casos em que a violência é prevista como *possível* meio executivo do crime (e não somente na hipótese de violência arbitrária), ressalva as penas relativas a ela, o que evidentemente quer significar é que se tem de reconhecer um *concurso material* entre o crime de que a violência é famulativa (e constitui causa de aumento de pena) e a própria violência, como crime independente. A diafaneidade e correção de estilo do parág. único do art. 208 somente podem ser negadas se submetidas ao processo mental que se costuma chamar, ironicamente, de “filtro às avessas”.

A violência de que fala o parágrafo é tão-somente a *física* ou *material*, quer exercida contra a pessoa, quer contra a coisa.



## CAPÍTULO II

## Dos crimes contra o respeito aos mortos

Impedimen-  
to ou per-  
turbção de  
cerimônia  
funerária

**Art. 209.** *Impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária:*

*Pena — detenção, de um mês a um ano, ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 3.000,00.*

*Parág. único.* *Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.*

Violação de  
sepultura

**Art. 210.** *Violar ou profanar sepultura ou urna funerária:*

*Pena — reclusão, de um a três anos, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 3.000,00.*

Destruição,  
subtração  
ou ocultação  
de cadáver

**Art. 211.** *Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:*

*Pena — reclusão, de um a três anos, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 3.000,00.*

Vilipêndio  
a cadáver

**Art. 212.** *Vilipendiar cadáver ou suas cinzas:*

*Pena — detenção, de um a três anos, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 2.000,00.*

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: suíço, art. 262; italiano, arts. 407 a 413; norueguês, § 143; francês, arts. 358 a 360; holandês, arts. 148 a 151; dinamarquês, art. 139; polonês, arts. 168 e 169; português, arts. 246 e 247; belga, art. 315; espanhol, arts. 339 e 340; turco, art. 176; mexicano, arts. 280, 281 e 286; peruano, arts. 286 a 288; uruguaio, arts. 307 a 309; alemão, art. 168; colombiano, artigos 312 a 315; hondurenho, arts. 338 e 339; salvadorenho, art. 267; chileno, arts. 320 a 322; boliviano, art. 510.

**BIBLIOGRAFIA** — Além da citada no capítulo anterior: CARNEVALE (E.), *Intorno alla nozione del violato sepolcro*, in *Rivista Penale*, XXVII; MERKEL (E.), *Der Leichenraub (A subtração de cadáver)*, 1904; BUONAMICI, *Del delitto di violato sepolcro*, 1873; CAMPOLONGO, *Del delitto di violato sepolcro*, in *Rivista Penale*, LV; *I delitti contro la religione e la pietà dei defunti*, 1930.

### COMENTARIO

**23. Histórico.** Já o direito romano, ao tempo dos imperadores, tutelava penalmente o respeito aos mortos, incriminando a violação dos túmulos: "*Rei sepulchrorum violatorum, si corpora ipsa extraxerint, vel ossa eruerint, humiliores quidem fortunæ summo supplicio adficiuntur, honestiores in insulam deportantur: alias autem relegantur, aut in metallum damnantur*" (D., XLVII, XII, 11). O *crimen violati sepulchri* passou ao direito canônico, que incluía os túmulos entre as *res benedictæ*, considerando os seus violadores como réus de *quase-sacrilégio*, sujeitos à pena de excomunhão. Nas leis bárbaras, era vedada, sob pena de privação da paz, a profanação ou subtração de cadáver. O direito estatutário absteve-se de alterar, na espécie, o direito romano.

Entre nós, o Código de 1830 não cuidava de tais crimes, e o Código de 1890 considerava simples contravenções a inumação irregular (art. 364) e a profanação de cadáver (art. 365), bem como a violação, conspurcação ou danificação de sepulturas ou mausoléus (arts. 365 e 366).

**24. Generalidades.** Conforme assinala a *Exposição de motivos*, os crimes contra o respeito aos mortos têm parentesco próximo com os crimes contra o sentimento religioso. O respeito aos mortos reveste-se de um cunho religioso. Costumava-se mesmo falar em "religião dos túmulos". Explica-se, portanto, a reunião das duas classes de crimes num mesmo título da Parte Especial do Código, a exemplo, aliás, de quase todos os Códigos estrangeiros. Justificando a incriminação dos atentados ao sentimento de respeito tributado aos mortos, assim disserta BUONAMICI (ob. cit., pág. 148): "*Esiste*

*un istinto, un affetto ed un sentimento universale di venerazione e pietà verso i traspassati e verso le tombe. Il contrario del medesimo, cioè, il disprezzo e l'oltraggio, ripugnano alla coscienza umana. Se ciò accade in società, tutti ne muovono lamento, quasi se ne sentono offesi, e vogliono che il malfatto non si ripeta. Ecco quanto basta a fare sorgere un vero diritto nella città, a fare sentire il bisogno di garantirlo con la pena.*" O que a lei penal protege (e neste particular tem ela caráter *constitutivo*, e não meramente *sancionatório*) não é a *paz dos mortos* (como se tem pretendido, com abstração do axioma de que os mortos não têm direitos), mas o sentimento de reverência dos vivos para com os mortos. É em obséquio aos vivos, e não aos mortos (tal como no caso da "calúnia contra os mortos", prevista no art. 138, § 2.º), que surge a incriminação. O respeito aos mortos (do mesmo modo que o sentimento religioso) é um relevante *valor ético-social*, e, como tal, um interesse jurídico digno, por si mesmo, da tutela penal. Cuida esta de resguardar a incolumidade dos atos fúnebres, do cadáver em si mesmo e da sepultura. Em tal sentido, o Código contempla várias modalidades delituosas que, a seguir, passamos a analisar: "impedimento ou perturbação de cerimônia funerária", "violação de sepultura", "destruição, subtração ou ocultação de cadáver" e "vilipêndio a cadáver".

**25. Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária.** Com esta rubrica, o art. 209 incrimina o fato de "impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária". Sobre o sentido dos verbos "impedir" e "perturbar", veja-se n.º 20. Por *enterro* entende-se a transladação do cadáver, com ou sem *acompanhamento*, para o lugar onde deve ser inumado. *Cerimônia funerária* é todo ato de assistência ou homenagem que se presta a um defunto. Trata-se de cerimônia *secular* ou *civil*, pois que, se tem caráter religioso (ex: encomendação, missa de corpo presente, etc.), o crime enquadra-se no art. 208. São cerimônias funerárias, por exemplo, o amorta-

lhamento, o embalsamento, a câmara-ardente, o velório, as honras fúnebres junto à sepultura, etc. A própria cremação autorizada é cerimônia funerária.

Se o meio executivo do impedimento ou perturbação é a *violência* (física), dá-se uma condição de maior punibilidade (qualquer das penas alternativamente cominadas no art. 209 é aumentada de um terço), sem prejuízo da pena correspondente à violência em si mesma (parág. único do art. 209).

O crime tem o seu momento consumativo com o efetivo advento do resultado "impedimento" ou "perturbação" do enterro ou cerimônia fúnebre. Se tal resultado não é alcançado, a despeito do emprego de meios idôneos, não haverá mais que tentativa. O crime só é punível a título de dolo, que é a vontade dirigida a qualquer dos mencionados eventos, com o fim ou consciente o agente de faltar com o respeito devido ao morto. Na ausência de tal escopo, não haverá o crime de que se trata. Assim, não incorreriam no art. 209 os indivíduos que, presentes a um velório, travassem rixa por questões pessoais e *ex improviso*.

Também alheia ao crime é a simples culpa, de modo que estariam isentos de sanção penal, por exemplo, o dono da empresa funerária que, por desídia, deixasse de fornecer o carro fúnebre ou o empregado ferroviário que se esquecesse de ligar ao comboio o vagão funerário.

**26. Violação de sepultura.** É este o *nomen juris* do crime previsto no art. 210: "Violar ou profanar sepultura ou urna funerária." É a *violatio sepulchri*, de que cuidava o direito penal romano. *Violar*, aqui, significa o ato de abrir ou devassar arbitrariamente. *Profanar* é tratar com irreverência, conspurcar, degradar. O termo "sepultura" deve ser entendido em sentido amplo: não é apenas a cova onde se acham encerrados os *restos mortais*, o lugar onde está *enterado* o defunto, senão também tudo quanto lhe é imediatamente conexo, compreendendo o túmulo, isto é, a construção acima da cova, a lápide, os ornamentos estáveis, as ins-

crições. A lei não distingue entre a *vala comum* e o *mausoléu*. A sepultura do pária desconhecido merece tanto respeito quanto a do herói celebrado. Expressamente equiparada à sepultura é a *urna funerária*, que é não só aquela que guarda as *cinzas* (urna cinerária) como a que encerra os ossos do defunto (urna ossuária). É escusado dizer que *sepultura* é também o nicho do *columbarium*. No caso de *violação*, basta que o cadáver (ou seus restos) ou suas cinzas (resíduo de sua cremação ou combustão) fiquem expostos ao tempo, pouco importando que sejam, ou não, removidos *de loco ad locum*. Na hipótese de *profanação*, consuma-se esta com qualquer ato de vandalismo sobre a sepultura, ou de alteração chocante, de aviltamento, de grosseira irreverência, como, por exemplo: arrancar a lápide, quebrar os ornamentos, apagar a inscrição, escrever sobre o túmulo palavras obscenas ou injuriosas (se as expressões são *caluniosas*, haverá concurso formal entre o crime de que se trata e o do art. 133, § 2.º), macular a lápide (lançar-lhe imundícies, pichá-la, etc.), fixar símbolos infamantes, destruir a cruz de assinalamento, etc.

O ato de *violar* compreende necessariamente o de *profanar*, mas este pode realizar-se sem aquele. É óbvio que somente estão acobertadas pela proteção penal a sepultura ou a urna que estejam atual ou efetivamente servindo ao seu destino, isto é, encerrando restos mortais humanos ou as cinzas do defunto. Não são especialmente protegidos os *cenotáfios* ou monumentos simbólicos em honra dos mortos, mas que não encerram os seus despojos.

Consuma-se o crime com a efetividade do ato de *violação* ou *profanação*. Não importa que a sepultura ou urna esteja em cemitério público, ou, excepcionalmente (nos casos em que a lei o permite), em lugar privado.

O elemento subjetivo é a vontade conscientemente dirigida à *violação* ou *profanação* da sepultura ou urna funerária. Especifica-se o dolo do crime pelo fim de *violar* ou *profanar*, sabendo o agente que procede *contra jus*. É irrelevante o motivo ideológico. Não deixa de ser punível o fato nem mesmo na hipótese do pai que, impelido pela saudade



do filho morto, vai devassar-lhe a sepultura, para revê-lo. Se o fim do agente é subtrair algum objeto, haverá *concurso material* de crimes: o de violação ou profanação de sepultura e o de furto. Se há destruição ou danificação do túmulo, haverá *concurso formal* entre o crime de que se trata e o de dano (art. 163). Se há subtração do próprio cadáver, o crime passa a ser o do art. 211, em concurso formal com o do art. 210. Não é de confundir o crime em questão com a contravenção de exumar cadáver irregularmente (art. 67 da Lei das Contravenções Penais). Neste último caso, não há intenção de violar ou profanar sepultura, mas apenas o voluntário descumprimento de formalidades legais em torno da exumação de cadáver.

Inexiste o crime, se o fato é praticado em cumprimento de dever legal (exumação determinada pela autoridade competente, para obtenção de prova da materialidade de um crime) ou no exercício regular de um direito (mudança do cadáver ou seus restos para outra sepultura, mediante as formalidades legais).

**27. Destruição, subtração ou ocultação de cadáver.** É a entidade delituosa prevista no art. 211: "Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele." *Cadáver* é o corpo humano sem vida. BINDING definia-o como "restos exânicos de um homem que tenha vivido"; mas tal conceito restritivo é impugnado, pois não deixa de ser cadáver o corpo do *natimorto*, desde que expulso em parto a tempo. Somente ao corpo do *feto* que ainda não atingira a maturidade necessária para sua expulsão se pode negar a qualidade de cadáver.

Cumpra ainda notar que cadáver propriamente dito é o corpo morto enquanto conserva a aparência humana. Como ensina von LISZT, "cadáver é o corpo humano inanimado, enquanto a conexão de suas partes não cessou de todo". A lei, porém, não se limita a proteger o cadáver como um todo, senão também alguma *parte* dele, quer seja a de um cadáver despedaçado (de pessoa vitimada num desastre ou por explosão), quer a que o agente separa de um cadáver íntegro.

Os restos de cadáver em completa decomposição, bem como suas cinzas, não são *parte* dele, do mesmo modo que os escombros de uma casa desabada ou incendiada já não participam do que se chama “casa”. Em tais casos, o que se poderá identificar é o crime de violação de sepultura ou urna funerária, tão-somente.

Não se considera cadáver a *múmia*, ainda que não transformada em peça de museu ou objeto *intra commercium*. Já aqui, não há ofensa do sentimento de respeito aos mortos, pois, dado o tempo já decorrido ou a *especificação* a que foi submetido o cadáver, deixa este de inspirar tal sentimento.

Três são as hipóteses previstas no art. 211: *destruição*, *subtração*, *ocultação*. *Destruir* um cadáver é torná-lo insubstituível como tal. Assim, um cadáver é destruído quando atirado a uma fornalha acesa, onde fica reduzido a detritos. A destruição incriminada não é apenas a de todo o cadáver, senão também a de parte dele. *Subtrair* um cadáver é tirá-lo da esfera de sua proteção jurídica ou da custódia de seus legítimos detentores (cônjuge supérstite, parentes do morto, vigia do necrotério, guarda do cemitério, etc.). Se o cadáver foi vendido ou entregue a um instituto anatômico ou para fim de estudo científico, converte-se em *coisa*, e sua subtração (ou destruição) é crime patrimonial. Finalmente, *ocultar* um cadáver é fazê-lo desaparecer, sem destruí-lo. Há diferença entre *subtração* e *ocultação*. Esta pode ser praticada até mesmo por pessoas da família do defunto. Quando, por exemplo, uma mãe, procurando afastar as provas de um infanticídio, oculta o pequeno cadáver em sepultura ignorada de todos, está ocultando-o, e não subtraindo-o. Uma viúva que conserva o cadáver do marido junto a si, escondendo-o, não o subtrai. A ocultação, diversamente da subtração, somente pode ocorrer antes do sepultamento do cadáver (isto é, pressupõe que o cadáver ainda não se acha no lugar do seu destino).

O *summum opus* ocorre com o efetivo advento de algum dos resultados previstos no texto legal. Se o agente

é impedido de prosseguir antes que se realize a destruição ou ocultação, ou não consegue retirar o cadáver da sua esfera de proteção jurídica, somente o *conatus* poderá ser reconhecido.

Somente a título de dolo é punível o crime. É indiferente o fim último do agente: apagar vestígio de crime, frustrar uma sucessão, obter lucro com a ulterior venda do cadáver, vingança contra os parentes do morto, necrofilia, etc. Não haverá o crime de que ora se trata, mas simples contravenção de inumação irregular, se o agente, encontrando o cadáver de um desconhecido em lugar ermo e distante, ali mesmo, piedosamente, o enterra.

**28. Vilipêndio a cadáver.** É a derradeira modalidade de crime contra o respeito aos mortos, segundo a previsão do Código (art. 212): "Vilipendiar cadáver ou suas cinzas." Sobre o que se deva entender por cadáver, veja-se n.º 27. Cinzas do cadáver são os resíduos da cremação ou combustão (autorizada, casual ou criminosa) a que seja ele submetido. A lei, aqui, equipara-as ao próprio cadáver. Vilipêndio, como já vimos (n.º 21), é o ato de aviltar, de ultrajar. Tanto pode consistir em atos, como em palavras ou escritos. O nosso Código, diversamente do Código italiano, não emprega a locução restritiva "atos de vilipêndio", tendo preferido o modelo suíço, que usa a expressão genérica "vilipêndio" (*Beschimpfung*). É necessário que o ato seja praticado sobre ou junto ao cadáver ou suas cinzas. Se as palavras vilipendiosas encerram *calúnia* contra o morto, haverá concurso formal entre o crime do art. 212 e o do art. 138, § 2.º.

Constituirão vilipêndio, entre outros fatos, os seguintes: tirar as vestes do cadáver, escarrar sobre ele, cortar-lhe algum membro (com o fim de escárnio), atos de necrofilia (caso em que é muito de duvidar da integridade mental do agente), derramar líquidos imundos sobre as cinzas, ou dispersá-las acintosamente. BENI CARVALHO<sup>12</sup> figura o caso de al-

<sup>12</sup> Ob. cit., págs. 51-52.

guém que vilipendia pessoa morta supondo-a viva, e pretende resolvê-lo invocando a regra sobre o *error in persona vel objecto*. Ora, a solução está, em toda a evidência, no artigo 17 do Código: “É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui.” Se o agente erra sobre a efetiva *existência* de um cadáver, que é elemento essencial à figura do art. 212, inexistente o dolo do crime.

O crime não é excluído ainda quando tenha sido autorizado pelo *de cujus*, em disposição de última vontade, pois está em jogo interesse de ordem pública, qual a preservação do sentimento de respeito aos mortos. Nem mesmo o cadáver que serve a fim de estudo no anfiteatro de anatomia pode ser impunemente vilipendiado.

## TÍTULO VI

## DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

**BIBLIOGRAFIA** — HAVELOCK ELLIS, *La Pudeur*, trad. fr. de VAN GENNEP, 1916; *La Selection sexuelle chez l'homme*, idem, 1912; *L'Inversion sexuelle*, idem, 1914; *L'Impulsion sexuelle*, idem, 1911; *L'Uomo e la Donna*, ed. ital. de R SANDRON, sem data; FOREL (Aug.), *A Questão Sexual*, trad. port., rev. por F. FÁVERO, 1934; FREUD (Sig.), *Drei Abhandlungen zur Sexualtheorie* (*Três ensaios sobre a teoria da sexualidade*), 1922; *Totem et tabou*, 1926; *Zur Neurosenlehre* (*Sobre a doutrina das neuroses*), 1906; FERÉ, *L'Instinct sexuel*, 1899; BEAUNIS, *Sensations internes*, 1887; KRAFFT-EBING-MOLL, *Psychopathia Sexualis*, 1924, e sua trad. espanhola de LARRAURI, 1955; WULFFEN (E.), *Der Sexualverbrecher*, 1922; MOLL, *Die konträre Sexualempfindung*, 2.<sup>a</sup> ed., 1899; GARNIER (P.), *A Geração Universal*, trad. port., sem data; *Des perversions sexuelles*, 1900; HESMARD (A.), *L'individu et le sexe*, 1918; MARAÑÓN (G.), *Evolução da sexualidade e dos estados intersexuais*, trad. port., 1938; KRONFELD, *Sexualpsychopathologie*, 1923; MARCUSE (Max), *Homosexualität*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, 1933; RUIZ MAYA, *Psiquiatria Penal y Civil*, 1931; VALLEJO NÁGERA, *La asexualización de los psicopatas*, 1934; BUMKE, *Trattato di Psichiatria*, trad. ital. de TIRELLI, 1927; HOCHÉ (A.), *Le anomalie ed i perversimenti dell'istinto sessuale*, in *Trattato di Psichiatria* de BINSWANGER-SIEMERLING, trad. ital. de DALMA, 1927; LOMEROSO-FERREIRO, *La donna delinquente*, 1915; ESZTERHAZY (Agnes), *Das lasterhaft Weib* (*A mulher viciosa*), 1930; BLAIR BELL, *The Sex-Complex*, 1920; ANATOLE FRANCE, *L'Île des Pingouins*, ed. Calmann-Levy; STENDHAL, *De l'Amour*, ed. de 1863; GAUTIER (Théophile), *Mademoiselle de Maupin*, ed. Garnier Frères, 1930; WEIL (A.), *Sexualreform und Sexualwissenschaft*, 1922; PLACZERK, *Homosexualität und Recht*, 1925; ALVES GARCIA, *Compêndio de Psiquiatria*, 1942; *Psicopatologia Forense*, 1945; RABINOWICZ, *O crime passionai*, trad. port., 1933; FÁVERO (F.), *Medicina Legal*, 1942; LACASSAGNE, *Vacher l'éventreur et les crimes sadiques*, 1899; LUTZ (Guálter), *Auto-acusação, homossexualismo e travestismo*, 1939; MANFREDINI, *Delitti contro la moralità pubblica e il*



*buon costume*, in *Trattato de FLORIAN*, 1934; MEZGER, *Kriminalpolitik*, 1934, págs. 47 e segs.; ALLENDY (René), *Le crime et les perversions instinctives*, 1942; GOMES (Hélio), *Medicina Legal*, vol. II, 1945; GUSMÃO (Crisólito), *Dos crimes sexuais*, 3.<sup>a</sup> ed., 1945; ASÚA (Jiménez), *Libertad de amar y derecho a morir*, 1929; LÓPEZ-REY, *Introducción al estudio de la criminología*, 1945; FONTAN BALESTRA, *Delitos sexuales*, 1945.

#### COMENTARIO

29. **Generalidades.** O direito penal presta sua adesão à ética sexual, mas tão-somente para, dentre os fatos reprovados por esta, incriminar aqueles que, por sua maior gravidade, afetam a disciplina, utilidade e conveniência sociais. Já vai longe o tempo em que o direito repressivo se informava da moral religiosa, para incluir no elenco dos chamados *delicta carnis* quaisquer concupiscências extramatrimoniais. A hegemonia teológica fazia, então, com que a lei do Estado assumisse até mesmo a função de cuidar da *pureza das almas*, como um bem em si mesma. No Estado agnóstico, porém, o apoio jurídico-penal à moral sexual limita-se a reprimir os fatos que, sobre fugirem à normalidade do intercuro dos sexos, importam lesão de positivos interesses do indivíduo, da família e da comunhão civil, como sejam o *pudor*, a *liberdade sexual*, a *honra sexual*, a *regularidade da vida sexual familiar-social*, a *moral pública sob o ponto de vista sexual*. De todos estes meios de adaptação do amor sexual ao ritmo da vida social, ressaí o *pudor*, que se pode dizer a essência dos demais, constituindo o principal objeto de proteção das normas jurídicas relativas à atividade genésica. O pudor é o *moderator cupiditatis*, é o corretivo à sofreguidão e arbítrio de Eros. Como diz GUIAU, o pudor civilizou o amor. É uma vitória da cultura, no sentido da racionalização dessa força da natureza, que é o amor. Deste se diz, e não há contestá-lo, que é a atuação de um instinto a serviço da reprodução da espécie. São bem conhecidos os versos de Mme. ACKERMANN:

*"Ces délires sacrés, ces désires sans mesure  
Dechaînés dans vos flancs, comme d'ardents essaims*

*Ces transports, c'est déjà l'humanité future  
Qui s'agite en vos seins."*

O instinto sexual encerra todos os fenômenos neuropsíquicos da reprodução que o homem partilha com os animais inferiores. Nenhum outro instinto se ajusta mais precisamente à definição de LLOYD MORGAN, segundo a qual a conduta instintiva compreende "os grupos complexos de ações coordenadas, que, na sua ocorrência primária, são independentes da experiência e contribuem para o bem-estar do indivíduo e preservação da espécie, sendo excitadas pela cooperação de *stimuli* externos e internos e executadas de modo semelhante por todos os membros do mesmo grupo, embora estejam sujeitas a variação e a modificações subseqüentes sob a direção da experiência".

Na opinião dos biólogos, o amor sexual não é mais do que uma necessidade fisiológica de *detumescência* ou um *impulso de evacuação*. MONTAIGNE, aliás, já dizia, antecipando-se à hipótese científica: "*Je trouve que Vénus, après tout, nest rien de plus que le plaisir de nous décharger, exactement comme la nature rend agréable la décharge d'autres parties*" (*Essais*, liv. III, cap. V). É metáfora vulgar chamar-se *cloaca* à meretriz. E os próprios autores ascéticos da Idade Média definiam a mulher como *templum aedificatum super cloacam*. FERÉ, com sua autoridade científica, assim se exprime: "O apetite sexual, antes de tudo, é uma necessidade geral do organismo provocada pela sensação de plenitude, ou, seja, uma certa necessidade de evacuação" (*L'Instinct Sexuel*, pág. 6). ALBERT MOLL via no amor sexual dois fatores separados: a *impulsão de detumescência* (pela qual a tensão dos órgãos sexuais é aliviada de modo espasmódico) e a *impulsão de aproximação* ou *instinto de contatação* (tendência para o contato físico e inclinação psíquica de uma pessoa em relação a outra, geralmente do sexo oposto). HAVELOCK ELLIS entende que esses dois fatores não são separados, mas intimamente conexos, como duas fases do mesmo processo.

A *explosividade* do orgasmo genésico ou detumescência sexual já induziu alguns autores modernos a retomarem o pensamento dos filósofos gregos, no sentido de que se trata de uma forma benigna de epilepsia. BOERHAVE considerava o orgasmo uma “verdadeira epilepsia” e, mais recentemente, ROUBAUD, HAMMOND e KOWALEVSKY afirmaram a *semelhança* entre o coito e a epilepsia, embora sem identificarem os dois estados.

BEAUNIS, de seu lado, comparava a excitação sexual, que impele o macho para a fêmea, a uma ação química, seja exercida diretamente sobre o protoplasma do organismo, seja indiretamente por intermédio do sistema nervoso. O amor não seria mais, talvez, do que a inapercebida simpatia eletiva entre um espermatozóide e um óvulo... CLEVINGER, SPTZKA e KIERNAN, entre outros, também consideram a impulsão sexual como uma “fome protoplásmica”, que se poderia retrair até os tempos pré-sexuais, em que uma forma protozoária absorvia a outra.

Segundo os endocrinólogos, não é a Vênus Pandemos que preside ao amor sexual, mas as glândulas genitais, coordenadas com as outras de secreção interna. O instinto sexual ou de reprodução depende do metabolismo do corpo, que está sob a influência das glândulas endócrinas.

Não nos detenhamos, porém, no averiguar o que há de verdade em tudo quanto se tem dito do amor sob o prisma biológico, e apenas fixemos um fato que não escapa à observação comum: o prazer genésico, utilizado pela natureza como um engodo à função perpetuadora da espécie, é frequentemente procurado como um fim em si mesmo. Daí, os desvios viciosos, os escusos *atalhos* que se rasgam à margem da *estrada real* das conveniências e interesses sociais sob o ponto de vista sexual. Ora, o pudor exerce uma ação preventiva ou de resistência contra esses descaminhos, porque traduz, no tocante ao indivíduo, um complexo psíquico de inibição em defesa dos critérios ético-sociais atinentes ao amor genésico, e, do ponto de vista coletivo, uma injunção de observância das formas de normalidade e reserva impos-

tas, no que respeita à função sexual, pela experiência e necessidade sociais.

Segundo MANFREDINI, o pudor, primitivamente, foi um recurso da mulher para não sucumbir a uma *ingrata vis*: a mulher se fez pudica para ceder somente ao homem preferido. Teria, assim, antecedido a própria iniciativa da indumentária para ocultação das partes genitais, embora se deva reconhecer que o vocábulo "pudor" derive de *putere*, com evidente alusão à necessidade feminina de esconder as secreções vaginais putrefatas e o fluxo menstrual. Ao que opina HAVELOCK ELLIS, vários foram os fatores originais do pudor. O primeiro deles teria sido o receio de intercorrente ataque de competidores, que levou o homem primitivo a ocultar o ato sexual, à semelhança dos pássaros que, tendo de beber com a cabeça mergulhada na água, procuram para tal fim as fontes solitárias. Os outros fatores teriam sido os seguintes: o gesto animal primitivo por parte da fêmea, quando não se acha no período do cio; o receio de causar um desgosto, receio originariamente devido à proximidade entre as partes sexuais e os desagradáveis lugares de excreção; o receio da influência mágica dos fenômenos sexuais e a proibição-*tabu* relativa ao sexo da mulher, por ocasião das regras; a concepção da mulher como propriedade do homem: se a castidade de uma mulher pertence a certo homem, é necessário que ela seja pudica, para não tentar outros homens; o uso do vestuário. O pudor psicológico teria precedido ao pudor anatômico. O pudor já devia existir muito antes da invenção do vestuário. Este se fundou, ao que pondera ELLIS, sobre a base psíquica primária de uma emoção já completa, e não fez mais que acentuar o pudor anatômico. Serviu ao pudor e à *coquetterie*: continha os avanços do macho, ao mesmo tempo que lhe excitava os desejos. Ocultar é fornecer alimento à curiosidade e ao desejo. Com o seu velamento, o corpo feminino adquiriu um envolvente prestígio de mistério... A este propósito, escreveu ANATOLE FRANCE, na *Ile des Pingouins*, uma de suas mais deliciosas páginas. Depois que os pinguins da ilha de Alca, pelo prodígio do *fiat* divino, receberam forma humana, o

apóstolo Maël achou de cobrir-lhes a nudez, e foi um verdadeiro acontecimento a primeira mulher-pingüim que teve sobre o corpo uma rósea túnica "*qui en suivait mollement les lignes*". Só então é que os pingüins machos, curiosos e picados de desejo, se aperceberam da *maravilha* que são as redondas formas femininas. E o monge Magis explicava a Maël: "*La sphère inspire les méditations des géomètres par le nombre de ses propriétés; quand elle procède de la nature physique et vivante, elle en acquiert des qualités nouvelles. Et pour que l'intérêt de cette figure fût pleinement révélé aux pingouins, il fallut que cessant de la voir distinctement, par les yeux, ils fussent amenés à se la représenter en esprit*"...

Com a evolução social, o pudor passou a ser um complexo sentimento concernente a toda a conduta do indivíduo sob o prisma sexual. Tornou-se o imperativo sentimento social que, no espirituoso comentário de PITAGRILLI (*Oltraggio al pudore*), faz com que uma finíssima tela de crepe da China, cobrindo o corpo de uma mulher, adquira a intransponibilidade de uma *muralha da China*. . . É a norma central do código da dignidade humana atinente às funções sexuais, isto é, da ética sexual, que foi o germe da moral em geral, embora não seja de aceitar o conceito freudiano, demasiadamente unilateral e generalizador, de que toda a moral, nos seus múltiplos aspectos, se tenha desdobrado de par com os *tabus* relativos às funções genésicas.

Desgraçadamente, porém, nos dias que correm, verifica-se uma espécie de *crise* do pudor, decorrente de causas várias. Despercebe a mulher que o seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no seu próprio recato. Com a sua crescente deficiência de reserva, a mulher está contribuindo para abolir a espiritualização do amor, esquecida da justa observação de STENDHAL (*De l'Amour*): "*On ne trouve qu'un amour physique et des plus grossiers chez les peuples sauvages ou trop barbares. Et la pudeur prête à l'amour le secours de l'imagination; c'est lui donner la vie.*"

Mesmo no Brasil, nos grandes centros urbanos, já se observa o repúdio a certos preconceitos de pudicícia, considera-



dos pela *gente nova* como insuportáveis anacronismos. O entranhado sentimento da honra sexual passou a ser coisa de *matutos*. Deve ser deixado para os costumes do sertão o *heroísmo* do pudor, como o daquela moça de que nos conta LEMOS BRITO, na sua *Psicologia do adultério*: "Foi por ocasião das grandes lutas partidárias que ensangüentaram a região de Carinhanha, na Bahia. Uma família sertaneja residia por ali afora, perdida no mundão daquelas terras adustas. Procurando esmagar e aniquilar os heróicos cidadãos que pugnavam por sua liberdade, o governo dessa época enviou para ali expedições policiais, algumas das quais se distinguiram por atrocidades e violências sem conta. Após uma pilhagem, certo soldado apoderou-se, brutal, de uma rapariga que povoava de sua graça aquele ermo e a deixou desonrada. Passada a refrega, e afastada a leva de facínoras, a sertaneja não vacilou. Só ela se sabia possuída pelo sátiro. Era a desonra, mas todos a ignoravam. A tropa havia passado, apenas ela permanecia senhora do terrível segredo. Isto, porém, era o bastante. A cabocla preferiu a morte à desonra. Afogou-se na profunda caudal do São Francisco". As desenvoltas *jeunes filles* das nossas praias de banho, com os seios e as nádegas a se soltarem do escasso pano dos *maillots*, esse episódio, talvez, fará sorrir, como se fora uma *blague* ou uma história da Carochinha. . .

Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e *charme*. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais *tropical*, enquanto, outrora, um tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As moças de hoje, via de regra, madrugam na posse dos segredos da vida sexual, e sua falta de *modéstia* permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos e comprazem-se com anedotas e *boutades* picarescos, quando não chegam a ter a iniciativa delas, escusando-se para tanto inescrúpulo com o argumento de que a mãe Eva não usou *folha de parreira* na boca. . .

Dada essa frouxidão de pudicícia, abre-se a porta à corrupção, e cada vez maior é a frequência das *infelicesdades* sexuais.

A criminalidade sexual, notadamente quando originária do *hipersexualismo* e das *perversões* ou *inversões* do instinto, tem sido, na atualidade, um tema constante de estudos. Pretendeu-se mesmo criar uma nova ciência sob o título de “*sexologia criminal*”.

A crer-se em FREUD (e para tanto é necessária uma grande dose de fé), as aberrações sexuais são resíduos de distúrbios de desenvolvimento do instinto sexual infantil. Traduzem sintomas de infantilismo no domínio psicosexual. Há as perversões por infantilismo do *objeto* sexual (inversões, *uranismo*, *tribadismo*) e as perversões por infantilismo do *fim* sexual (*fetichismo*, *sadismo*, *masoquismo*, *necrofilia*, *dissonâncias sexuais* em geral).

Os endocrinólogos, entretanto, relacionam todas as anomalias psicosexuais às glândulas de secreção interna. Estas é que são responsáveis pelo hiper ou hipossexualismo e parestesias sexuais, que tantas vezes levam à infração do direito penal positivo.

Em seu precioso livro *Introducción al estudio de la criminologia*, LÓPEZ-REY, entretanto, demonstra, com apoio nas investigações mais recentes, o exagero de tal conclusão. A atividade hormonal pode ser tão variadamente modificada e influenciada por fatores internos ou externos, que atualmente resulta inadmissível falar de uma tipologia criminal de base endocrinológica e explicar a delinquência sexual exclusivamente por fatores endocrinológicos.

As antigas experiências de STEINACH e LICHTENSTEIN foram contrariadas pelas de STABEL, e a interpretação endocrinológica das anomalias sexuais, pelo menos no seu radicalismo, não passou de um *boato* desmentido.

São frequentes os casos em que as perversões e inversões sexuais redundam em crimes contra os costumes, notadamente *atentados ao pudor*, *corrupção de menores* e *ultraje público ao pudor*. Podem ser congênicas ou adquiridas, ou

reflexos de doenças mentais ou anomalias psíquicas. O mais das vezes, são indícios de uma personalidade psicopática. Não se pode dizer, com segurança, que sejam manifestações de uma disposição mórbida específica (BUMKE). Encontram-se perversões sexuais de toda espécie, com muita frequência, em indivíduos portadores de outros caracteres de uma constituição anormal. Não raramente, apresentam-se como sintomas ou epifenômenos de variadas doenças mentais (mania, epilepsia, esquizofrenia, paralisia progressiva, senilidade mórbida), oligofrenias ou anomalias psíquicas. Mais do que em qualquer outro setor da criminalidade, apresenta-se aqui, toda vez que o atentado sexual se realiza sob formas estranhas, a necessidade do exame de sanidade mental do agente, para averiguar se o seu ato se contém dentro dos limites psicofisiológicos normais, ou se é a expressão de uma doença mental ou de personalidade psicopática, ou seja, para apurar se o agente é plenamente responsável, irresponsável ou semi-responsável.

Não cabe no presente livro um estudo particularizado das arritmias sexuais, sob o ponto de vista da responsabilidade penal, devendo apenas ficar acentuado que, mais comumente, seus portadores se incluem na zona de fronteira entre a saúde e a doença mental, não constituindo elas impulsos irresistíveis ou excludentes de qualquer intervenção inibitória da vontade, de modo que não afastam a *responsabilidade atenuada* ou *imputabilidade restrita* (art. 22, parág. único, do Cód. Penal).

Em ligeira sinopse, vamos apontar e definir as mais conhecidas anomalias sexuais.<sup>13</sup> Representam modificações *quantitativas* ou *qualificativas* do instinto sexual. Segundo a classificação de KRAFFT-EBING-LOBSTEIN, podem ser divididas em quatro grupos: 1.º, *paradoxia* (intempestividade do

---

<sup>13</sup> Sobre a psicopatologia sexual, consultem-se, além dos autores citados, OTTOLLENGHI-DE SANCTIS (*Trattato pratico de psicopatologia forense*) e CIAMPOLINI (*Sessualità e Medicina Legale*).

instinto sexual); 2.º, *anestesia* (deficiência do instinto); 3.º, *hiperestesia* (excesso do instinto); 4.º, *parestesia* (desvios do instinto). Neste último grupo é que se incluem as perversões e inversões propriamente ditas. Podem ser individualizadas, como abaixo se segue, as manifestações da sexualidade anormal:

*Exibicionismo*: exposição das partes genitais em público (notadamente à passagem de pessoas do sexo oposto). Embora raramente, vai ao extremo de realização do ato sexual *coram populo*.

*Erotomania* (ou *auto-erotismo*): satisfação do instinto sexual exaltado com representações mentais de cenas ou coisas eróticas. É também chamado *coito psíquico*.

*Erotismo*: tendência abusiva para os atos eróticos. No homem, chama-se *satiríase* ou *priapismo*; na mulher, *ninfomania* ou *uteromania*.

*Onanismo* (mórbido): impulso obsessivo para a masturbação (com a própria mão ou com objetos adrede preparados). Acarreta, às vezes, a perda integral do pudor. O nome deriva de Onã, personagem bíblico, mas impropriamente. O filho de Judá, tão tristemente celebrizado, não se masturbava. Negando-se a engravidar sua cunhada Tamar, para não dar semente a seu finado irmão Er, deixava de completar o coito *intra vaginam*: "...*semen fundebat in terram, ne libris fratris nomine nascerentur*". Era o que se chama *coitus interruptus*.

*Fetichismo*: excitação sexual condicionada à visão ou tato de certas partes do corpo ou objetos (peças de vestuário, calçados, etc.) de pessoa do outro sexo. O fenômeno chega, às vezes, a substituir o ato sexual.

*Pigmalionismo*: amor pelas estátuas. É uma variante do fetichismo.

*Erotofobia*: horror ao ato sexual.

*Anafrodisia*: diminuição do instinto sexual no homem.

*Frigidez*: diminuição do instinto sexual na mulher.

*Mizoscopia* (*Voyeurtum*, dos autores alemães): excitação sexual condicionada à contemplação da libidinagem praticada por outrem.

*Triolismo*: prazer sexual condicionado à co-participação de mais de duas pessoas nas práticas sexuais.

*Necrofilia* ou *vampirismo*: satisfação do instinto sexual sobre cadáveres.

*Gerontofilia* (ou *crono-inversão*): atração sexual dos moços pelos velhos e *vice-versa*.

*Bestialidade* ou *zoofilia* (*sodomia ratione generis*): ato sexual com animais.

*Coprolagnia*: excitação sexual mediante cheiro ou contato de dejeções imundas.

*Edipismo*: obsessão para o incesto.

*Uranismo* (nome sugerido por ULRICHs, em contraposição a *dionismo*, que designa o amor heterossexual normal): amor homossexual nos homens ou *sodomia ratione sexus*. Também chamado *amor socrático*, *pederastia*, *pedicação*, apresentando-se sob duas formas: ativa e passiva. Na expressão de WESTPHAL, é o "sentimento sexual contrário" (*konträre Sexualempfindung*). ULRICHs entendia que se trata de uma anormalidade congênita, pela qual uma alma feminina é unida a um corpo masculino (*anima mulieris in corpore virili inclusa*).

*Tribadismo* (*safismo*, *lesbianismo*): amor homossexual nas mulheres, isto é, atração e prática sexual recíproca entre mulher e mulher.

*Algolagnia*, que apresenta três formas:

1.<sup>a</sup> *Masoquismo* (*algolagnia passiva*): o prazer sexual só é atingido condicionalmente a sofrimento físico ou moral. É mais próprio das mulheres, embora o nome seja uma alusão ao escritor SACHER-MAZUCH, que padecia de tal perversão.

2.<sup>a</sup> *Sadismo* (*algolagnia ativa*): a excitação sexual só é conseguida quando se inflige sofrimento físico ou moral a outrem, ou se assiste a tal sofrimento. O *grande sadismo* (diferenciando-se do *pequeno* ou *platônico*, que se limita aos simples mordiscos ou beliscões) é responsável pelos mais hor-



rendos episódios da crueldade entre seres humanos. É a Vênus Cruenta, que costuma ir ao extremo de ocisão da vítima, numa selvageria arrepiante. É mais própria dos homens, embora entre as mulheres haja o famoso exemplo da condessa húngara Elisabeth Barthory, que, para provocar a própria excitação sexual, fez matar para mais de 500 raparigas. Os atos sádicos podem constituir crime contra a pessoa (lesões corporais ou homicídio), agravado ou qualificado pelo *motivo torpe*. Se há constrangimento da vítima para o próprio ato sexual, dá-se concurso material de crimes.

3.<sup>a</sup> *Sadomasoquismo*: conjugação das duas últimas anomalias.

A endocrinologia chegou a uma conclusão alvissareira: os distúrbios sexuais podem ser suprimidos ou atenuados, prevenindo-se grande parte dos crimes sexuais, pelo tratamento opoterápico, com intervenções farmacológicas ou cirúrgicas, não podendo ser excluído, em certos casos, o recurso extremo da *emasculatio*. A Alemanha nazista, seguindo, aliás, o exemplo de alguns Estados da União Americana, não vacilou ante esta última medida, e adotou a assexualização como pena aplicável aos delinquentes sexuais reincidentes e perigosos.

Contra semelhante expediente de política criminal assim nos pronunciamos: "... a política racista de Hitler não se deteve na esterilização facultativa dos psicopatas, dos débeis mentais ou oligofrênicos, dos esquizofrênicos, dos atacados do mal de São Guido, dos cegos, surdos e aleijados congênitos e dos dipsômanos. Foi muito além. A lei de 14 de julho de 1933 seguiu-se a de 24 de novembro do mesmo ano, prescrevendo a castração coercitiva dos criminosos sexuais reincidentes e perigosos, ou, quando não reincidentes, culpados de *assassinato (Mord)* ou *homicídio simples (Totschlag)* por motivos sexuais, e, ainda mais recentemente, com a lei de 26 de junho de 1935, foi introduzida a castração consensual ou voluntária dos criminosos sexuais em geral, ainda que não reincidentes. Já não bastava a *impotentia generandi* dos

dementes, psicopatas e hipersexuais; fazia-se mister também a *impotentia coeundi* dos que fossem até o crime. Não se limitou o nazismo truculento às medidas de esterilização e castração voluntárias para fins eugenéticos ou terapêuticos: a exemplo de alguns poucos Estados da União Norte-Americana, onde um aventureiro espírito de originalidade costuma substituir-se ao bom senso, admitiu e decretou a *emasculatio* como pena aos delinquentes de sexualidade violenta, corruptora ou desregrada. Romperam-se os últimos escrúpulos. É o Estado-Moloch invadindo o derradeiro reduto do indivíduo, para negar-lhe até mesmo o direito a uma imperiosa função fisiológica, a uma atividade imposta pelo látego de um instinto natural. Democrata por índole, não desconvençado dos postulados individualistas, desde que destocados dos seus exageros românticos, não posso compreender que se sacrifique o indivíduo na ara de um inexorável sectarismo racista, antes que esteja indubitavelmente comprovada a necessidade de tal sacrifício. Se não se atende a um critério de *estrita necessidade*, que tem a sua medida na *estrita utilidade*, a emasculação coativa dos criminosos sexuais não é mais que o tripúdio da tirania do Estado sobre a dignidade humana. Ora, nada mais discutível e dúbio do que a castração dos anômalos sexuais na sua finalidade de defesa social. A ousadia do legislador tedesco ultrapassou até mesmo a da União dos Sovietes russos, que, embora também desacaimada contra os direitos individuais, conteve-se ante o raciocínio de que os crimes do sexo não representam uma fatalidade biológica, pois têm sua gênese ou fator primacial nos vícios da organização social hodierna. E como são precários os critérios que informam a lei de Hitler! A providência da castração não é ordenada *de jure*, mas fica ao arbitrio do juiz criminal, que terá de consultar um perito-médico. Basta a simples formulação de algumas conjeturas, mais ou menos gratuitas, de cunho biológico, e o réu será irreparavelmente degradado à condição de um ser irreconhecível na classe zoológica. Quero invocar, em desfavor da lei hitlerista, a opinião de um dos mais ilustres psiquiatras alemães contemporâneos:

JOHANNES LANGE. No seu livro *Die Folgen der Entmannung Erwachsener an der Hand der Kriegerfahrungen dargestellt*, afirma LANGE ter averiguado este fato surpreendente nos indivíduos castrados em consequência de ferimentos de guerra: a freqüente persistência da libido, ainda mesmo depois de extinta a viripotência, e, o que é mais, a superveniente eclosão de inversões sexuais. Dir-se-ia mesmo que se opera, paradoxalmente, uma exaltação do *nisus sexualis*. A crer nas narrativas de PELIKAN sobre a famosa seita dos castrados voluntários que existia na Rússia, sob o nome de *skopzy*, entregavam-se os seus adeptos às mais desbragadas orgias. Pode dizer-se que, se o processo empregado é o da simples extração das glândulas genitais (é o processo autorizado pela lei alemã, que não teve coragem de ir até a ablação radical dos órgãos sexuais), persiste a própria possibilidade do ato sexual. O velho JUVENAL, nas suas *Sátiras*, já referia o impudico recurso de Messalina ao escravo eunuco ou *spado* (segundo ZACCHIA, *spado* era o nome empregado *ad significandum hominem cui testiculū avulsi et excisi sunt*). Segundo a crônica, os *spadones*<sup>14</sup> serviam *ad securas libidinationes*. Dissertando sobre a castração após a fase da puberdade, diz LORENZO BORRI (*Trattato di Medicina Legale*, em colaboração com CEVIDALLI e LEONCINI): “Já então o substrato congênito da vida sexual “se faz valer pelo coeficiente orgânico individual: os caracteres diferenciais do sexo já se concretizaram; o instinto sexual nucleou-se pelo instinto do inconsciente e representou-se, nítido, à espiritualidade, segundo *momenta* ideativos e sentimentais; as associações qualitativamente análogas já “temperaram cordas de ressonâncias afinadas por sintonias “de recôndita repercussão, mas eficazmente emotiva: a experiência do erotismo, *simulac venas inflavit tetra libido*, já “plasmou em homogeneidade concreta e distinta a soma dos

<sup>14</sup> Os romanos reconheciam quatro graus de castração: ablação dos testículos e pênis (*castratio* propriamente dita), ablação dos testículos somente (*spadonatio*), destruição dos testículos por esmagamento (caso dos *thlibiae*) e simples corte do cordão espermático (processo de que resultavam os *thlasiae*).

“ momentos erólogos conscientes e inconscientes; em uma palavra: a personalidade sexual já atingiu uma constituição de plenitude, tornando-se qualquer coisa *em si*, qualquer coisa de autônomo e de vivo, que assenta sobre uma base de realidade intrínseca de energias e que dispõe de meios próprios para exteriorizar a sua dinâmica em tensão. É evidente que, em tais condições, não se pode, de uma noite para o dia, eliminar essa energia *montada*, ainda mesmo que intervenha a mutilação local dos órgãos específicos. O *nisus sexualis*, como formação autônoma inserta em todo o organismo, não se apaga de um golpe, pois a casa abandonada não desaba pelo simples fato do abandono. . . Certamente, se, além da supressão das glândulas genitais, ocorre a ablação do órgão sexual, o *nisus* precariamente supérstite não pode passar de virtualidade a ato, mas pelo que concerne à posse do mecanismo eretivo, nos seus momentos genéticos de reflexo psicológico e fisiológico, e pelo que concerne ao eretismo voluptuoso em tensão e atualidade, é evidente que, pela pura e simples supressão das glândulas sexuais, não se pode esperar uma súbita extinção.”

É esta a lição da ciência: permanece a libido nos emasculados e, se não foi praticada a completa *eviratio*, persiste a capacidade para estéreis amplexos e conjunções. E quando desapareça esta, sempre restará aquela, e então o castigo da emasculação redundará num suplício tantálico, na agonia cruciante de um insatisfeito desejo sempre vivo, a requeimar o sangue nas veias do mutilado. Por outro lado, os efeitos psicológicos do eunucoidismo são, de regra, os mais desastrosos: os eunucóides tornam-se egoístas, hipócritas, irritáveis, coléricos, intrigantes, embusteiros, cruéis, vingativos, desleais. Nunca é impunemente que se consegue trincar a natureza. *Quod natura dat nemo negare potest*. Além disso, WASSERMANN, WERVAECK, MOLL e SLOTOPOLSKY, entre outros, segundo uma citação de VALLEJO NÁGERA, duvidam de que a castração (do mesmo modo que a esterilização) seja meio eficaz para prevenir os crimes sexuais. Consoante informa SLOTOPOLSKY, as investigações histológicas não fornecem

apoio para supor-se que a psicopatia sexual seja oriunda de propriedades anormais das glândulas da procriação. E a melhor prova da ineficácia da medida está no fato de que a *emasculatio* não corrige, de modo absoluto, as tendências homossexuais, nem acalma a chama da libido, de sorte que não evita a procura e a realização dos mais estranhos equivalentes do ato sexual, com agravado perigo da moralidade social. Longe de ser um remédio aconselhável, a castração dos adultos é, portanto, perigosa e temível nos seus contragolpes, dando ensejo ao abuso de artificiosas concupiscências e à prática de sórdidos amores nos recantos sombrios de Sodoma. E de que valeria, pergunta BUMKE, querermos impedir a reprodução somente aos que se tornaram objeto da psiquiatria dos manicômios ou da administração da justiça, quando seus irmãos ou irmãs continuarão, sem a flagrância da anomalia, a difundir a carga ancestral de suas taras ou tendências mórbidas? Mas, acima de tudo, a *emasculatio* é uma afronta à dignidade do homem, um ferrete de ignomínia, um castigo infamante contra quem não é culpado dos estigmas patológicos que possa acaso transmitir a seus descendentes, ou do excesso de libido que o põe fora da estrada batida pelo *bonus pater familias*, pelo domesticado e feliz rebanho dos homens que se medem pela craveira comum. O Estado pode e deve exercer medidas profiláticas sobre os indivíduos suscetíveis de legar aos filhos suas mazelas psicofisiológicas ou de perturbar o comodismo da orgulhosa maioria dos chamados *homens normais* (e para isso dispõe ele, ou deve dispor, de asilos, de manicômios, de casas de custódia ou tratamento), mas falta-lhe o direito de suprimir no indivíduo a atividade funcional dos órgãos da procriação. A depuração da raça ou a defesa social não podem exercer-se sob a sugestão de arriscadas doutrinas, cujo mérito único reside no seu *cachet* de novidade. Como diz VALLEJO, a regeneração ou refinamento de uma raça, ou a sadia afirmação de um povo nas suas excelências raciais só é possível dentro do evangelho da moral tradicional, pela consecução de uma atmosfera espiritual eticamente supersaturada, para que sejam incrustadas suas normas no genótipo e transformadas em



forças instintivas, a que incumbe a transmissão dos valores psíquicos da raça através das gerações. Somente uma sociedade fundamentalmente moralizada poderá exilar de seu seio o alcoolismo, a prostituição, a libertinagem, a delinquência e outros carcinomas e putrilagens da vida coletiva, criando um ambiente oxigenado e saudável, em que se hão de retemperar os genótipos. A eugenia, confinada dentro do seu árido materialismo, deriva de premissas falsas. Não vale cuidar apenas, *more spartano*, da saúde do corpo; é preciso cuidar, também, da espiritualidade e da alma. A força muscular, a estética do corpo e a estandardização de um tipo de saúde não condicionam, elas sós, a plena eficiência de uma variante racial: é preciso, igualmente, a elevação da inteligência e do sentimento. A cartilha eugenésica ensina o caminho de Esparta, mas é caminho errado. O rumo certo é o que aponta para Atenas. Não somente a arena dos jogos olímpicos, para a formação dos tipos apolíneos, mas também o Jardim de Academus, onde PLATÃO ensinava o seu magnífico idealismo. Uma raça humana não pode ser tratada como uma raça de bovinos ou lanígeros: não basta que se cuide da seleção dos reprodutores, pois cumpre, no mesmo passo, orientá-la na exaltação dos belos e nobres ideais de que é capaz a alma humana. O pensamento nietzschiano da infecundidade artificial dos tipos inferiores não é mais do que um paradoxo desse impenitente materialismo que já não pode reabilitar-se, nos dias que correm, da sua definitiva falência e ruína. A sociedade humana não pode sacrificar uns indivíduos em proveito de outros. O respeito e a compaixão para com os degenerados não são apenas um mandamento de caridade evangélica: são normas de cultura, oriundas desse espírito de solidariedade que explica no ser humano a dignidade da sua linha vertical e do seu semblante voltado para o céu."

Os crimes que, de modo genérico, se poderiam denominar *sexuais* ou *atentatórios do pudor* (individual ou social), são contemplados pelo nosso atual estatuto penal sob a rubrica "Dos crimes contra os costumes". Apesar de mais concisa que a do antigo Código ("Dos crimes contra a segu-

rança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”), essa rubrica, é, no entanto, mais compreensiva ou mais correspondente ao conteúdo das disposições que se seguem. O vocábulo “costumes” é aí empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do *mínimo ético* reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais. Os crimes contra os costumes, divide-os o Código em cinco grupos. O primeiro destes obedece à subepígrafe “Dos crimes contra a liberdade sexual”, compreendendo o *estupro*, o *atentado violento ao pudor*, a *posse sexual mediante fraude* e o *atentado ao pudor mediante fraude*. O segundo grupo compreende a *sedução* (atentado à virgindade física e honra sexual da mulher adolescente) e a *corrupção de menores* (desintegração intempestiva da inocência ou pudor sexual). O terceiro grupo encerra as modalidades do *rapto* (atentado à regularidade da vida sexual familiar): *rapto violento*, *rapto fraudulento* (ou *insidioso*) e *rapto consensual*. No quarto grupo apresentam-se as modalidades do *lenocínio* (*mediação para servir à lascívia de outrem, favorecimento de prostituição, casa de prostituição e rufianismo*) e o *tráfico de mulheres* (atentados à organização social da vida sexual). Finalmente, no quinto grupo figuram as modalidades do *ultraje público ao pudor* (atentado à moralidade social média, sob o ponto de vista sexual): o *ato obsceno* e o *escrito ou objeto obsceno*.

Ao contrário de outras legislações penais, a nossa não incrimina a *homossexualidade* e a *bestialidade* (coito com animais) por si mesmas. O Código alemão (§ 175) erige em entidade criminal autônoma o ato homossexual entre homens, bem como o coito com animais (*widernatürliche Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts oder von Menschen mit Tieren*), deixando, porém, à margem da repressão, o *tribadismo* (amor sáfico ou lésbico, homosse-

xualismo entre mulheres). Do mesmo modo, os Códigos húngaro (§ 241) e norueguês (§ 213). O Código austríaco submete a idêntico tratamento penal ambas as formas de homossexualismo (uranismo e tribadismo), e a mesma solução é adotada pelos Códigos polonês (art. 225), dinamarquês (art. 207) e suíço (art. 194). Este último manteve a incriminação especial, não obstante a representação da "Sociedade de Psiquiatras Suíços" dirigida à *Expertenkommission* que revia o anteprojeto, no sentido de que "o comércio homossexual não devia ser reprimido como tal, nem punido pela lei, pois se deve entender que a homossexualidade autêntica é o sintoma de uma aberração sexual psicopática de natureza constitucional".<sup>15</sup> A lei inglesa incrimina de modo genérico o coito anal. Ficou célebre o processo movido pela justiça britânica contra OSCAR WILDE, acusado de sodomia *ratione sexus*. O Código chileno pune as práticas

<sup>15</sup> No seio da 2.<sup>a</sup> Comissão de Peritos, GAUTIER (ao contrário do que informa ASÚA) assim defendeu o dispositivo incriminador da pederastia: "*Il s'agit, en effet, d'actes qui constituent un très grave danger social. Si l'on en doute, on peut s'en convaincre en lisant les détails que les motifs du projet allemand donnent a cet égard. On y verra que c'est pour des très fortes raisons que le projet allemand, non content de maintenir contre les pédérastes les dispositions du Code allemand en vigueur, propose de les étendre aux actes homosexuels entre femmes. Les objections ne l'arrêtent pas. Ce sont celles qu'on a fait aussi chez nous. On prétend que ces malpropres individus obéissent à un instinct irrésistible. Ce n'est pas vrai; ils cèdent à un instinct pervers auquel on doit exiger d'eux qu'ils résistent, comme on l'exige d'autres individus que l'instinct pousse au délit. On allègue que les dispositions pénales visant ces actes donnent occasion à de honteux chantages. Il se peut, en effet, qu'il y ait là un certain inconvénient. Mais est-ce une raison pour laisser impunis des faits qui outragent le sentiment public? Non certes, on ne voudra pas renoncer à lutter contre une véritable peste sociale uniquement par des scrupules d'ordre si inférieur. Au surplus, l'impunité ne supprime pas le chantage. La réprobation, qui s'attache à ces actes, le dégoût public pour les repugnants personnages qui s'y adonnent est tel que ces individus resteraient la proie des maîtres-chanteurs, même si les actes qu'ils commettent n'étaient pas qualifiés délits.*"

uranistas, mas não se refere ao tribadismo, nem à sodomia *ratione generis*. O Código soviético (art. 151) pune, em geral, a “satisfação da concupiscência mediante as formas de perversão sexual”, o que provocou a crítica de ANDRÉ GIDE, no seu *Retour de l'U.R.S.S.* Entre nós, os Códigos de 1830 e 1890 não cuidavam expressamente do homossexualismo ou da zoofilia. O Projeto SÁ PEREIRA, entretanto, considerava crime *per se stante* o amor socrático, assim dispondo no seu art. 258: “Os atos libidinosos entre indivíduos do sexo masculino serão reprimidos, quando causarem escândalo público, impondo-se a ambos os participantes detenção até um ano. Punir-se-á somente o sujeito ativo, e a pena será a de prisão: I, por um a três anos, quando, por violência ou ameaça grave, tiver constrangido o outro a tolerar o ato, ou este, por deficiência física, permanente ou transitória, accidental ou congênita, for incapaz de resistir, ou tiver sido, por qualquer outra maneira, previamente reduzido a essa situação; II, por dois a seis anos, quando a vítima for menor, caso em que, para a punição, se prescindir de do escândalo público.

“Parág. único. Tratando-se de anormais por causa patológica ou degenerativa, poderá o juiz, baseado em perícia médica, substituir a pena por medida de segurança adequada às circunstâncias.”

O Projeto ALCÂNTARA não tratava especialmente do fato, e tal critério foi o adotado pelo Código de 40. Perante este, o homossexualismo só incidirá em sanção penal quando importar “atentado violento ao pudor” (presumida a violência se o súcubo é menor de 14 anos), “corrupção de menores” ou “ultraje público ao pudor”. Também não cuidou o Código da sodomia *ratione generis* ou *bestialidade*: se alguém constranger outrem a praticá-la, constituirá “atentado violento ao pudor” (presumida violência se a vítima é menor de 14 anos); se for induzido menor de 18 anos e maior de 14 a praticá-la ou a presenciá-la, será “corrupção de menores”; se realizada em lugar público, importará “ultraje público ao pudor”.

Referindo-se aos Códigos e projetos de Códigos que continuam punindo a homossexualidade, diz ASÚA que eles estão orientados *"en torpísimas concepciones médicas, o mejor dicho, en la ignorancia de los problemas más elementales de patología sexual"*. E acrescenta o mesmo autor: *"Lejos de afirmarse hoy que el invertido es un delincuente, se procura la búsqueda de interpretaciones científicas,<sup>16</sup> a cuya luz aparece claro que el amor socrático y el amor sáfico non son actos delictivos, sino hechos reveladores de trastornos constitucionales del sujeto."*

<sup>16</sup> ASÚA admite a lição freudiana sobre os pervertidos por infantilismo sexual, mas, quanto à homossexualidade, prefere a interpretação endocrinológica, assim dissertando (ob. cit., pág. 207): *"En todo ser, varón o hembra, existen, además de los rasgos morfológicos de su sexo, vestigios de los del sexo contrario, recuerdo de la primera época del feto en que el embrión era bisexuado. La secreción interna de la glándula genital correspondiente — ovario en la mujer, testículo en el hombre — conserva e impulsa los rasgos sexuales específicos; pero otras secreciones internas, probablemente emanadas de la corteza suprarrenal, por lo menos en su mayor parte (quizás también de la hipófisis), pueden actuar, excitando la reviviscencia de los caracteres sexuales contrarios. La energía de las hormonas homosexuales (ovario en la hembra, testículo en el macho) mantiene apagadas las hormonas heterosexuales y da lugar a la mujer morfológica e psicológicamente muy femenina y al hombre mui varonil. Mientras que el estado hormonal inverso, esto es, la relativa debilidad de las hormonas homosexuales, da lugar al hombre afeminado y a la mujer varonil. No basta, pues, uno de los elementos hormonales para que se verifique la tendencia a la inversión sexual: son precisos los dos. Y así vemos — dice MARAÑÓN — que en una mujer cuyos ovarios se atrofian disminuyen los rasgos de la feminidad, produciendo un estado infantil; pero no aparecen los rasgos varoniles como no se hipertrofia la corteza suprarrenal impulsora de los caracteres sexuales masculinos."*

MARAÑÓN (*Los estados intersexuales en la especie humana*) afirma que *"o invertido é tão responsável por sua anormalidade quanto poderia sê-lo o diabético por sua glicosúria"*.

LÓPEZ-REY (ob. cit., págs. 139 e segs.), porém, faz cerrada crítica à opinião de ASÚA e seus repetidores. Começa o ilustre penalista espanhol por acentuar que o homossexualismo tanto pode ser constitucional como adquirido, isto é, tanto pode resultar de causas endógenas quanto de causas exógenas. Há um homossexualismo



Na Alemanha, quando do projeto de Código de 1927, foi apresentada ao Reichstag uma moção firmada por 5.000 cientistas, no sentido da supressão do dispositivo penal contra o uranismo, mas a Comissão Parlamentar rejeitou-a, sugerindo mesmo o aumento da penalidade e a extensão desta ao tribadismo. Na *Relação* sobre o aludido projeto, dizia-se: "Ainda que freqüentemente se diga, nestes últimos tempos, "que a homossexualidade é um instinto físico, mórbido, irre-

"adquirido", que cessa com o desaparecimento de suas causas, ou persiste como hábito inteiramente alheio a fatores constitucionais. Em certas grandes cidades existe mesmo um "profissionalismo" homossexual, que, em grande parte, nada tem a ver com taras ou predisposições, pois deriva exclusivamente de necessidades, costumes e exigências outras de variada índole. O homossexualismo obedece a causas complexas, sem que se possa pretender uma explicação única e total do fato. Deve admitir-se uma conexão entre as glândulas endócrinas e a vida sexual, no sentido de que uma disfunção daquelas pode acarretar um excesso ou desvio sexual, mas para estas manifestações, como demonstra TART, são possíveis várias explicações: em alguns casos, o homossexualismo tem base morfo-fisiológica; em outros, suas raízes são sociais. As experiências de STEINACH e LICHTENSTEIN sobre a cura do homossexualismo por meio de extirpação, com subsequente enxerto do testículo humano criptórquico, não permitem conclusão generalizadora, e já foram desacreditadas pelas mais recentes experiências de STABEL, como, aliás, reconhece NICOLA PENDE, um dos corifeus da endocrinologia. Os fatos observados até agora, diz PENDE, devem ser apreciados com muita prudência, pois "se, com o atuar sobre a glândula genital ou "substituindo-a por uma normal, se podem curar transtornos e, "talvez, corrigir desvios sexuais morfológicos, isto não autoriza a "concluir apressadamente que todo síndrome somático e psíquico "do paciente esteja subordinado tão-somente à ação hormonal da "glândula genital e não possa depender, também, eventualmente, de "uma alteração mais extensa do organismo... e, sobretudo, não se "deve olvidar a intervenção, hoje em dia bem demonstrada pela "clínica, das anomalias funcionais de outras glândulas endócrinas "na gênese de desvios e metatropismos sexuais". A antiga endocrinologia de órgão isolado já cedeu o passo à de sistema glandular, embora continue impotente para fornecer solução satisfatória, não apenas aos problemas de criminologia, senão aos da própria conduta humana em geral. Deve ter-se em conta a lição mesma de KRETSCHMER: "...o impulso sexual não é, de modo algum, uma sim-

“sistível, ou pelo menos de molde a atenuar grandemente “a imputabilidade, o projeto repele tal conceito como não “demonstrado, e mesmo desmentido pela experiência da vida “prática.”

Também deixando de seguir o exemplo de certos Códigos estrangeiros (entre os quais o italiano, o alemão, o suíço, o polonês, o norueguês e o chileno), o nosso absteve-se de incriminar o *incesto* (coito entre parentes próximos) por si

“ples função das glândulas genéticas, mas deriva juntamente da “cooperação de outras glândulas e dos órgãos do sistema nervoso “central... O impulso sexual não é um produto das referidas glândulas, mas de um complicado ciclo causal cérebro-médula-espinhal “e de glândulas sangüíneas, no qual as genéticas desempenham um “papel saliente. Não se trata, portanto, de uma entidade psicofísica “independente, mas de uma parte principal inseparável e intimamente integrante do temperamento total.”

Depois de demonstrar que, na atualidade, já não é mais admissível falar de tipologia criminal de base endocrinológica a explicar a delinquência sexual, LÓPEZ-REY faz a seguinte observação, que devia calar no espírito de certos penalistas e criminólogos, sempre dispostos a conclusões prematuras no campo da etiologia do crime: “...el penalista y el criminólogo, antes que aceptar precipitadamente una teoría o aportación procedente de otras disciplinas, debe esperar a que dicha teoría o aportación se afirme lo suficiente dentro del campo a que pertenece, antes de llevarla, con afán de novedad, al penal o al criminológico, deduciendo en éste o en aquél “sensacionales” conclusiones. Conducirse sin una debida calma, impuesta esta también por no ser especialista en aquello que se trata de utilizar, es convertirse en una especie de “viajante” penal o criminológico, que como todo viajante y sin el debido discernimiento, va ofreciendo la “última teoría”, la recién aparecida, llevado por afán de novedad o de barata erudición, para después, obligado por el proceso y mayor seriedad en la investigación de la disciplina “utilizada”, tener que ofrecer otra teoría o rectificar seriamente lo que antes se había precipitadamente afirmado. En un u otro caso, se da un serio prejuicio, el de quitar seriedad a la disciplina que se cultiva como especialista y además, y ello es peor, a que las gentes se formen conceptos erróneos que pueden influir en la desvaloración de ciertos valores culturales, los cuales no deben ser sustituidos equivocadamente, sino seriamente o, sea, cuando se ha creado outro valor cultural debidamente afianzado en la realidad, que en éste caso sería la aportación endocrinológica debidamente comprobada o admitida. El

mesmo, limitando-se a exasperar especialmente a pena de certos crimes sexuais quando praticados por *ascendente, pai adotivo, padastro ou irmão da pessoa ofendida* (artigo 26, n.º II).

Em divergência com o Código de 1890, o atual não contempla entre os crimes sexuais o *adultério*, que passou a figurar entre os “crimes contra o casamento”, subespécie dos “crimes contra a família”. Foi seguido, assim, o exemplo dos Códigos Penais italiano e suíço (rejeitado o critério do Projeto SÁ PEREIRA, que não cogitava de tal fato). O objeto jurídico que o adultério ofende é o interesse da *fidelidade conjugal*, considerada esta, não como um fim em si mesma, mas como condição de segurança e estabilidade da organização familiar, fundada na ordem jurídica do casamento. Não há dúvida que, com o adultério, é também ofendida a moralidade social sob o ponto de vista sexual; mas esta, em cotejo com o outro interesse jurídico lesado, passa para terreno secundário.

---

*penalista o el criminólogo, en realidad, todo profesional, tiene una responsabilidad que no debe pasar por alto, por muy fuerte que sea su personal deseo de querer ser el “primero” en una novedad, que la realidad científica muestra después no ser posible sostener.”* É o que, talvez com mais veemência, já havíamos afirmado em crítica às novas teorias criminológicas (*Novas questões jurídico-penais*). É com o máximo desvanecimento que registro a coincidência de meus pontos de vista com os do insigne ex-professor da Universidade de Madri.

## CAPÍTULO I

## Dos crimes contra a liberdade sexual

30. **Objetividade jurídica.** A disciplina jurídica da satisfação da *libido* ou apetite sexual reclama, como condição precípua, a faculdade de livre escolha ou livre consentimento nas relações sexuais. É o que a lei penal, segundo a epígrafe do presente capítulo, denomina *liberdade sexual*. É a liberdade de disposição do próprio corpo no tocante aos fins sexuais. A lesão desse bem ou interesse jurídico pode ocorrer mediante *violência* (física ou moral) ou mediante *fraude*. Uma vence, outra ilude a oposição da vítima. Se a violência é um ataque *franco* à liberdade de agir ou não agir, o emprego da fraude, embora não exclua propriamente essa liberdade, é um meio de burlar a vontade contrária de outrem (induzindo-a ao *aliud pro alio*), de modo que não deixa de ser, ela também, dissimuladamente, uma ofensa ao livre exercício da vontade, pois o consentimento viciado pelo erro não é consentimento, sob o ponto de vista jurídico.

É o emprego da *vis* ou da *fraus* a nota indispensável à configuração dos crimes contra a liberdade sexual: sem ela, o fato constituirá outra espécie de crime sexual ou será penalmente indiferente. Cumpre notar, para logo, em relação à violência, que a lei, em certos casos, a *presume*, ou *finge* o seu emprego. Ocorre isto quando o sujeito passivo não tem capacidade de consentimento livre ou possibilidade de resistência. Como, porém, tais casos são objeto de artigo incluído em ulterior capítulo sobre “Disposições gerais”, não nos adiantaremos na sua análise.

Os crimes contra a liberdade sexual, na ordem em que os contempla o Código, são o *estupro*, o *atentado violento ao pudor*, a *posse sexual mediante fraude* e o *atentado ao pudor mediante fraude*.

## ESTUPRO

Estupro

**Art. 213.** *Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:*

*Pena — reclusão, de três a oito anos.*

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: francês, art. 332 (com a redação da lei de 28-4-1832); belga, arts. 375 a 378; português, artigo 393; suíço, art. 187; italiano, art. 519, *caput*; alemão, § 177; polonês, art. 204; dinamarquês, art. 216; soviético, art. 153; austriaco, § 125; húngaro, § 232, I; norueguês, §§ 191 e 192; holandês, art. 242; iugoslavo, art. 179; espanhol, art. 429; turco, art. 198; japonês, § 177; argentino, art. 119; uruguaio, art. 272; mexicano, art. 265; chileno, art. 361; peruano, art. 196; boliviano, arts. 420 e 421; colombiano, art. 316; venezuelano, art. 375.

**BIBLIOGRAFIA** — MANFREDINI, *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, in *Trattato* de FLORIAN, 1934; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, VII, 1936; VIVEIROS DE CASTRO, *Atentados ao pudor*, 1895, e *Delitos contra a honra da mulher*, 1897; MANCI (F.), *Reati sessuali*, 1927; MAGALHÃES NORONHA, *Crimes contra os costumes*, 1943; CRISÓLITO DE GUSMÃO, *Dos crimes sexuais*, ed. 1945; BRASIL AMERICANO, *Dos crimes contra os costumes*, 1943; PUGLIA (G.), *Dei delitti di libidine*, 1897; SALVAGNO CAMPOS, *Los delitos sexuales*, 1934; MOSCHINI, *In tema di violenza carnale*, in *Scuola Positiva*, 1899; CARRARA (F.), *Programma*, p. e., vol. II; PESSINA, *Elementi di diritto penale*, II, 1883; VIAZZI (P.), *Sui reati sessuali*, 1896; JULIUS CLARUS, *Practica Criminalis*, § *Stuprum*; POZZOLINI, *Dei reati contro il buon costume*, in *Trattato* de FLORIAN, 1.<sup>a</sup> ed.; GABRIELI (F.), *Violenza Carnale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 1940; SALTIELLI-DI FALCO, *Commento teor.-prat. del nuovo Codice Penale*, II, parte 2.<sup>a</sup>, 1931; HAFTER (E.), *Schweizerisches Strafrecht (Direito Penal suíço)*, p. e., 1937; GAUTIER, in *Protokoll der zweiten Expertenkommission*, III; ZÜRCHER, *idem*; THORMANN e OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch (Código Penal suíço)*, fascs. 5 e 6, 1940; WULFFEN, *Der Sexualverbre-*



cher, 1922; FALCHI (G. F.), *Diritto penale romano*, II, 1937; FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia de PESSINA*, 1905; MOMMSEN, *Derecho penal romano*, trad. esp. de DORADO, II; SCHIAPPOLLI, *Diritto Penale Canonico*, in *Enciclopedia de PESSINA*; CHAUVEAU ET HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, IV, 1862; CARMIGNANI, *Elementi di diritto penale*, II, 1863; GARRAUD (P.), *Des attentats à la pudeur et des viols sur les enfants*, 1889; GARÇON (E.), *Code Penal*, 1906; BENI CARVALHO, *Sexualidade anômala*, 1937; *Crimes contra a religião, os costumes e a família*, 1943; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, vol. V, 1943; SEVERIANO (Jorge), *Código Penal*, III, 1942; HUNGRIA-LIRA, *Direito Penal*, p. e., 1937; GARRAUD (Paul e René), *Traité t. et pr. du droit pénal français*, V, 1935; MAGGIORE, *Principii di Diritto Penale*, II, 1934; ALIMENA (B.), *Principii di diritto penale*, II, 1912; CALOGERO (C.), *Dei delitti contro il buon costume e contro l'ordine delle famiglie*, in *Trattato de COGLIOLO*, vol. II, 1890; FINGER (A.), *Das Strafrecht*, II, 1895; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1927; LISZT (FRANZ VON), *Direito Penal Alemão*, trad. port. de JOSÉ HIGINO, II, 1899; FRANK (R.), *Das Strafgesetzbuch f. das Deutsches Reich*, 1925; MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1907; TUOZZI (P.), *I delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, in *Enciclopedia de PESSINA*, IX, 1909; GRASSI (UGO), *La violenza carnale nel progetto ROCCO*, in *Scuola Positiva*, 1933, págs. 312 e segs.; JANNITTI-PIROMALLO (E.), *Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, in *Il Codice Penale Illustrato*, dirigido por UGO CONTI, vol. III, 1934; SALVAGNO CAMPOS, *Los delitos sexuales*, 1934; GÓMEZ (EUSEBIO), *Tratado de derecho penal*, III, e *Delitos contra la honestidad*, 1940; MOLLINARIO (Alf.), *Derecho Penal (El libro II del Código Penal Argentino)*, 1943; AGUIAR (ASDRÚBAL), *Ciência Sexual*, 1923-1924; CRIVELLARI, *Il Codice Penale*, vol. 7.º, 1896; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, p. e., 1924; SILVA FERRÃO, *Teoria do direito penal*, VII, 1857; BOHNE (G.), *Notzuch (Estupro)*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de SOMLO-ELSTER, 1927; NORDHAUSEN (G.), *Notzucht*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, de ELSTER-LINGEMANN, 1934; CIAMPOLINI, *Sessualità e medicina legale*, 1936; HOFFMANN-FERRAI, *Trattato di Medicina Legale*, I, 1909; MASCHKA, *Trattato di Medicina Legale*, trad. ital. de F. GUELFI, vol. III, 1891; SOUSA LIMA, *Medicina Legal*, 1924; FÁVERO (F.), *Medicina Legal*, 1942; GOMES (HÉLIO), *Medicina Legal*, II, 1945; CARRARA (MÁRIO), *Medicina Legale*, I, 1937; DÍAZ (E.), *El Código Penal*, 1928; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, vol. II, 1943; MITTERMAYER, *Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit (Crimes e delitos contra os costumes)*, in *Vergleichende Darstellung*, bes. Teil, IV; SOLER (S.), *Derecho Penal Argentino*, volume III, 1946; FONTAN BALESTRA, *Delitos sexuales*, 1945.

## COMENTARIO

31. **Histórico.** Desde os mais antigos tempos e entre quase todos os povos, a conjunção carnal violenta foi penalmente reprimida como grave malefício. Entre os hebreus, se a vítima era moça *desposada* (prometida em casamento), o inculpado pagava com a própria vida: "*Sin autem in agro repererit vir puellam, quae desponsata est, et apprehendens concubuerit cum ea, ipse morietur solus*" (*Deuteronomio*, capítulo XXII, 28). Se, entretanto, a moça não era desposada, a pena consistia no pagamento de 50 ciclos de prata (ao pai da vítima), além de obrigatória reparação do mal pelo casamento. Entre os egípcios, infligia-se ao violentador a pena de mutilação. Na antiga Grécia, a princípio, a pena era de simples multa; mas, posteriormente, para conjurar os abusos, foi cominada a pena de morte, que veio a tornar-se invariável, abolindo-se a alternativa (anteriormente consentida) entre ela e o casamento sem dote. Entre os romanos, tendo-se mais em vista o emprego da força do que a finalidade do agente, a posse sexual violenta (equiparada ao rapto violento) constituía modalidade do *crimen vis*, incidindo sob a *Lex Julia de vi publica*, segundo reporta MARCIANO (D., *ad Legem Juliam de vi publica*, 3, § 4.º): "*Prosterea punitur hujus legis poena, qui puerum, vel foeminam, vel quemquam per vim stupraverit*", e a pena era a de morte (*Inst., de publicis judiciis*, § 8.º, *in fine*).

Na Idade Média, também era a pena de morte a que se applicava aos réus de *stuprum violentum* (FARINACIO): "*Ita etiam mortis poena infligatur in stupro, alio modo absque raptu per vim commissio*." Refletia esse rigor o Livro V das Ordenações Filipinas, nossa primitiva legislação penal: pena de morte contra "todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher", e não a excluía o próprio casamento do réu com a vítima.

O Código de 1830, seguindo, aliás, na trilha dos alvarás de 19 de junho de 1775 e 6 de outubro de 1784, abrandou a

pena: prisão por três a 12 anos e dote à ofendida (art. 222). O casamento desta com o ofensor extinguiu a pena (art. 225). O primeiro Código republicano (reservando o nome *estupro* para designar a cópula violenta) foi ainda mais benigno: prisão celular por um a seis anos (aumentada de quarta parte, se havia concurso de duas ou mais pessoas), mantida a obrigação de dotar a ofendida, bem como a extinção da punibilidade pelo *subsequens matrimonium*.

O vocábulo *estupro* não era outrora empregado para significar, de modo especial, a conjunção carnal mediante violência. Assim, no direito romano, chamava-se *stuprum*, em sentido lato, qualquer congresso carnal ilícito (compreendendo até mesmo o adultério e a pederastia) e, em sentido estrito, o simples concúbito com mulher virgem ou não casada, mas honesta: "*stupri flagitium punitur cum quis sine vi vel virginem vel viduam* (ao que explica LABEÃO, *vidua* tanto significava a mulher viúva quanto a solteira já deflorada) *honeste viventem stupraverit*". Nos tempos medievais, os práticos adotaram a acepção romana, mas à conjunção carnal *per vim* chamaram *stuprum violentum*. Distinguiu-se entre *estupro simples* (que, por sua vez, se dividia em *proprium* e *improprium*, conforme houvesse, ou não, *defloratio*) e *estupro qualificado*, isto é, quando intervinha o emprego de violência (real ou ficta) ou de *sedução*. A única diferença entre a primeira modalidade e a *fornicatio simplex* consistia em que esta se realizava com mulher desonesta (*cum meretrice*). O direito canônico (que punia até mesmo a *fornicatio simplex*) só admitia o *stuprum violentum* quando a paciente era virgem.

Mais modernamente, CARMIGNANI definiu o estupro como "corrupção de uma virgem ou viúva honesta, praticada com fim libidinoso", dizendo-o *qualificado* quando ocorria violência, sedução, abuso de autoridade ou *famulato* (isto é, a circunstância de ser o ofensor fâmulos na casa da ofendida). CARRARA conceituava o estupro como "posse sexual de mulher livre e honesta, precedida de sedução (real ou presu-

mida) e não acompanhada de violência”. Distingua entre *estupro simples* (não incriminado), *estupro com sedução* e *estupro com violência* (constituindo este o crime autônomo de *violência carnal*). PESSINA, entretanto, já entendia que a violência era condição essencial do estupro.

A acepção do estupro como cópula mediante violência (física ou moral, real ou presumida) foi a que afinal prevaleceu na linguagem jurídica, embora alguns Códigos (como, por exemplo, o português e o espanhol) ainda empreguem o termo no antigo sentido, preferindo o vocábulo “violação” para designar, particularmente, a posse sexual violenta.

Entre nós, o alvará de 6 de outubro de 1784 empregava o verbo “estuprar” no sentido romanístico, e o mesmo fazia o Código de 1830, que incluía, sob a rubrica de *estupro*, vários crimes sexuais (defloramento, cópula violenta, atentado ao pudor, sedução). Já o Código de 1890 reservava o nome *estupro* para designar “o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não”. É o mesmo critério do Código atual.

**32. Definição. Elementos constitutivos.** Estupro (*viol, Notzucht, violenza carnale, violación*) é a obtenção da posse sexual da mulher por meio de violência física ou moral, ou, para nos afeiçoarmos ao texto legal, o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Não é o estupro senão uma forma especial do *constrangimento ilegal* (art. 146) trasladada para o setor dos crimes contra os costumes. A relação direta de meio a fim entre o emprego da violência (*vis corporalis* ou *vis compulsiva*) e a conjunção carnal é que caracteriza, objetiva e subjetivamente, o estupro, que é, sem dúvida, o mais grave entre os atentados à liberdade sexual. Seus *essentialia* podem ser assim alinhados: a) conjunção carnal com mulher dissensiente; b) emprego de violência ou grave ameaça; c) dolo específico.

Por *conjunção carnal*, em face do Código, entende-se a conjunção sexual, isto é, a cópula *secundum naturam*, o

ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis<sup>17</sup> na cavidade vaginal. Não se compreendem, portanto, na expressão legal, o coito anal e a *fellatio in ore*, pois o ânus e a boca não são órgãos genitais.<sup>18</sup> Tal sentido restrito evidencia-se do próprio texto do artigo 213 e do seu cotejo com as fórmulas dos arts. 215, parágrafo único, e 217. Se conjunção carnal, no conceito do Código, abrangesse o coito por vias anormais, não se justificaria que somente a mulher pudesse ser passível do estupro, conforme declara o art. 213.<sup>19</sup> Pelo que necessariamente se depreende dos arts. 215, parág. único, e 217, que também se referem a *conjunção carnal* (que a rubrica lateral do art. 215 chama “*posse sexual*”), esta é tão-somente a que, quando *virgem* a mulher, acarreta a perda de tal qualidade. Ora, sabendo-se que mulher *virgem*, na tecnologia penal, é a *fisicamente* tal, isto é, a que ainda não teve experiência da *cópula vaginica*, segue-se que a esta se restringe o significado legal de “*conjunção carnal*”. O coito *per anum* ou *per os*, exercido coativamente sobre pessoa de qualquer sexo, constitui *atentado violento ao pudor* (art. 214), punido menos severamente que o estupro. Pode-se criticar a lei porque limitou a noção do estupro (MAGALHÃES NORONHA, ob. cit.,

<sup>17</sup> Se o agente, em substituição ao pênis, usa dos dedos ou de algum objeto (pau roliço, vela, *phallus artificial*, etc.), não se pode configurar o estupro, pela singela razão de que não se dá a penetração do órgão genital masculino. Não há estupro sem a *introductio penis intra vas*.

<sup>18</sup> Conf. MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., pág. 17; BENI CARVALHO, *Crimes contra a religião, os costumes e a família*, ns. 37 a 39, e BRASIL AMERICANO, ob. cit., págs. 43-44. Em sentido diverso, BENTO DE FARIA (ob. cit., vol. V, pág. 5), apolado em MANZINI, mas despercebido de que este comenta o Código italiano, diferente do nosso.

<sup>19</sup> O Projeto ALCÂNTARA, na sua primeira fase, evidentemente incluía o coito anal na noção do estupro, imitando o modelo italiano (“*ter conjunção carnal com alguém, etc.*”), mas, posteriormente, aderindo ao ponto de vista da Comissão Revisora, explicitamente declarava que só a *mulher* podia ser sujeito passivo de tal crime (artigo 268). Assim, o próprio elemento histórico está a indicar a justeza da interpretação que acima se defende.



págs. 20-21), mas não pretender que seja aplicada ao arrepio do seu texto (como faz BENTO DE FARIA, louvando-se em comentários sobre o Código italiano). Mesmo a crítica, porém, não procede. O valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal do que o da mulher, de modo que, em princípio, não se justifica, para o tratamento penal, a equiparação dos dois casos. Quando tal violência contra mulher resulta na cópula vaginica, e ainda que não se trate de *virgo intacta*, pode acarretar o engravidamento, consequência tão grave, no caso que a lei autoriza a prática do aborto (Código Penal, art. 128, n.º II), embora este represente um sério perigo à saúde, quando não à vida da paciente. Pode ser menos vexatória ou repugnante à violentada a cópula normal do que a anormal, mas as consequências lesivas daquela podem superar, em gravidade, as desta. Por último, é de notar que a diferença entre as sanções cominadas, respectivamente, à conjunção normal e à anormal violentas é tão exígua, que o juiz, dado o critério de relativa individualização da pena, consagrado pelo Código (art. 42), poderá praticamente eliminá-la, toda vez que, *in concreto*, lhe parecer conveniente.

O *dissenso* da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca *resistência*. Não basta uma platonica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro. Nem é de confundir a efetiva resistência com a instintiva ou convencional relutância do pudor,<sup>20</sup> ou com o jogo de simulada esqui-

<sup>20</sup> MANFREDINI (ob. cit., pág. 139): “Non deve essere la riluttanza ordinaria che consiste in quella guerriglia che possiamo chiamar fisiologica, prodromo di ogni amplesso non consuetudinario; ma deve essere la costante impossibilità di resistere e di reagire; deve aver persistito dal principio alla fine dell'azione del soggetto attivo.”

vança ante uma *vis grata*, como o daquelas ninfas de que nos fala CAMÕES (*Os Lusíadas*, canto IX, estrofe LXX):

“Fugindo as ninfas vão por entre os ramos,  
Mas, mais industriosas que ligeiras,  
Pouco a pouco sorrindo, e gritos dando,  
Se deixam ir dos galgos alcançando...”

Já advertia BOHEMERO: “*Nonnunquam enim grata est, vel ex post facto sit ista vis puellis, saepe reluctantes in terram coniectae et denudatae, tandem inter luctandum, risu, gestibus, verbisque in amplexu ruunt, quo caso tandem abest ut de vi conqueri queant, ut potius stupri voluntarii reae sit. Aliud dicendum si quae ab initio sese opposuit, tandem, victa, renisam et displicentem ante coitum, in eodem et post eodem testata.*” É preciso que a vítima não adira, *libenter*, em momento algum, à lascívia do sujeito ativo. *Faemina quae una tantum consentit vi stuprata non est*, já diziam os práticos. Não se deve, porém, tomar por adesão da vítima o abandono de si mesma por exaustão de forças, trauma psíquico ou inibição causada pelo medo. Somente quando isso não ocorra, e se não é impossível (ou excepcionalmente difícil) arrostar com a violência (física ou moral) ou escapar a esta de qualquer outro modo, é que se pode, com a rendição da vítima, pôr em dúvida a existência do estupro. São de recordar, aqui, os versos de DANTE (*Paradiso*, canto IV, 73-79):

“*Se violenza è quando quel che pate  
Niente conferisce a quel che sforza,  
Non fur quest'alme per essa scusate;  
Che volontà, se non vuol, non s'ammorza,  
Ma fa come natura face in fuoco,  
Se mille volte violenza il torza:  
Perchè, s'ella si piega assai o poco,  
Segue la forza...*”

A resistência ativa da vítima é a contraprova da violência, como elemento integrante do estupro. *Violentia non dicitur, ubi non intervenit resistentia.*

É bem de ver que, se à violência do agente não corresponde a repulsa da vítima *quanto à conjunção carnal*, como, por exemplo, no caso do atentado sádico (consensiente a vítima *ante coitum*), não será reconhecível o estupro, mas outro crime. Em tal caso, a mulher, passando a resistir, não o faz em defesa de sua liberdade sexual, mas de sua integridade física ou de sua vida.

No tocante ao meio executivo do estupro, refere-se o texto legal, distintamente, à *violência* e à *grave ameaça*. Não quer isto, porém, significar que a última não seja uma espécie da primeira. Violência é a *necessitas imposita contraria voluntati*, e tanto se exerce pelo emprego de força física, como pela ameaça, pela intimidação, pelo incutimento de medo. O que a lei quis deixar bem claro é que nem toda ameaça constitui *material* do estupro: é necessária uma *ameaça grave*. Isto posto, segue-se que o termo “violência” é usado pelo art. 213 no sentido restrito de emprego de força material. É o meio físico aplicado sobre a *pessoa* da vítima,<sup>21</sup> para cercear sua liberdade externa ou sua faculdade de agir (ou não agir) segundo a própria vontade. É a violência que o direito romano chamava *vis corporalis* (*vis corpori illata, vis absoluta*), para distingui-la da exercida mediante intimidação, denominada *vis compulsiva* (*vis animo illata, vis con-*

<sup>21</sup> A violência sobre coisas é estranha à configuração do estupro. Aquele que arromba a porta do quarto em que se acha a mulher, e vem a obter que esta se lhe entregue voluntariamente, não comete estupro. Já era assim a decisão dos práticos: “*Ut stuprum dicatur cum violentia commissum, oportet, quod violentia si facta personae, quia crimen violentiae dicitur crimen personale. Ex quo sequitur, quod si quis frangeret ostium domus, vel thalami, et violenter cognosceret, non diceretur commississe in coitu violentiam, sed violenter tantum ingressum fuisse*” (BAJARDUS, add. ad JULIUS CLARUS, *Stuprum*, n.º 36).

*ditionalis, metus*). Neste último caso, temos a ameaça ou violência moral, isto é, a manifestação (por palavras, atos ou sinais) do propósito de causar a alguém um mal. Dá-se, com ela, a subjugação da vontade alheia pelo *medo*. Representa este um entrave psíquico à faculdade de livre atuação da vontade, tão eficiente quanto o obstáculo consistente no tolhimento físico do movimento corpóreo da vítima. Suprime ou inibe a faculdade psíquica da volição, a capacidade moral de resistência. Pode ocasionar até mesmo uma paralisia transitória, impossibilitando a fuga ou a defesa da vítima.<sup>22</sup> Mesmo quando há emprego de violência material, é quase sempre o medo que decide: medo de *continuar a sofrer* essa violência, medo ante a ameaça contida na brutal atitude do agente.

Para constituir elemento do estupro, a ameaça deve ser *grave*, entendendo-se como tal a ameaça de *determinado* dano material ou moral *considerável* (*in exemplis*: ameaça de morte, de espancamento, de perda dos meios de subsistência, de revelação de fato criminoso ou desonroso). Deve tratar-se de um mal maior que o da conjunção carnal, e posto que não evitável por outro modo. O relevo objetivo do mal anunciado (tendo-se em vista as condições pessoais da vítima), e não a maior verossimilhança do cumprimento da ameaça, é que serve, precipuamente, à medida da gravidade desta. É claro que a ameaça deve ser *séria* (*vani timoris nulla excusatio est*) e *realizável* (imediatamente ou em próximo futuro), mas o que decide de sua gravidade é a *quantidade* do mal em perspectiva. A *importância* do dano potencial é que condiciona, mais que qualquer outra causa, o estado psíquico do medo, a *mentis trepidatio* capaz de anular a liberdade de volição.

---

<sup>22</sup> Mosso, *La paura*, págs. 278-279: "Uno degli effetti più terribili della paura è la paralizia, che non lascia più fuggire nè difendersi. Quando entra il terrore anche gli uomini più intrepidi rinunziano alla fuga; pare che abbiano tagliati i nervi per la difesa."

Não entram em linha de conta o medo *supersticioso* e o *timor reverentiae*.

Pouco importa a *justiça* do mal ameaçado. O agente pode ter a faculdade ou mesmo o dever de ocasionar o mal, mas não pode prevalecer-se de uma ou outro para obter a posse sexual da vítima contra a vontade desta.<sup>23</sup> Não se eximiria à acusação de estupro, por exemplo, o agente de polícia que anulasse a resistência da vítima sob ameaça de denunciar crime que saiba tenha ela praticado (art. 66, n.º I, da Lei das Contravenções Penais), hipótese que muito difere daquela em que a mulher, para evitar a denúncia, transige amigavelmente, de sua própria iniciativa, com o ameaçante, dispondo-se à prestação de um favor em troca de outro.

A ameaça pode ser *direta* (quando o mal é prometido à própria vítima) ou *indireta*, isto é, quando o mal é anunciado contra terceiro, a quem a vítima esteja ligada por laços de grande ou especial afeto.<sup>24</sup> A ameaça de grave mal contra um filho da vítima pode ser mais eficiente à conturbação do seu espírito do que idêntica ameaça dirigida contra ela própria. *Nihil interest, in se quis veritus sit, an in libris suis, cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur* (Dig., quod metus causa gestum erit, 8, § 3.º).

É objeto de dúvida se uma mulher, adulta (ou já desenvolvida) e normal, pode ser fisicamente coagida por um só homem à conjunção carnal.<sup>25</sup> Argumenta-se que bastam

<sup>23</sup> Contra, MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 32), mas por confundir a ameaça, meio executivo de crime, com o crime desse nome. Para a distinção entre uma coisa e outra, veja-se o vol. VI destes Comentários, 1.ª ed., págs. 143 e 171.

<sup>24</sup> É de reconhecer a *ameaça indireta* também no caso em que a vítima cede para evitar a *continuação* de violência física (ex.: espancamento, tortura) contra a pessoa particularmente cara.

<sup>25</sup> HAFTER (ob. cit., pág. 118), depois de suscitar a dúvida ("Ob ein einzelner Mann eine erwachsene Frau in normalen Zustand durch Gewalt zum Beischlaf zwingen kann, mag schon aus physiologischen Grund-füglich bezweifelt werden"), adverte que, o mais das vezes, o agente único não passará da tentativa.



alguns movimentos da bacia para impedir a intromissão da verga. É bem conhecida, a propósito, a anedota contada por VOLTAIRE: *"Pour les filles artificieuses et qui se plaignent d'avoir été violées, il faudra bien conter comment une reine rejeta autrefois l'accusation d'une plaignante... Elle prit un fourreau et, le mettant sans cesse en mouvement, elle fit voir à la dame qui tenait une épée qu'il lui était impossible de la replacer dans la gaine de cette arme."* Para desacreditar a acusação de estupro com unidade de agente, há também uma das sensatas decisões de Sancho-Pança, na ilha Barataria. Certa vez, na audiência de Sancho, entrou uma mulher que, trazendo um homem pela gola, bradava: "Justiça! Justiça, senhor governador! Se não na encontro na terra, irei buscá-la no céu. Este mau homem surpreendeu-me em pleno campo e abusou da minha fraqueza." Negada formalmente a acusação, Sancho tomou ao acusado sua rechada bolsa de dinheiro e, a pretexto de reparação do mal, passou-a à querelante. Foi-se esta em grande satisfação, mas Sancho ordenou ao acusado que seguisse no seu encalço, para retomar a bolsa. Em vão, porém, tentou o homem reaver o seu dinheiro, e voltou de rosto agatanhado e a sangrar, confessando-se vencido. Então, fazendo a mulher restituir a bolsa, disse-lhe Sancho: "Se tivesses defendido tua honra tão empenhadamente como vens de defender essa bolsa, jamais a terias perdido. Não passas de uma audaciosa ladra." Realmente, se não há uma excepcional desproporção de forças em favor do homem, ou se a mulher não vem a perder os sentidos, ou a prostrar-se de fadiga, ou a ser inibida pelo receio de maior violência, poderá sempre esquivar-se ao coito pelo recurso do movimento dos flancos. Em tais casos, porém, a possibilidade do coito decorre da natural ou superveniente incapacidade de qualquer reação. De modo geral, pode afirmar-se que um só homem, sem outro recurso que as próprias forças, não conseguirá, ao mesmo tempo, tolher os movimen-

tos defensivos da vítima (sendo esta mulher adulta, normal e sã) e possui-la sexualmente.<sup>26</sup>

**33. Dolo específico.** O dolo, no estupro, é a vontade consciente de obter a conjunção carnal mediante emprego de violência ou grave ameaça (representando-se o agente a conjunção carnal em relação de causalidade com a violência física ou moral). A conjunção sexual é o escopo da vontade do agente, e nisto reside a distinção entre a *tentativa de estupro* e o consumado ou tentado *atentado violento ao pudor* (que visa a “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”).

O dolo, também, aqui, pode ser excluído pela *boa fé*. Assim, no caso em que a mulher tenha, de início, imprudentemente consentido nos *avanços* do agente, de modo que a este, razoavelmente, se afigurasse fingida a subsequente resistência oposta, poderá ser reconhecida a ausência do dolo distintivo do estupro (a não ser que haja o emprego de brutal violência, pois, em tal hipótese, *dolus inest in re ipsa*).

É de todo indiferente o “estado emocional ou passional” do agente, não influenciando nem mesmo para atenuação da pena.

**34. Sujeitos ativo e passivo.** Fixado o sentido restrito da expressão legal “conjunção carnal”, é óbvio que, em matéria de estupro, somente o homem pode ser executor, do mesmo modo que só a mulher pode ser paciente. Em face do nosso Código, não há indagar se é reconhecível o estupro no caso da mulher que, provida de clitóris hipertrófico, constrange outra ao amor sáfico, ou da que, mediante ameaça (não excludente do mecanismo da ereção), coage um homem

<sup>26</sup> Conta-se de um juiz que, ao ouvir de uma pseudo-estuprada que o acusado, para conter-lhe os movimentos de defesa, se servira, durante todo o tempo, de ambas as mãos, indagou: “Mas quem foi que conduziu o *ceguinho*?” E a queixosa não soube como responder...

a ter com ela conjunção carnal. Quer num, quer noutro caso, o que se poderá identificar é o crime de "atentado violento ao pudor".

Somente como partícipe, por mandato, instigação ou auxílio, poderá pessoa do sexo feminino responder por crime de estupro.

Se o sujeito ativo da cópula é coagido por terceiro (homem ou mulher), não haverá concurso de agentes: somente responderá o coator ou coatora (art. 18 do Código Penal).

É irrelevante à existência do estupro o estado ou qualidade da mulher paciente: se solteira, virgem<sup>27</sup> ou não, se casada ou viúva, se velha ou moça (quando não maior de 14 anos, o estupro é presumido, art. 224, letra a), honesta ou impudica, incorruta ou devassa, monja ou prostituta. Nem mesmo a autêntica prostituta, isto é, a mulher que acede *au premier passant*, despejada mercadora do amor (que *palam quaestum corpore facit* ou *cujus venalis est publica turpitude*), francamente entregue ao *exercitium vulvi-vagae veneris*, perde o direito ou liberdade de escolha sexual. Diziam os romanos que *meretrices nulli sese copiam denegare possunt*, mas, hoje, não é assim: a desvergonha de uma mulher, por mais extrema, não a priva do direito de livre disposição do próprio corpo. Reduza-se a pena, quando a vítima do estupro é *mulher da multidão*, mas não se pode deixar de aplicá-la.

Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula *ilícita* (fora do casamento). A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges. O próprio *Codex Juris Canonici* reconhece-o expli-

---

<sup>27</sup> Se a paciente é virgem, tal circunstância deve influir, em desfavor do agente, na medida da pena (art. 42).

citamente (cân. 1.013, § 1.º): "*Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarium mutuum adiutorium est remedium concupiscentiae.*" O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de *exercício arbitrário das próprias razões*, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o *exercício regular de um direito* (art. 19, n.º III). É bem de ver que solução diversa tem de ser dada no caso em que a mulher se recuse à cópula por achar-se o marido afetado de moléstia venérea. Já aqui, o marido, ao invés de pretender exercer um direito, está incidindo na órbita do ilícito penal (art. 130 do Código Penal).

*Quid juris*, se a vítima vive com o agente *more uxorio*? Entende MANFREDINI que, em tal caso, a constância das mútuas relações sexuais acarreta como que um *jus possessionis* do homem sobre a mulher, e não se deve reconhecer o estupro. Não obstante o artificialismo de tal solução, poder-se-ia transigir com ela, para deixar de se identificar o estupro, mas sem admitir a imunidade penal em relação à violência física considerada separadamente.<sup>28</sup>

**35. Consumação e tentativa.** O estupro consuma-se com a *immissio penis in vaginam*. Basta uma introdução parcial (que torne possível a cópula), e não é necessário o orgasmo ou a ejaculação. Não se faz mister o *acabamento* da cópula, com a *immissio seminis*. Se não há introdução do membro viril ou se ocorre o simples contato superficial dos órgãos genitais, não poderá ser reconhecida senão a *tentativa* de estupro. Será esta, aliás, reconhecível, ainda quando não haja esse contato, desde que as circunstâncias deixem manifesto, por parte do agente, o intuito de conjunção carnal.

---

<sup>28</sup> O Código Penal dinamarquês dispõe que a pena será diminuída de metade "*si la femme a eu antérieurement des relations sexuelles d'un caractère durable avec le coupable*" (art. 216, *in fine*).

Assim, deve responder por estupro tentado o indivíduo que, depois de empolgar a vítima, joga-a ao chão ou para cima do leito, levantando-lhe as vestes, arrancando ou rasgando-lhe as calças, e retira o membro em ereção, procurando aproximá-lo do *puendum* da vítima, mas vindo a ser impedido de prosseguir por circunstâncias independentes de sua vontade (como quando a vítima consegue desvencilhar-se e fugir, ou sobrevém intervenção de terceiros). Desde que haja um inequívoco ensaio de introdução da verga, é identificável o *conatus*. Se as circunstâncias são ambíguas, isto é, se não demonstram positivamente a intenção de cópula vagínica, o que deve ser identificado é o "atentado violento ao pudor" (consumado ou tentado). Este crime é também o que ficará como resíduo, no caso em que o agente desista voluntariamente de atingir a *meta optata* (conjunção carnal).

36. **Prova do estupro.** O estupro é daqueles crimes que se praticam, por necessidade mesma do seu êxito, a coberto de testemunhas (*qui clam committi solent*); mas, na ausência de indícios concludentes, não se deve dar fácil crédito às declarações da queixosa, notadamente se esta não apresenta vestígios da alegada violência. Tais declarações devem ser submetidas a uma crítica rigorosa.<sup>29</sup> Se é alegada a violência moral (ameaça), a prova é difícilíssima, desde que não haja confissão do acusado ou testemunhos excepcionalmente positivos. Na maioria dos casos, o processo resultará em um *non liquet*. Mesmo no caso de violência física, se desta não ficam traços, a prova não será fácil. Quando a queixosa, isenta de qualquer lesão corporal, afirma ter sido violentada por um só agente, suas declarações devem ser recebidas com

---

<sup>29</sup> MANCI (ob. cit., pág. 49): "Se si dovessero liberamente e gratuitamente accettare tutte le proteste e valorizzare tutte le pretese di coloro che si proclamano vittime di violenza carnale, nessuno potrebbe sfuggire ai rigori della legge che diventerebbe facile strumento di vendetta o di speculazione di tutte le folli e di tutte quelle abilissime mercanti di verginità e di matrimoni."



a máxima reserva ou desconfiança.<sup>30</sup> Como já assinalamos, o êxito da violência física com unidade de agente não é crível ou, pelo menos, *rarissime accidit*.

Na Idade Média, os práticos prefixavam certas circunstâncias como *presunções legais* do *stuprum violentum*: a evidente desproporção de forças entre a paciente e o acusado, brados de socorro por parte da vítima (*cum mulier magno clamore auxilium implorat*), vestígios de violência no corpo desta, etc. Sem caráter de comprovantes absolutos, tais indícios não podem deixar de servir, como diz CALOGERO, à *certeza moral* ou *livre convencimento* do juiz moderno. O que já não é admissível é erigi-los em critérios aprioristicamente decisivos. Cumpre ter em conta as particularidades de cada caso: a idade da vítima, seu estado de saúde, sua energia física e moral, bem como as condições pessoais do acusado. Meios aparentemente inidôneos, tal seja o caso, podem ter eficácia, assim como recursos considerados idôneos *in abstracto* podem falhar *in concreto*. Antes de tudo, é preciso não esquecer que, em matéria de crimes sexuais, mais do que em qualquer outro gênero de crimes, são freqüentes as acusações falsas, notadamente por parte de mulheres histéricas ou neuropáticas. A propósito, é sempre citado o famoso caso do tenente de la Roncière, vítima de um erro judiciário de tribunal francês, que injustamente o condenou sob acusação de estupro formulada por uma jovem histérica.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> HOFFMANN e FERRAI (ob. cit., pág. 121): "...em linha geral, toda vez que uma mulher adulta, dotada de suficiente força para oferecer resistência, afirmar ter sido coagida ao coito mediante violência, dever-se-á usar da máxima cautela e objetividade, tanto mais quanto a experiência ensina que, muito freqüentemente, afirmações de tal natureza não passam de pura invenção. Não obstante, cada caso concreto deve ser bem ponderado nas suas particularidades."

<sup>31</sup> Consultem-se, a respeito deste e doutros casos semelhantes, GORPHE (*La critique du témoignage*) e ALTAVILLA (*Psicologia Giudiziaria*).

A apreciação dos vestígios deixados pelo estupro violento é tema próprio de Medicina Legal, mas não é demais que se façam, aqui, ligeiras observações.

Os traços materiais da violência sofrida, como ensina BROUARDEL (ob. cit., *passim*), devem ser procurados ao nível das regiões genitais (notadamente se há alegação de defloração) e suas adjacências, bem como, obviamente, em todo o corpo da queixosa. Podem ser encontrados arranhões, escoriações ou equimoses nas coxas, nas nádegas, nos joelhos, nos seios, e, se houve luta violenta, contusões e manchas nos antebraços, nos pulsos, no pescoço (tentativa de esganamento com as mãos), nos lábios, no rosto, etc. Cumpre, entretanto, precatar-se contra a *simulação* (não infrequente para apoiar acusações de estupro). Algumas vezes (como demonstra a experiência), a pretensa vítima (levada por espírito de vingança ou por *chantage*) produz em si mesma equimoses por meio de sucção com a boca; outras vezes, obtém-nas esfregando a pele com uma lâmina de chumbo ou um colorante, etc. Há ainda as chamadas *equimoses espontâneas* (sobretudo nas histéricas). Pode acontecer, além disso, que as lesões tenham resultado de violência *post coitum*, em razão, por exemplo, de uma briga de ciúmes entre acusado e vítima.

Quanto à realização da cópula, podem ser averiguados certos vestígios: ruptura do hímen (se a paciente era virgem), presença de esperma ou vermelhidão da mucosa genital (se o fato é recente), eventual contaminação venérea ou subsequente gravidez.

Não é preciso dizer que todos os vestígios acima aludidos, positivos ou valiosos indícios da violência ou da cópula, são alheios à prova da autoria (salvo o de contágio venéreo, quando se verifica que o acusado é portador do mal transmitido).

37. **Concurso com outros crimes.** O estupro pode concorrer com vários outros crimes. Se o agente, além da conjunção carnal, pratica outro ato de libidinagem não classi-

ficável entre os *praeludia coiti* (coito anal, *irrumatio in ore*, etc.), haverá concurso material de estupro e atentado violento ao pudor. Se o fato ocorre em lugar público (ou aberto ou exposto ao público), o estupro concorrerá com o *ultraje público ao pudor*, aplicada a regra do art. 51, § 1.º, *in fine*.

Se o agente é portador de moléstia venérea, haverá concurso material com o crime previsto no art. 130 (haja ou não contágio). As *vias de fato* (art. 21 da Lei das Contravenções Penais) serão absorvidas no título “estupro”, do qual representam elemento constitutivo.

Se resulta lesão corporal leve, haverá concurso material com o crime do art. 129, *caput*, ou 129, § 6.º, conforme o caso.

Para o caso em que resulte lesão corporal grave ou morte (dolosa ou preterdolosamente), veja-se comentário ao art. 223.

Se ocorre o defloramento da vítima, tal evento influirá na medida da pena (art. 42), mas não pode ser considerado *lesão corporal*. Como justamente adverte MANZINI, trata-se de um fato fisiológico, e não patológico. A ruptura do hímen é elemento constitutivo eventual do estupro (salvo as conseqüências patológicas da brutalidade do agente).

## ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

Atentado  
violento ao  
pudor

**Art. 214.** *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:*

*Pena — reclusão, de dois a sete anos.*

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: italiano, art. 521; suíço, art. 188; alemão, § 176; francês, art. 332, al. 3.ª; belga, art. 372 a 374; português, art. 391; norueguês, §§ 191 e 192; holandês, art. 248; espanhol, art. 430; húngaro, § 233; belga, art. 373; romeno, art. 264; polonês, art. 204; dinamarquês, arts. 224 e 225; turco, art. 198; austríaco, § 128; iugoslavo, art. 182; sueco, cap. 15, § 12; japonês, § 176;

argentino, art. 127; chileno, art. 336, 2.<sup>a</sup> parte; uruguaio, art. 273; mexicano, art. 260, al. 2.<sup>a</sup>; peruano, art. 200; colombiano, art. 323; boliviano, arts. 420 e 421.

**BIBLIOGRAFIA** — Além da citada a propósito do estupro, mais a seguinte: CARFORA, *Atti di libidine*, in *Digesto Italiano*; GABRIELI, *Atti di libidine*, in *Nuovo Digesto Italiano*; BOHNE (G.), *Sittlichkeitsverbrechen* (Crimes contra os costumes), in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de STIER-SOMLO-ELSTER; WIETHOLD, *Sittlichkeitsverbrechen*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, fascículo 14, 1934, págs. 615 e segs.; RENDE, *Il bacio violento e il Codice Penale*, in *Riv. di dir. e proc. penale*, III, 1912; LEONCINI, *Sessualità*, in *Trattato di Med. Legale*, vol. III, 1924; LIRA (R.), *Polícia e justiça para o amor*, págs. 167 e segs., 1938.

#### COMENTARIO

**38. Histórico.** As antigas legislações penais não contemplavam o atentado violento ao pudor como crime autônomo. O direito romano incluía-o no conceito do *stuprum per vim* (que, por sua vez, era punido no quadro do *crimen vis*) ou no extenso *genus* da injúria. Na Idade Média, os práticos consideravam-no, via de regra, tentativa de *stuprum violentum*. O Código francês de 1810, no seu art. 331 (que só por uma lei de 1832 veio a ser alterado), submetia a idêntico tratamento penal o estupro e o atentado violento ao pudor (“*Quiconque aura commis le crime de viol, ou sera coupable de tout autre attentat à la pudeur consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de réclusion*”). O antigo Código Penal toscano já distinguia, nitidamente, entre o estupro (*violenza carnale*), consumado ou tentado, e o atentado violento ao pudor, que assim definia: “...qualunque altro atto di libidine (isto é, diverso da conjunção carnal) commesso mediante violenza in persona dell'uno o dell'altro sesso, ognorachè non cada come tentativo di violenza carnale” (art. 382).

Entre nós, as Ordenações Filipinas puniam, autonomamente, fosse qual fosse o modo de execução, as *mollicies* (práticas sodomíticas) e os “tocamentos desonestos e torpes”.

O Código de 1830 também incriminava separadamente a “simples ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dor ou algum mal corpóreo, sem que se verifique a cópula carnal” (art. 223). O Código de 1890 igualmente distinguia entre a conjunção carnal violenta (estupro) e o atentado violento ao pudor, que assim conceituava (art. 266, *caput*): “Atentar contra o pudor de pessoa de um ou outro sexo por meio de violência ou ameaça, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral.”

O Projeto SÁ PEREIRA cogitava dos “atos contrários ao pudor mediante violência ou ameaça grave” (arts. 254 e 256), distintamente da conjunção carnal pelos mesmos meios (art. 253).

O Projeto ALCÂNTARA (art. 269, da última edição) assim perfilava o crime em questão (em seguida à incriminação do estupro): “Atentar, mediante violência ou ameaça, contra o pudor de alguém, praticando na vítima ou fazendo-a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal.”

**39. Definição. Elementos constitutivos.** Em face do nosso Código, o atentado violento ao pudor (*attentat à la pudeur avec violence, atti di libidine violenti, Nötigung zur Unzucht, abusos desonestos*) é o fato de quem constrange outrem, mediante violência ou grave ameaça, a tolerar ou praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal ou não dirigido a esta. Seus elementos integrantes podem ser fixados na seguinte ordem: a) ato libidinoso diverso da conjunção carnal ou não tendente a esta; b) dissenso da vítima (pessoa de qualquer sexo); c) emprego de violência física ou moral por parte do agente (homem ou mulher); d) dolo específico.

*Ato libidinoso* é todo aquele que se apresenta como desafogo (completo ou incompleto) à concupiscência. Como elemento constitutivo do atentado violento ao pudor, porém, não deve ter por fim a conjunção carnal (ato libidinoso por excelência), que, quando ilícita e obtida *vi aut minis*, constitui, como já vimos, o crime de estupro, mais severamente



punido. Ora tende à satisfação do apetite sexual, representando um *equivalente* (fisiológico ou psicológico) ou *sucedâneo* do coito normal, ora traduz mera depravação moral, sem outro móvel que a indecência por amor à indecência, nada mais significando, como dizia CRISÓLITO DE GUSMÃO, que uma “solicitação autômata do vício”. Além de ser objetivamente atentatório do pudor, contrastando com o sentimento médio de moralidade sexual, deve ter como impulso ou fim a lascívia.<sup>32</sup> Se o ato, embora materialmente indecoroso, não traduz, da parte do agente, uma expansão de luxúria, deixará de ter cunho *libidinoso*. Não pode existir *ato libidinoso* sem *libidinosidade*. Tem esta de ser reconhecida sob um duplo ponto de vista: objetivo e subjetivo. Deve existir no *factum externum* e no *factum internum*. Por outro lado, entretanto, ao contrário do que ocorre no crime de *corrupção de menores* (art. 218), não é necessário, aqui, que a libidinosidade do ato seja *percebida* pelo sujeito passivo. O que a lei protege, ao incriminar o atentado violento ao pudor, é, precipuamente, o interesse jurídico da liberdade sexual, ou seja, o direito à inviolabilidade carnal, e esta, como é claro, considera-se lesada toda vez que a disposição do corpo (para fim sexual) ocorra sem uma vontade isenta de coação. É suficiente que o ato libidinoso seja ofensivo do pudor do *homo medius* (critério objetivo), pouco importando que a vítima entenda, ou não, o seu sentido sexual. A libidinosidade do ato não depende da maior ou menor *malícia* da vítima. Um ato não deixará de ser libidinoso porque a vítima não o compreendeu como tal, do mesmo modo que um ato inocente (ou não atentatório do pudor médio) não deixará de o ser porque a vítima lhe haja emprestado cor de lascívia. É irrelevante o grau de pudor pessoal da víti-

---

<sup>32</sup> No sentido legal, como dizem THORMANN e OVERBECK (ob. citada, fasc. 6, pág. 193), “*eine Handlung ist unzüchtig, wie sie objektiv den geschlechtlichen Anstand verletzt und subjektiv aus Sinnenlust begangen ist*” (isto é, “uma ação é impudica quando ofende o decoro sexual e é praticada por lascívia”).

ma.<sup>33</sup> Pode falhar no sujeito passivo, por incapacidade psíquica ou por extrema depravação moral, o sentimento comum do pudor, e nem por isso será *objeto inadequado* ao crime de que ora se trata. Tanto quanto uma pessoa adulta, normal e honesta, pode ser sujeito passivo do atentado violento ao pudor o *infans*, o louco, o idiota, o pederasta passivo habitual, a mais despudorada rameira.

O ato libidinoso, a que se refere o texto legal, além de gravitar na órbita da função sexual, deve ser manifestamente obsceno ou lesivo da pudicícia média. Não pode ser confundido com a simples *inconveniência*, nem ser reconhecido numa atitude ambígua.

MANFREDINI (ob. cit., pág. 157) entende que o próprio “caso do fetichista que sente prazer tocando os cabelos de “uma menina, ou afagando um braço nu, constitui, seguramente, ato libidinoso, quer na sua objetividade, quer pelo “escopo do réu”; mas isso importaria adotar-se um critério de excessiva amplitude. O toque nos cabelos ou o afago de um braço desnudado podem ser, *subjetivamente*, dada a anormal lubricidade do agente, ato libidinoso; mas, na sua objetividade, não ofende o mediano senso de pudor.

Sem dúvida é de se concordar com MANCI (ob. cit., página 151) quando diz que, para a identificação dos atos libidinosos, “não é necessário que estes importem uma direta “atividade do sexo como função e sejam, portanto, atos sexuais, pois muitos dentre eles, ainda que determinados por “impulso libidinoso, isto é, em estado de tensão neuropsíquica, não são produtivos de um verdadeiro e próprio prazer sexual, e nem todos se realizam sobre ou com os órgãos “sexuais, apresentando-se, por vezes, como uma atividade “conducente à satisfação típica, especial, inteiramente subjetiva, de uma desregrada e aberrante concupiscência, que

---

<sup>33</sup> Por haver abstraído tal raciocínio, BENI CARVALHO (ob. citada, pág. 146) entende que é *absurdo* falar-se em “atentado violento ao pudor”, quando a vítima é uma prostituta.

“substitui e sufoca a sexualidade, ou a esta se refere por “uma degeneração do mecanismo fisiopsíquico, que lhe inverte e deforma todo o processo natural”; mas não se segue daí que, nos casos em que uma libido anômala vai ao extremo de satisfazer-se com gestos desprovidos, na aparência, de qualquer sentido sexual, se deva também reconhecer o ato libidinoso de que cuida a lei penal. Se se abandona o critério subjetivo-objetivo, ter-se-ia de qualificar como ato libidinoso, sob o prisma jurídico-penal, até mesmo o *coito psíquico* de um erotômano, em face de uma mulher sugestiva, que ele obrigue a se deixar contemplar, sem mesmo procurar despi-la. Seria isso um evidente despropósito, por isso mesmo que, apreciado *ab externo*, o fato não é obsceno ou impudico.

Há uma gradação de obscenidade. Há as impudicícias macroscópicas, como sejam as topo-inversões (coito anal, *fellatio* ou *irrumatio in ore*, o coito intercrural ou *inter femora*, o coito perineal, o *cunnilingus*, o *anilingus*, a cópula entre os seios, na axila, etc.), a auto ou heteromasturbação, as esfregações torpes de um corpo em outro (mesmo sobre as vestes), e há aquelas outras que não têm analogia alguma com a cópula e, de regra, são inidôneas para o fim de espasmo genésico (ex.: o tateio do *pudendum* ou das nádegas, a apalpação dos seios, o gesto de alçar as vestes de uma mulher para o fim de contemplação lasciva, etc.). Como quer que seja, porém, a impudicícia deve ser patente, inequívoca, não confundível com gestos que, segundo *id quod plerumque accidit*, são sexualmente neutros ou, pelo menos, não colidem com a moral sexual média.

É controvertido se o beijo constitui o crime em questão, quando dado mediante violência ou grave ameaça. Trata-se, bem entendido, do beijo na face, na boca ou no colo, pois daí para baixo sua impudicícia é flagrante. VIAZZI, com a adesão de POZZOLINI, é pela negativa, argumentando que o beijo é fato sexual secundário. A opinião dominante, porém, é no sentido de que, quando dado de modo lascivo ou com fim erótico, pode o beijo incidir no conceito legal de ato

*libidinoso*.<sup>34</sup> É sabido que o beijo, em especiais condições de eretismo do agente, pode até funcionar como verdadeiro *substitutivo sexual*. Na Idade Média, os práticos reputavam-no *execrabile scelus*, quando aplicado contra a vontade de quem o recebe. Dizia DE ANGELIS: "*Osculum inferre delictum est, si fiat explendendae libidinis causa tam cum femina, quam cum puero etenim delectationem sensitivam inducit*". Há que distinguir entre beijo e beijo. O beijo *casto* não está em jogo, e mesmo o beijo *furtivo*, *brevíssimo*, roçando de leve a face, num impulso fugaz de indecisa volúpia, não realiza a *grosseria* de um ato libidinoso (podendo concretizar, quando muito, uma *injúria real*). Já ninguém poderá duvidar, entretanto, que um desses beijos à moda dos filmes de cinema, numa descarga longa e intensa de libido, constitua, quando aplicado a uma mulher coagida pela *ingrata vis*, autêntico atentado violento ao pudor.

Na prática do ato libidinoso, o papel da vítima pode ser *passivo* (como no coito *per anum*), *ativo* (como na *fellatio*) ou, ao mesmo tempo, *ativo* e *passivo* (como na conjugação entre a *fellatio* e o *cunnilingus*). A vítima pode ainda ser coagida a praticar o ato libidinoso em si mesma (automas-turbação) ou com terceiro (ou a tolerá-lo por parte deste). Se o terceiro é também coagido, só responderá pelo crime o coator (art. 18).

Não constitui o crime a constrangida *assistência* a ato de libidinagem. É o que se depreende, sem sombra de dúvida, do próprio texto do art. 214 e do seu cotejo com o artigo 218. O ato libidinoso tem de ser praticado *pela, com* ou *sobre* a vítima coagida. Se a vítima é *maior de 14 e menor de 18 anos*, a forçada assistência representará um concurso material de "corrupção de menores" (art. 218) e *constrangimento ilegal* (art. 146); nos demais casos, isto é, tratando-se de pessoas *não maiores de 14 anos* (submetidas pela vio-

<sup>34</sup> Lá diz a trova popular:

"O beijo é um fósforo aceso  
Na palha seca do amor..."

lência real) ou maiores de 18, não haverá apenas *constrangimento ilegal*, com a agravante do art. 44, II, *a* (motivo torpe). MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 69) estranha que o Código não haja compreendido, quer no art. 214, quer no art. 218, a assistência a ato libidinoso, quando a vítima não é maior de 14 anos. A omissão, porém, é perfeitamente explicável. Na primeira fase do projeto revisto (substitutivo do Projeto ALCÂNTARA), o atentado violento ao pudor era assim delineado: "Constranger alguém, mediante violência ou ameaça grave, a praticar, tolerar que com ele se pratique, ou presenciar a prática de ato libidinoso." A latitude de tal critério, entretanto, foi impugnada por COSTA E SILVA, que assim se pronunciou, em crítica enviada à Comissão Revisora: "Constranger alguém a presenciar ato dessa espécie (ato libidinoso) é hipótese de muito menor importância. Enquadra-se melhor no capítulo referente à corrupção de menores." A Comissão, aceitando a objeção, limitou o fato à órbita da corrupção de menores; mas, adstrita ao consagrado critério da *innocentia consilli* dos não maiores de 14 anos (incapazes de *perceber* a imoralidade do ato), não podia admitir fossem estes passíveis de *corrupção*.

Se a mera assistência a ato libidinoso não constitui *material* do atentado violento ao pudor, com mais forte razão estão excluídas as expressões verbais obscenas, que não chegam a representar, propriamente, *ato de libidinagem*.<sup>35</sup> O fato poderá constituir, se praticado em lugar público, a contravenção de "importunação ofensiva ao pudor" (art. 61 da Lei das Contravenções Penais), à parte a violência empregada.

É necessário, para caracterização do ato libidinoso, que haja um contato físico ou corpóreo com a vítima ou, pelo

---

<sup>35</sup> HAFTER (ob. cit., pág. 121): "Wer jemand zwingt, unzuchtige Reden zu dulden oder selbst unzuchtig zu reden, zwingt ihn nicht zur Vornahme oder Duldung einer unzuchtigen Handlung (isto é, "quem constrange outrem a tolerar ou a pronunciar palavras indecentes, não o constrange à tolerância ou prática de um ato lascivo").



menos, que o seu corpo entre em jogo, para o fim de libidinagem. Entendia MANCI (ob. cit., págs. 159 e segs.) que o corpo da vítima deve estar desnudo, pelo menos em parte. Se o ato libidinoso, diz ele, *“è compiuto sulle vesti, questi non sono la persona sessuale, nè parte di essa, nè la costituiscono o la sostituiscono, ma sono una appartenenza della persona e come tale distinta, che aderiscono, ma non la completano, non danno una sensazione sessuale che si identifichi con quella fisica delle parti del corpo”*.

Tal opinião era uma dedução sofisticada da expressão “*su persona*”, usada pelo art. 333 do antigo Código italiano; mas, quer perante o atual Código da Itália, quer perante o nosso, nem mesmo o sofisma seria possível, pois não contém aquela expressão.

A distinção entre “corpo nu” e “corpo vestido”, mesmo perante o Código ZANARDELLI, era puramente arbitrária. Ninguém poderia negar que constitui ato de cressa libidinagem a chamada “cópula vestida”, isto é, deitar-se um homem sobre uma mulher, ambos recobertos pelas vestes, e imitar os movimentos do coito. Igualmente, inquestionável ato libidinoso é o tateio, sobre as roupas, das partes pudendas, das nádegas ou dos seios.

Acerca dos elementos “dissenso da vítima” e “emprego de violência ou grave ameaça”, há íntima afinidade entre o estupro e o atentado violento ao pudor. Reportamo-nos, assim, ao n.º 32. Entende justamente PIROMALLO (obra citada, pág. 105) que não podem deixar de ser considerados violentos os atos praticados com *surpresa* ou *destreza*, para prevenir a esperada oposição da vítima. A rapidez e insídia do ato, inspiradas pela certeza do pleno dissentimento do sujeito passivo e pelo propósito de satisfazer mais facilmente o desejo lascivo, têm caráter essencial, senão formal, de violência.

Quanto ao elemento subjetivo (dolo específico), consiste ele na vontade consciente de praticar ou fazer praticar ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, para **saciar paixão** lasciva, e de usar, para tal fim, violência ou grave ameaça.

É principalmente pelo fim do agente que o atentado violento ao pudor se distingue do estupro (consumado ou tentado); neste, a *meta optata* é a conjunção carnal; naquele, o ato libidinoso (diverso da conjunção carnal) é fim em si mesmo. Desde que o ato libidinoso tende à conjunção carnal, e ainda que esta não se realize, dá-se *tentativa de estupro*, e não atentado violento ao pudor (veja-se adiante, n.º 42). Como já vimos, não basta a *aparência* de libidinosidade do ato: é preciso que esta corresponda, efetivamente, ao propósito do agente. *Non rei veritas, sed reorum opinio inspicitur*. O dolo, na espécie, é excluído, se inexiste o fim de lascívia. O Código atual não faz referência expressa ao “fim de saciar paixão lasciva”, como fazia o Código de 90; mas implicitamente o exige. Não se concebe ato libidinoso sem impulso ou fim lúbrico, sem a nota essencial de concupiscência. É irrefutável o raciocínio de MANZINI (ob. cit., pág. 310): “...sem a realidade de um intuito libidinoso, poderá haver “a simulação de um ato de libidinagem, ou um ato libidinoso de pessoa diversa do sujeito ativo, isto é, poderá substituir o fim de corromper, de injuriar, de desacreditar, etc., “mas não o que caracteriza, segundo sua objetividade jurídica, o crime em exame. A caracterização do fato deve “basear-se, não apenas sobre suas modalidades, senão também sobre o elemento psicológico, que, no presente caso, “não somente dá cor e direção à vontade (como nas hipóteses comuns), mas determina, outrossim, modificações “fisiológicas no organismo do agente (ex.: ereção). Não se “pode dizer culpado de atos de libidinagem quem não sente “ou não se dispõe a sentir a concupiscência carnal. Se ele “pratica um ato por si mesmo idôneo a suscitar ou desafogar a libido, mas com o espírito voltado para outro escopo, “ou se assiste à prática de um ato de libidinagem, mas sem “ser por impulso de libidinagem, poderá eventualmente responder por outro crime, e não pelo de que ora se trata.”

MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 81) opina, entretanto, no sentido de que é irrelevante o fim do agente, e chama à colação, entre outros autores, a MANFREDINI. Ora, este

declara imprescindível a *consciência da libidiniosidade* (obra citada, pág. 161) e assim disserta, explicitamente (pág. 157): “*Nell’atto* (libidinoso) *oltre che l’obbiettività rilevata deve sussistere una soggettività: cioè lo scopo libidinoso in confronto del reo.*” Colidiria com o próprio sentido das palavras o dizer que comete ato libidonoso o indivíduo que, por exemplo, travando luta com a sua implicante vizinha de habitação coletiva, lhe empunhasse os seios para subjugá-la, ou lhe *sungasse* as vestes para dar-lhe palmadas no traseiro, expondo-a ao escárnio dos circunstantes. Argumentando no sentido da tese contrária, CALOGERO (ob. cit., pág. 1.059) assim se exprime: “Aquele que desnuda as partes vergonhosas de uma mulher, seja com o fim de desacreditá-la, seja com o de desafogar a própria lascívia, tem por escopo um fato que ultraja o pudor da vítima: em qualquer dos casos, idêntico é o resultado, idêntica a lesão do direito que a lei deve tutelar, e seria errônea qualquer distinção.” Antes de tudo, não basta, para a existência do crime, que o ato seja atentatório do pudor, senão também, concomitantemente, *libidinoso*, expressivo de lascívia por parte do agente. A distinção entre os dois casos citados por CALOGERO tem de ser feita, necessariamente, pois no primeiro deles inexistente a *libidiniosidade* (apresentando-se, apenas, uma *injúria real*). Objeta-se que, com a exigência do fim de lascívia, cria-se ensejo para, em muitos casos, iludir a acusação. *Adducere inconueniens non est resolvere argumentum*. O critério estritamente objetivo pode satisfazer o interesse da prova *in criminalibus*, mas não o da justiça penal, que repele a *presunção absoluta* de libidiniosidade fundada na obscenidade material do fato.

**40. Sujeitos do crime.** Por isso, mesmo que não visa à conjugação carnal (cópula vagínica), o sujeito ativo ou passivo do crime em questão tanto pode ser o homem quanto a mulher. A diversidade dos sexos, como dizia CARRARA, não pode ser condição necessária aos atos libidinosos não tenden-

tes ao coito normal, pois a concupiscência pervertida pode buscar desafio mesmo sobre o corpo de indivíduos do mesmo sexo.

O crime em questão pode ser praticado, mesmo por uma mulher contra um homem. E é formulável, então, a seguinte hipótese: uma mulher, mediante ameaça, consegue que um homem (menos obstinado que José do Egito) ceda em ter com ela cópula normal. O fato não constituirá estupro, porque este só por homem contra mulher pode ser praticado; mas não deixará de ser punido, a título de atentado violento ao pudor, não obstante a ocorrência de *conjunção carnal*, pois, mesmo abstraindo-se esta, já o simples contato do pênis com a vulva representa ato libidinoso.

Ao contrário do que ocorre com o estupro, o atentado violento ao pudor pode ser praticado pelo marido contra a mulher. Com o casamento, não fica a mulher inteiramente à mercê dos caprichos lúbricos do esposo. Se este, por exemplo, a constrange violentamente a atos sexuais contra a natureza (*non serbato debito vaso*), incorre, indubitavelmente, na sanção do art. 214. No ferrenho direito medieval, era aplicável ao caso a própria pena de morte: "*Poena mortis locum habet in eo qui praepostera venere cognovit uxorem suam, nam gravius est delictum cum uxore quam cum alia femina*" (FARINACIO). Eis a lição de GAUTIER (ob. cit., página 138): "... *si la femme doit à son mari l'acte sexuel, elle ne lui doit pas le sacrifice de son sentiment de pudeur.*" Mas, justamente, o penallista suíço adverte: "*En pratique, cependant, il sera bien difficile de distinguer entre les privautés qu'on ne saurait interdire à un mari et les faits de violence punissable. Dans un cas, toutefois, l'application de l'art. 119* (que, no projeto suíço, incriminava o atentado violento ao pudor) *ne peut faire aucun doute. C'est quand l'un des époux contraind l'autre à faire ou à subir un acte contre nature.*"

Sem dúvida, como já acentuamos, a própria meretriz pode ser sujeito passivo do crime de que se trata. Ainda mesmo a marafona a que não reste a mais leve sombra de vergonha pode negar-se, por qualquer motivo, à libidinagem de

outrem. Sua liberdade sexual, como a de qualquer outra pessoa, deve ser respeitada, e o violá-la, empregando violência, constitui crime do art. 214. Tal como no tocante ao estupro, também aqui é irrelevante a condição, estado ou qualidade do sujeito passivo. Se se trata de pessoa não maior de 14 anos, ou alienada ou débil mental, ou que, por qualquer causa, não possa oferecer resistência, a violência se presume (veja-se comentário ao art. 224).

41. **Consumação e tentativa.** Há que distinguir dois *momentos* no atentado violento ao pudor: o momento *inicial*, que é o emprego de violência ou ameaça, e o momento *libidinoso*, isto é, o do ato lascivo ou de expansão de luxúria. Com a realização deste é que o crime se consuma. O momento consumativo coincide com a prática do ato libidinoso. Se, empregada a violência ou exteriorizada a ameaça, o agente é impedido de prosseguir, frustrando-se, de todo, o momento libidinoso, o que se pode reconhecer é a simples *tentativa*, posto que, pelas circunstâncias, seja inequívoco o fim de lascívia. Não se trata, porém, de ponto pacífico em doutrina a admissibilidade da tentativa na espécie.<sup>30</sup> CARFORA (*Atti di libidine*, in *Digesto Italiano*) entende que, no crime de atos de libidinagem violenta, “è impossibile il conato, perchè se non si consegue la perfezione del delitto stesso, si ha o il conato di un altro reato, o una nuova figura di delitto a sè stante perfetta”. Também MANCI, TUOZZI, ALIMENA, GARRAUD e PUGLIA, entre outros, excluem a tentativa. POZZOLINI, embora não a exclua *in abstracto*, pondera que, na prática, será difícil distinguir entre o *conatus* e o *summum opus*. MANZINI e MANFREDINI, em face do atual Código italiano, que ampliou o conceito genérico da tentativa (art. 56), admitem-na *in subjecta materia* (ao contrário do que opinavam ao tempo do Código ZANARDELLI). Diz MANFREDINI (ob. cit., página

<sup>30</sup> O Código Penal mexicano, no seu art. 261, dispõe que “el delito de atentado contra el pudor sólo se castigará cuando se haya consumado”.



162): “Parece realizável a hipótese de tentativa, em face do “novo conceito acolhido no Código vigente (art. 56), pelo “qual não são excluídos os atos preparatórios. Portanto, “desde que a ação se concretize em atos inequívocos e idôneos dirigidos a ato libidinoso, poderá aplicar-se ao fato a “sanção da tentativa.” Não é preciso, porém, que se incluam no conceito da tentativa os *atos preparatórios inequívocos e idôneos* (que, aliás, na prática, não podem deixar de ser confundidos com os *atos executivos*), para chegar a essa conclusão. O crime não é o ato libidinoso, *tout court*, mas o *ato libidinoso mediante violência*. Violência e libidinagem estão em íntima relação de causa a efeito. A violência dirigida inequivocamente à libidinagem não é ato preparatório, mas executivo do crime em questão. Se é interrompido o *iter* entre a violência e o ato libidinoso, não chegando este a concretizar-se, há inquestionavelmente tentativa de atentado violento ao pudor. Tome-se, por exemplo, o caso figurado por CRISÓLITO DE GUSMÃO: o agente, num assomo de estuante lascívia, empolga violentamente uma mulher, procurando levantar-lhe as vestes; mas, aos gritos da vítima, acodem outras pessoas, frustrando-se o intento do sátiro. Ora, ninguém poderá deixar de reconhecer aí uma tentativa do crime previsto no art. 214.

Ao contrário do Código Rocco, o nosso não acolheu o critério de punir a tentativa do estupro como atentado violento ao pudor. O nosso legislador de 40 não transigiu com a lógica para conjurar, com essa solução, inconvenientes de ordem prática. Se é manifesto o fim de conjunção carnal, e esta não se realiza, por circunstâncias independentes da vontade do agente, o que se tem a identificar é o estupro tentado. Alega-se em favor do critério do Código italiano que ele suprime a indagação, nem sempre fácil, sobre o escopo do agente e evita que a tentativa de estupro, ainda quando acompanhada de *praeludia* libidinosos, seja punida menos severamente que o atentado violento ao pudor. Ora, a preocupação de afastar a dificuldade de prova não pode autorizar que, aprioristicamente, se *finja* uma entidade criminal

em lugar de outra. E quanto ao segundo argumento, é de ponderar que o juiz, com o seu relativo arbítrio, pode evitar que a minoração da pena, no caso de estupro simplesmente tentado, importe um *quantum* inferior ao que seria aplicado na hipótese de atentado violento ao pudor.

## POSSE SEXUAL MEDIANTE FRAUDE

Posse sexual  
mediante  
fraude

**Art. 215.** *Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude:*

*Pena — reclusão, de um a três anos.*

*Parág. único.* *Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos:*

*Pena — reclusão, de dois a seis anos.*

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: alemão, § 179; dinamarquês, art. 221; húngaro, § 245; norueguês, § 194; italiano, art. 519, 2.<sup>a</sup> al., 4.<sup>o</sup>; polonês, art. 204; português, art. 393; belga, art. 375; argentino, art. 121; uruguaio, arts. 272, 2.<sup>a</sup> al., e 275, 2.<sup>a</sup> al.; espanhol, art. 436; boliviano, arts. 566 e 568; colombiano, art. 319.

**BIBLIOGRAFIA** — MANZINI, *Trattato*, V, págs. 276-278; GARÇON, *Code Pénal Annoté*, pág. 846; CHAUVEAU ET HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 4.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1.419; GARRAUD, *Traité*, V; CARRARA (F.), *Programma*, p.e., II; GÓMEZ (Eusébio), ob. cit.; SALVAGNO CAMPOS, ob. cit.; MOLINARIO (Alf.), *Derecho Penal (El libro II del Cód. Penal argentino)*, 1944; DÍAZ (Emílio), *El Código Penal*, 1928; MITTERMAYER, in *Vergleichende Darstellung*, bes. Teil, IV; VAN CALKER (Fritz), *Strafrecht*, 1927, pág. 127; MAGALHÃES NORONHA, ob. cit.; BENTO DE FARIA, ob. cit.; BRASIL AMERICANO, ob. cit.; BENI CARVALHO, *Crimes contra a religião, os costumes e a família*, págs. 133 e segs.; CALOGERO, ob. cit.; ALIMENA (B.), ob. cit.; TUOZZI, ob. cit.; POZZOLINI, ob. cit., VON LISZT, *Tratado de Direito Penal*, trad. port. de JOSÉ HIGINO, II; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, § 107; HAFTER, ob. cit., pág. 128; VIVEIROS DE CASTRO, *Os delitos contra a honra da mulher*, ed. de 1932; CRISÓLITO DE GUSMÃO, *Dos crimes sexuais*, ed. 1945, págs. 276-277; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, p. e., pág. 449; ROMEIRO, *Dicionário de Direito Penal*, pág. 110; STOOS (Karl), *Die Schweizerischen Strafgesetzbucher*, 1890; FRANK, *Kommentar des Strafgesetzbuches*, 1903; WULFFEN, ob. cit.; FONTAN BALESTRA, *Delitos sexuales*, 1945.

## COMENTARIO

42. **Precedentes históricos.** A incriminação da posse sexual mediante fraude não é de data recente. Já os práticos equipavaram ao *stuprum violentum* o *stuprum per fraudem*. Segundo informa VON LISZT, a “captação para a cópula por meio de engano”, já figurava no direito prussiano de 1620. Com o advento das codificações penais, ora se destacaram, para a incriminação, certas hipóteses de fraude sexual, ora foi adotada uma fórmula genérica. O Código espanhol de 1822 (art. 686) incriminava a cópula obtida mediante *substituição de pessoa*. O Código toscano (1853) incriminava especialmente o fato de quem seduz uma *donna libera* mediante *simulação de matrimônio*. O Código do cantão de Lucerna (1861) equiparava ao estupro presumido (*Schändung*) o fato de quem, “mediante simulada celebração de casamento ou por outra fraude, induz alguma mulher a um erro tal que a faça prestar-se à cópula, supondo-a legítima” (“*Wer durch vorgespiegelt Trauung oder durch andern Betrug eine Weibsperson in einen solche Irrtum versetzt, in welchem sie sich zu dem gestatten Beischlafe für verpflichtet halten muss*”). Idêntica disposição continham os Códigos dos cantões de Basileia (1873), Zug (1877), Solothurn (1866), Neumburg (1889) e Zurique (1871). Este último limitava-se a uma fórmula genérica (art. 114): “Incorre na pena de estupro presumido” (*Schändung*) também aquele que induz uma mulher a prestar-se à cópula, mediante provocação ou aproveitamento de “erro que a faça supor legítimo o concúbito.” O Código alemão (1870), no seu § 179, depois de destacar o caso de simulação de casamento, encerra igualmente uma cláusula genérica (“Aquele que induz uma mulher a prestar-se à cópula, enganando-a com uma simulada celebração de casamento, ou produzindo ou aproveitando algum outro erro que a faça supor legítimo o concúbito, será punido, etc.”). O Código húngaro (1879), § 245, assim dispõe: “Aquele que engana uma mulher, fingindo-se seu marido, e abusa desse erro, para ter com ela cópula carnal, pratica um crime contra o pudor e

“será punido, etc.” (*“Wer einer Frauensperson vorpiegelt, dass er ihr Gatte sei, und deren Irrtum missbraucht, um mit ihr Beischlaf zu pflegen, begeht ein Unzüchtsverbrechen, etc.”*) O Código português (1886) pune como *violação* (correspondente ao *estupro* do nosso Código) o fato de quem “tiver cópula ilícita com qualquer mulher, contra sua vontade, por meio de... qualquer fraude, que não constitua sedução”, devendo notar-se que o precedente Código de 1852 também já se referia, para o mesmo efeito, ao emprego de “meios fraudulentos tendentes a suspender o uso dos sentidos, ou a tirar o conhecimento do crime”. O Código espanhol de 1944 declara, no seu art. 436, que *“el estupro cometido por cualquiera otra persona con una mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, interviniendo engaño, será castigado, etc.”* O Código italiano de 1889 (art. 331, 2.<sup>a</sup> al., 4.<sup>o</sup>) equiparava à *violenza carnale* a cópula mediante meios fraudulentos que reduzissem a vítima à incapacidade de resistir, e a jurisprudência entendia incluída entre esses meios a ardilosa “substituição de pessoa”. O Código Rocco (1930) expressamente considera *violenza carnale* a conjunção com pessoa que “tenha sido levada a engano, fazendo-se o agente passar por outra pessoa” (art. 519, 2.<sup>a</sup> al., 4.<sup>o</sup>). O Código norueguês (1903), § 194 (trad. franc. de VAN SWINDEREN), assim preceitua: *“Quiconque arrive par surprise à partager la couche d’une autre personne en se faisant passer pour époux et quiconque facilite cette fraude est puni, etc.”* O Código dinamarquês (1930) dispõe, no seu art. 221 (trad. franc. de SCHROLL-GAUTRIES), que *“est passible d’emprisonnement, etc.... celui qui obtient par ruse d’avoir des relations sexuelles avec une femme, qui, à tort, se croit unie à lui par un mariage valable, ou qui confond le coupable avec un autre”*. O Código polonês (1932) equipara a cópula *per vim* à obtida *per fraudem* (artigo 204, § 1.<sup>o</sup>). Na França, a jurisprudência tornou-se pacífica no sentido de equiparar ao *viol* a cópula obtida *par supercherie*.

Na América, o Código boliviano (de 1834) pune, a título de *estupro alevoso*, *“el que abusare deshonestamente de mu-*

*jer casada o desposada haciéndole creer sinceramente por medio de algun engaño o ficción bastante para ello, que es su marido o su esposo*" (art. 566) e "*el que abusare deshonestamente de una mujer no ramera, conocida como tal, engañándola real y efectivamente por medio de un matrimonio fingido, y celebrado con las apariencias de verdadero*". O antigo Código colombiano (1891) repetia os dispositivos do Código boliviano (arts. 715 e 718); mas o atual (de 1936) limita-se a falar em "*maniobras engañosas o supercherías de cualquier género*" (art. 319). O Código argentino (1921) pune "*al que abusare del error de una mujer fingiéndose su marido y tuviere con ella acceso carnal*". O Código uruguaio (1934) presume a violência no caso em que a conjunção carnal se efetue "*con fraude, sustituyéndose el culpable a otra persona*" (artigo 272, 4.º), e equipara à sedução o fato de quem, "*mediante simulación de matrimonio, efectuar dichos actos* (conjunção carnal em sentido amplo) *com mujer doncella mayor de veinte años*" (art. 275, 2.ª al.).

No Brasil, os Códigos de 1830 e 1890 não conheciam como entidade criminal autônoma a posse sexual mediante fraude. O primeiro Código republicano limitava-se a incluir a *fraude* entre os meios de captação da vontade de mulher virgem (maior de 16 e menor de 21 anos) para se deixar *deflorar* (art. 267). VIVEIROS DE CASTRO defendeu a classificação da fraude sexual (quando não constituísse *defloramento*) sob a rubrica de *estupro*, mas, dado o conceito restritivo que a este atribuía (como o atual) o Código revogado (art. 289), era manifesta a inviabilidade de semelhante solução. O Projeto SÁ PEREIRA não cogitava do malefício em questão. Já o mesmo não acontecia com o Projeto ALCÂNTARA: desde a sua primeira edição, considerava o fato modalidade do *estupro* (artigo 283). A Comissão Revisora, porém, destacou a hipótese, alheando-a ao quadro do *estupro*, de modo a constituir crime *per se stant*. COSTA E SILVA, no seu trabalho de super-revisão, assim apoiou esse critério, ao tratar do dispositivo sobre o *estupro*: "Reduziu a revisão os meios pelos quais podia o crime ser cometido. Excluiu o engano ou fraude do Projeto



“ALCÂNTARA. A meu ver, fez bem. As duas hipóteses (a de “*violência*” e a de *fraude*) divergem em seu valor. A primeira “(a de *violência*) se reveste de maior gravidade.”<sup>37</sup> Na sua segunda edição, o Projeto ALCÂNTARA afeiçoou-se, em parte, ao ponto de vista da revisão: diminuiu especialmente a pena cominada à conjunção carnal *per fraudem*, embora persistindo no erro de considerá-la uma subespécie do estupro.<sup>38</sup>

43. **Legitimidade da incriminação.** Já acentuamos que o interesse jurídico da liberdade sexual é lesado não somente quando alguém é *violentado* (física ou moralmente) à prestação carnal, senão também quando *iludida* a vontade contrária do sujeito passivo. Não se pode dizer *livre* o consenti-

<sup>37</sup> MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., págs. 116 e segs.) censura o Código por ter punido menos gravemente o estupro que a conjunção carnal fraudulenta, deixando, assim, de imitar o modelo italiano. Seja-nos lícito antepor aos seus argumentos apenas este irrefutável raciocínio de JOSÉ PECO (*Exposição de motivos* do Projeto de Código Penal, 1941, pág. 342), ao defender o tratamento menos rigoroso da ardilosa “substituição de pessoa” (caso único em que, no seu notável projeto, é incriminada a conjunção carnal *per fraudem*), em cotejo com o crime de *violación* (correspondente ao *nomen juris* “estupro”, do nosso Código): “*El que penetra en el lecho de una mujer, sustituyéndose a otra persona, mediante artulugios fraudulentos, no puede parangonarse con un violador. La violación es un delito que muestra brutalidad, por el medio empleado, la edad de la víctima, o por su estado mental, psíquico o físico. La sustitución engañosa es un delito que muestra temeridad acaso perversidad, pero la habilidad del medio, más arrimado a los expedientes sutiles del estupro (sedução), es inconciliabile con el salvagismo de la violencia.*”

<sup>38</sup> BENI CARVALHO (ob. cit., pág. 133) entende que o art. 215 está deslocado, pois não é senão uma modalidade de estupro. O equívoco é manifesto. *Estrupro*, segundo a tradição do nosso direito penal (mantida pelo Código de 40), é a cópula mediante *violência*, que pode ser *real* ou *presumida*. Ora, se não se inclui o emprego de *fraude* entre os casos de *violência presumida* ou *ficta*, é claro que a “posse sexual mediante fraude” se destaca inteiramente do estupro. Estruturalmente, a posse sexual fraudulenta diverge do estupro: não somente pelo meio empregado, como também em relação ao sujeito passivo, que na primeira (ao contrário do que ocorre no segundo), só pode ser a *mulher honesta*.

mento captado por uma falsa representação dos fatos. Embora, sob certo ponto de vista, seja a antítese da violência, a fraude pode ser tão eficiente quanto esta na consecução de um fim ilícito. Ao invés do ataque brutal, que reduz a vontade contrária, a fraude, com sua *faccia d'uomo giusto*, previne ou contorna o dissenso da vítima, induzindo-a a erro, fazendo-a supor uma situação que, se realmente ocorresse, não suscitaria a sua repulsa. Tão ilícita é a fraude quanto a violência, e se ambas são idôneas para o êxito do malefício, não se justificaria que a lei penal, incriminando a conjunção carnal violenta, deixasse impune a posse sexual mediante fraude. GARRAUD (ob. cit., pág. 68), argumentando perante a lei francesa, assim defende a identidade entre o estupro violento e a posse sexual fraudulenta: "*Si l'on admet, en effet, que la loi incrimine, sous la qualification de viol, toute conjonction illicite, sans le consentement de la femme, il est difficile de croire que celui qui profite d'une surprise, d'une erreur matérielle de la victime pour satisfaire sa lubricité, ne commette pas un viol.*" HAFTER (ob. cit., pág. 128) entende que a incriminação na espécie, embora perfeitamente admissível, dificilmente corresponderá a uma necessidade prática, dada a raridade dos casos. O fato, porém, não é assim tão raro, notadamente sob as formas clássicas da "substituição de pessoa" e "simulação de casamento". Além disso, é bem de ver que a infrequência de um malefício não é razão para que se deixe de incriminá-lo.

É de convir, entretanto, que o emprego de meios *iludentes* apresenta menor gravidade que o emprego dos meios *violentos*. A violência é um resíduo de primitivismo, é o chocante arbítrio da força; enquanto a fraude é um jogo de inteligência e astúcia, infenso à grosseria despótica ou ao derrame de sangue. O leão rompente é bem mais temível que a raposa matreira. Sem dúvida alguma, a conjunção carnal *per fraudem* deve ser menos severamente punida que o estupro, do mesmo modo que o estelionato é menos rigorosamente apenado que o roubo ou a extorsão.

**44. Elementos constitutivos.** A posse sexual mediante *fraude* (*Erschleichung des ausserehelichen Beischlafs*, *accessus carnalis fraudulento*, *estupro alevoso*, *congiunzione carnale abusiva*) é integrada pelos seguintes elementos: a) conjunção carnal; b) honestidade da vítima; c) engano desta por meio de fraude; d) dolo específico.

*Conjunção carnal*, como já ficou acentuado (n.º 33), é a cópula normal, a *intromissio penis in vaginam*. Assim, o sujeito passivo do crime só pode ser pessoa do sexo feminino (do mesmo modo que o sujeito ativo há de ser, necessariamente, um homem).

A vítima deve ser *mulher honesta*, e como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos *bons costumes*. Só deixa de ser *honestas* (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que, inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda que não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher *fácil*, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (*cum vel sine pecunia accepta*). Não perde a qualidade de honesta nem mesmo a amásia, a concubina, a adúltera, a atriz de cabaré, desde que não se despeça dos banais preconceitos ou elementares reservas de pudor. A proteção penal da liberdade sexual contra a fraude deixa de beneficiar a mulher desonesta não porque esta haja decaído do direito de livre disposição do próprio corpo (pois, de outro modo, não se compreenderia que pudesse ser, como já vimos, sujeito passivo do crime de estupro), mas porque, em tal caso, o coito fraudulento não tem relevo suficiente para ingressar na esfera da ilicitude penal. O legislador, aqui, absteve-se, como o pretor romano, de cuidar *de minimis*.

A característica central do crime previsto no art. 215 é o emprego da fraude. Pode dizer-se que se trata do *estelionato sexual*. De modo geral, *fraude* é a maliciosa provocação ou aproveitamento do erro ou engano de outrem, para consecução de um fim ilícito. Nem toda fraude, porém, constitui

*material* da entidade criminal em questão. Não bastam, assim, as meras *sugestões verbais*: é preciso o emprego de artifícios, de estratégias, uma situação de fato ou uma disposição de circunstâncias (*mise en oeuvre* de coisas ou pessoas) que torne insuperável o erro. Não é de confundir-se o engano obtido pela *sedução* com o engano a que, na espécie, é induzida a vítima. As *blanda verba*, os *allectamenta*, as *dolosae promissiones* nada têm a ver com a *fraus* necessária à configuração do crime de que ora se trata, pois não ofendem, sequer indiretamente, a liberdade sexual. As circunstâncias devem ser tais, que a mulher se engane sobre a identidade pessoal do agente ou sobre a legitimidade da conjunção carnal a que se preste. Os casos clássicos são o do indivíduo que, na obscuridade da alcova, se insinua no leito de uma mulher, fazendo-se passar por seu marido ou amante, e o da simulada celebração de casamento com a vítima. Alguns Códigos limitam-se a estes dois casos ou a um só deles. Outros casos, porém, podem ser figurados ou já estão mesmo consignados em repertórios de jurisprudência. VIVEIROS DE CASTRO (ob. cit., pág. 81) menciona o caso, ocorrido em França, de um indivíduo que, aproveitando-se de sua semelhança com outro, que desaparecera do lar, fez-se passar por ele e conseguiu viver com sua esposa durante três anos seguidos. Mesmo entre nós, segundo reporta o citado VIVEIROS, um curandeiro, no Maranhão, “deflorou várias moças rústicas e ignorantes, que, “doentes, iam procurá-lo, persuadindo-as que tinham no “ventre baratas, aranhas, etc., e que era necessário, para “expulsão desses bichos e, portanto, para o seu restabelecimento, tal meio de cura, processo que empregava entre cerimônias ridículas, mas que impressionavam essas pobres “mulheres”. Não deixaria de enquadrar-se igualmente no art. 215 o seguinte caso (também referido por VIVEIROS), tendo-se em atenção o grau de rusticidade da vítima: no Rio Grande do Sul, certo indivíduo, para deflorar uma moça honesta, de uma família de campônios, fez-se seu noivo e, a seguir convencendo-a (a ela e à sua família) de que só o casa-

mento pela Igreja era permitido por Deus, e incorreria em excomunhão papal quem casasse pela lei civil, conseguiu que só se celebrasse a cerimônia religiosa e pôde, assim, realizar seu infame intento. MOLINARIO (ob. cit., pág. 263) figura o caso do *casamento por procuração*, desconhecendo-se mutuamente os cônjuges, e acontecendo que outro indivíduo, que não o marido, se apresente arditosamente como tal.

É também de incluir na casuística da posse sexual fraudulenta o fato de quem se aproveita do estado de semi-sonolência de uma mulher, que, pelo hábito de relações sexuais com o marido ou amante, *toma a nuvem por Juno* e não se alarma à *introductio penis*, senão quando vem a despertar inteiramente (não se devendo, porém, esquecer o velho adágio: *non omnes dormiunt qui clausos habent oculos...*).

No caso de *substituição de pessoa*, não é necessário que o agente finja ser *marido* da paciente, como exige, por exemplo, o Código argentino (exigência já abolida no Projeto Peco). A adúltera e a concubina, que se não possam qualificar de *desonestas* (no sentido legal), são, também elas, tuteladas contra a fraude na sua liberdade sexual. O que é imprescindível, como diz MANZINI, é o erro sobre a identidade pessoal do sujeito ativo (sendo irrelevante o erro sobre o seu *nome* ou *estado civil*), de modo que este vem a ser tomado por pessoa outra, a quem a vítima, legítima ou ilegítimamente, não teria recusado o amplexo sexual. O erro da vítima deve ser de molde a excluir qualquer *dúvida* sobre a inculcada identidade pessoal do agente, pois, caso contrário, estaria a mulher agindo por sua conta e risco. Igualmente inexistiria o crime, se, percebendo supervenientemente o engano, a mulher deixasse de reagir.

A fraude (tal como acontece no estelionato) tanto se apresenta quando o agente tem a iniciativa de provocação do erro, como quando se aproveita do erro provocado por terceiro ou de erro espontâneo da vítima. MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 113) propõe o seguinte caso: uma mulher, hospedada num hotel, penetra distraidamente em quarto que não é o seu e, na escuridão reinante, supõe que o homem deitado



no leito é o seu marido e, não desenganada pelo tratante, deixa-se possuir por ele. Sem dúvida, esse *profiteur* estaria incurso no art. 215.

Finalmente, quanto ao elemento subjetivo, consiste ele na vontade conscientemente dirigida ao emprego de fraude (como meio) e à obtenção de posse sexual de mulher honesta (como fim).

**45. Consumação e tentativa.** Tudo quanto se disse sobre o grau de realização do estupro pode ser aplicado à posse sexual *per fraudem*, pois que, quer num, quer noutro caso, o fim do agente é o mesmo, isto é, a conjunção carnal. A realização desta é o *momento consumativo*. Se, antes da introdução do pênis *in vaginam*, a vítima percebe o engano, e o agente é impedido de prosseguir, dá-se a tentativa (posto que inequivocamente revelado pelas circunstâncias o fim de conjunção carnal).

**46. Caso qualificado.** Se o crime é praticado contra “mulher virgem menor de 18 e maior de 14 anos” apresenta-se uma *condição de maior punibilidade* (parág. único do art. 215): o tempo de reclusão de um a três anos (cominada no caso simples), passa a ser de dois a seis anos. Não incluída a *fraude* no conceito do crime de *sedução* (como fazia o Código de 90), que não se considera atentatória da liberdade sexual, o Código de 40 estava adstrito a destacar essa hipótese, para especial aumento de pena, dada a sua evidente maior gravidade, quer em cotejo com a sedução (art. 217), quer em relação ao *tipo fundamental* da posse sexual mediante fraude. A *virgindade* a que a lei se refere é tão-somente a *física* (pois a *virgindade moral* ou *inocência sexual* só é *especialmente* protegida no art. 218). A vítima deve ser *virgo honesta*, mas não é exigido que seja moralmente impoluta. Se não é maior de 14 anos, o crime passa a ser o de estupro, por *presunção* de violência (art. 244, a).

## ATENTADO AO PUDOR MEDIANTE FRAUDE

Atentado  
ao pudor  
mediante  
fraude

*Art. 216. Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:*

*Pena — reclusão, de um a dois anos.*

*Parág. único. Se a ofendida é menor de 18 e maior de 14 anos:*

*Pena — reclusão, de dois a quatro anos.*

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: norueguês, § 198; polonês, art. 204, § 1.º; dinamarquês, art. 224; italiano, art. 521, comb. com o art. 519, 2.ª al., 4.º; uruguaio, art. 273, comb. com o art. 272, 4.º.

**BIBLIOGRAFIA** — SALVAGNO CAMPOS, ob. cit.; MANZINI, ob. cit.; MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., págs. 125-127; BENTO DE FARIA, ob. cit., págs. 38-40; BRASIL AMERICANO, ob. cit., págs. 105-108; BENI CARVALHO, *Crimes contra a religião, os costumes e a família*, págs. 140 e segs.; SEVERINO (Jorge), *Código Penal*, vol. 4, págs. 97-99; FONTAN BALESTRA, *Delitos sexuales*, 1945.

## COMENTARIO

**47. Precedentes.** Como entidade criminal autônoma e na amplitude de conteúdo com que figura no art. 216, o atentado ao pudor mediante fraude era desconhecido da nossa legislação penal anterior ao Código vigente. Perante o Código de 90, a prática de ato libidinoso *per fraudem* só podia ser punida como modalidade da “corrupção de menores”, se a vítima fosse maior de 16 e menor de 21 anos, ou do “atentado violento ao pudor”, se o sujeito passivo fosse menor de 16 anos. O Código de 40 entendeu de perfilar na espécie um crime *a se stante* e com suficiente latitude de conceito, para que não ficasse, desarrazoadamente, sem proteção da lei, quando vítimas de fraudulenta libidinagem, as mulheres que já atingiram a maioridade penal, passando, no entanto, a ser *condição de maior punibilidade* a circunstância de ser a vítima

menor de 18 e maior de 14 anos (abaixo deste limite, o crime se desloca para o art. 214, por presunção de violência).

Inspirou-se o legislador pátrio, principalmente, nos Códigos Penais norueguês, dinamarquês e polonês. Dispõe o primeiro, no § 198 (trad. franc. de VAN SWINDEREN): *“Quiconque à l'aide d'artifices spécialement astucieux amène une personne à des relations immorales, est condamné, etc... Si la personne ainsi excitée à la débauche n'a pas 18 ans accomplis, ou si agée de 21 ans, elle est encore sous la surveillance ou l'autorité du coupable, la peine est, etc.”* O Código dinamarquês, depois de punir com prisão até seis anos, a cópula sexual mediante fraude (com “substituição de pessoa” ou “simulação de casamento”), declara, no art. 224, que *“s'il est question d'actes immorales, immoraux autres que les relations sexuelles, la peine à appliquer sera proportionnellement atténuée”*. O Código polonês (art. 204, § 1.º), finalmente, equipara à violência carnal o fato de quem *“à l'aide de ruse amène une autre personne à supporter un acte de débauche ou à exécuter tel acte”*.

**48. Elementos constitutivos.** Os *essentialia* do atentado fraudulento ao pudor podem ser assim escandidos: a) ato libidinoso diverso da conjunção carnal ou não dirigido a esta; b) honestidade da vítima; c) induzimento desta a engano, mediante fraude; d) dolo específico.

Quanto aos elementos *sub a, b e c*, vejamos-se, respectivamente, ns. 39 e 44. Não é de causar espécie o critério adotado pelo Código, de admitir como sujeito *passivo* do crime em questão somente a *mulher* (diversamente do que ocorre com o “atentado violento ao pudor”, em que a vítima tanto pode ser do sexo feminino como do masculino). Todos os casos conhecidos de fraude dirigida a fim libidinoso (veja-se n.º 44) pressupõem, no sujeito passivo, pessoa do sexo feminino. Esta, a razão decisiva, embora outras considerações possam ser aduzidas em defesa do aludido critério. MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 126) assim disserta: “Cremos “que o legislador foi levado a excluir o homem da proteção

“do artigo em apreço (art. 216) considerando primeiramente a maior dificuldade de ele ser fraudado. Em segundo lugar, porque, na violência, pela brutalidade do quadro, pela flagrante ofensa à liberdade do indivíduo, o crime não admite distinção baseada no sexo do ofendido. Mas, na presente espécie, já não se dá o mesmo. O crime não se apresenta com seus contornos e característicos tão nítidos e de apreciação tão simples: trata-se agora da fraude, de uma luta de inteligências, difícil sendo acreditar que um homem, por ignorante e atrasado que seja, possa, fraudado, praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso. Além disso, não falta tutela ao homem até o ponto em que ela se deve apresentar. Se for menor de 14 anos, o crime, tal seja a sua materialidade, poderá ser atentado ao pudor (pela presunção do art. 224, *a*). Se for maior de 14 e menor de 18, será possível a capitulação no art. 218, como corrupção de menores... Acima desse limite, torna-se quimérica a possibilidade do crime, e seria mesmo demasia a lei preocupar-se com a defesa sexual do homem, depois dessa idade.”

JORGE SEVERIANO (ob. cit., pág. 97) entende que o sujeito *ativo* do atentado fraudulento ao pudor tanto pode ser um homem como uma mulher. Será difícil verificar-se, na prática, a hipótese de uma mulher exercendo o papel *ativo*, mas não é irrealizável. Suponha-se que uma *lésbica* (da qual não se possa dizer que seja *desonesta*, no sentido da lei) seja fraudada por outra, que, na escuridão da alcova, se faça passar pela *amiguinha* habitual. Ter-se-ia, aqui, sem dúvida, de reconhecer o crime.

Se pouco viável, na espécie, é a atuação *executiva* de uma mulher, já não o será sua intervenção como *auxiliar* ou *instigadora* da fraude.

O verbo “induzir”, usado na redação do art. 216, tem dado margem a sério equívoco de exegese. MAGALHÃES NORONHA e BENI CARVALHO, abstraindo que esse verbo tem de ser entendido em função do resto do período, opinam que ele pode significar até mesmo o simples ato de *aconselhar*, independente-



mente da efetiva realização do ato libidinoso. Não é exato. O *induzimento* tem de ser feito mediante *fraude*, e esta, evidentemente, não se concretiza com meros *conselhos* ou sugestões verbais. Não se trata apenas de *induzir*, mas de *induzir fraudulentamente*. E se não se segue o ato libidinoso, ou seja, se a vítima não se deixou *fraudar*, como se pode dizer que ficou *induzida*? Ou o ato libidinoso se realiza, e o crime se consuma; ou não se realiza, e ter-se-á, quando muito, segundo as circunstâncias, uma simples *tentativa*. Não se pode confundir o induzimento com a tentativa de induzimento. *Induzir*, no texto do art. 216, não pode ter outro sentido senão o de “levar a”, “mover a”, pois, de outro modo, conduziria *ad absurdum*.

O atentado fraudulento ao pudor só se distingue do atentado violento ao pudor quanto ao meio empregado e quanto à exclusividade da mulher como sujeito passivo. Tanto num quanto noutro, o *momento consumativo* é a efetuação do ato libidinoso.

BRASIL AMERICANO (ob. cit., pág. 107) figura a hipótese de um indivíduo que, na penumbra de uma sala de cinema, senta-se ao lado de uma “pequena” e, fingindo-se o esperado namorado, obtém que ela, enganada, se deixe *bolinar*. E conclui: “É verdade que, nesse caso, a figura objetiva se estampa nitidamente, porém falta-lhe um elemento essencial para integrar o crime: a honestidade da mulher. Creio que não se pode ter como honesta a moça que permite tais *intimidades*.” Ora, a hipótese é perfeitamente possível, e não padece dúvida que constituiria o crime em questão. A tolerância de *avances* de um namorado, na discreta escuridão do cinema, não acarreta, só por si, a *desonestidade* de uma moça sob o prisma jurídico-penal. Quando a lei fala em *mulher honesta* não quer significar uma *vestal* ou um padrão ideal de castidade, pois, de outro modo, teria sido editada para outro mundo que não o terráqueo.

No tocante ao elemento “dolo”, especifica-se ele pelo fim do agente: é a vontade dirigida ao *fim de ato libidinoso diverso da conjunção carnal* (nota distintiva entre o crime em



questão e o do art. 215), mediante o consciente emprego de fraude.

**49. Condição de maior punibilidade.** Como já ficou acentuado, constitui *qualificativa* ou “condição de maior punibilidade”, na espécie, a circunstância de ser a ofendida menor de 18 e maior de 14 anos (parág. único do art. 216). Em tal hipótese, não haverá concurso entre o atentado *per fraudem* e o crime de “corrupção de menores”, pois esta é absorvida por aquele, segundo a regra *ubi major, minor cessat*. Se a ofendida não é maior de 14 anos, o crime passa a ser o de “atentado violento ao pudor”, *ex vi* do art. 224, letra *a*.

## CAPÍTULO II

## Da sedução e corrupção de menores

50. **Noção geral.** A lei penal procura assegurar o normal desenvolvimento da vida sexual contra a influência corrosiva da imoralidade e do vício, e em tal sentido ampara a pessoa humana nessa fase de inexperiência, de leviandade, de ávida curiosidade e frouxa inibição moral, que é a juventude. Terreno fácil a todas as lavouras, período em que são deficientes as aquisições éticas, idade do alvoroço dos sentidos, a adolescência não sabe precatar-se contra desejos intempestivamente sugeridos, notadamente no que concerne aos *pecados da carne* ou práticas venusinas. Com uma noção vaga ou abstrata das coisas sexuais, e atraída pelo prestígio de mistério com que estas, na sua *experiência sensível*, ainda se apresentam ao seu espírito, a gente moça não oferece suficiente resistência psíquica à captação ou atração para viagens a Citera e outros sítios de libidinagem. Daí, a intervenção do direito penal, tendente a coibir esse prematuro aliciamento para a depravação e o vício, pois, como diz CALOGERO, “a sociedade tem o máximo interesse em que se não contamine o espírito e o corpo dos adolescentes, e em que sua pureza, base e fundamento da moral familiar e social, não seja inquinada pela dissolução”.

A mulher adolescente é a principal beneficiária da tutela penal. De par com o estado de incorrupção, que procura assegurar aos jovens de qualquer sexo, a lei protege nela, especialmente, a virginidade *física*, que é uma das condições do seu valor social, por isso mesmo que é uma presunção de castidade ou honestidade.

O interesse jurídico que, primacialmente, se resguarda com a incriminação da “sedução” e da “corrupção de menores”, é o da *honra* (honestidade) *sexual*, referida àqueles que ainda não atingiram a plena maturidade psicogenésica.

## SEDUÇÃO

Sedução

**Art. 217.** *Seduzir mulher virgem, menor de 18 anos e maior de 14, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:*

*Pena — reclusão, de dois a quatro anos.*

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: suíço, art. 196; alemão, § 182; dinamarquês, arts. 222 e 223, I e II; polonês, art. 203; austríaco, § 251; português, art. 392; húngaro, § 236; holandês, art. 245; francês, art. 331 (alterado por lei de 13-6-1863); soviético, art. 151; finlandês, XX, 7; turco, art. 200, al. 2.<sup>a</sup>; belga, art. 372; iugoslavo, art. 185; norueguês, §§ 196 e 197; espanhol, arts. 434 a 438; italiano, art. 526; argentino, art. 120; uruguaio, art. 275; mexicano, art. 262; peruano, art. 201; chileno, art. 363; colombiano, art. 319; boliviano, art. 422; venezuelano, art. 379.

**BIBLIOGRAFIA** — HAFTER, ob. cit., § 27; THORMANN e OVERBECK, ob. cit., fasc. 6, págs. 207-209; MITTERMAYER, in *Vergleichende Darstellung*, p. e., IV; VON LISZT, ob. cit., § 106; LISZT-SCHMIDT, ob. cit., § 107; MEYER-ALLFELD, ob. cit., § 143; FRANK (R.), ob. cit., CARRARA, *Programma*, p. e., §§ 1.500 e segs.; CARMIGNANI, ob. cit., §§ 1.144 e segs.; CLARUS (Julius), *Practica Criminalis*, ed. de 1738, verbete *Stuprum*; ZÜRCHER, GAUTIER, THORMANN, CALAME, LACHENAL, in *Protokoll der zweiten Expertenkommission*, III, págs. 193 e segs.; SILVA FERREIRA, *Teoria do Direito Penal*, 7.<sup>o</sup> vol.; LUIS OSÓRIO, *Notas ao Código Penal Português*, 1917; CUELLO CALÓN, ob. cit., págs. 523 e segs.; EUSÉBIO GÓMEZ, ob. cit., págs. 129 e segs.; MOLINARIO (Alf.), ob. cit., págs. 253 e segs.; DÍAZ (Emílio), ob. cit.; JANNITTI-PIROMALLO, ob. cit.; SALVAGNO CAMPOS, ob. cit.; FONTAN BALESTRA, ob. cit.; VIVEIROS DE CASTRO, ob. cit.; GALDINO SIQUEIRA, ob. cit.; BENTO DE FARIA, ob. cit.; MAGALHÃES NORONHA, ob. cit.; BENI CARVALHO, lit. cit.; BRASIL AMERICANO, ob. cit.; D'AGUIAR (Asdrúbal), *Virgindade*, 1924, e *Ciência Sexual*, 1923; SOUSA LIMA, *Medicina Legal*, 1924; EDUARDO DE CARVALHO, *A se-*

dução no crime de estupro, in *Rev. de Direito*, vol. 67, págs. 221 e segs.; CRIVELLARI, ob. cit., pág. 532; CRISÓLITO DE GUSMÃO, ob. cit.; MIGUEL SALES, *Himens Complacentes*, in *Rev. de Direito*, vol. 26, págs. 42 e segs.; AFRÂNIO PEIXOTO, *Elementos de Medicina Legal*, 1910; LEONCINI, *Sessualità*, III, 1924; BROUARDEL, ob. cit.; THOINOT, *Attentats aux mœurs*, 1898; TARDIEU, *Attentats aux mœurs*, 1878; HOFFMANN e FERRAI, *Trattato di Medicina Legale*, I, 1914; CANUTO (G.), *Afrodisiologia*, in *Manuale di Medicina Legale*, de MÁRIO CARRARA, I, 1937; MASCHKA, *Trattato di Medicina Legale*, trad. ital. de GUELFI, vol. 3.º, 1891; FÁVERO (F.), *Medicina Legal*, 1942; HÉLIO GOMES, ob. cit.; HUNGRIA, *Direito Penal*, p. e., II, 1937.

### COMENTARIO

51. **Histórico.** O direito romano punia entre as modalidades do *stuprum* a conjunção carnal não violenta com mulher virgem ou viúva honesta: “*eadem lege Julia etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit*” (Inst., l. 4, tít. 18, de publ. judiciis, § 4.º); e a pena era agravada quando a vítima ainda não era núbil (*nondum viripotens*).

Na Idade Média, chamava-se *stuprum proprium* (para distingui-lo do estupro de viúva honesta) aquele de que resultasse *defloratio*: “*stuprum proprie est illicita virginum defloratio, sub parentum custodia existentium, vel inordinatus concubitus, quo virginis integritas corrumpitur*”. Se a vítima era menor de sete anos (*incapax doli*), presumia-se a violência; se maior de sete e menor de 12, a presunção podia ceder a prova em contrário (*stuprum praesumitur commissum per vim nisi clare probetur contrarium*). Os práticos comparavam ao *stuprum violentum* o que era praticado (contra virgem ou viúva honesta) mediante *sedução*: “*stuprum violentum non tantum dicitur quando intervenit vis, et violentia vera, sed etiam quando interveniunt blanda verba, et allectamenta, ac dolosae promissiones et isto casu etiam punitur poena mortis, qui illa promissio, et seductio est vis interpretativa*” (BAJARDUS, ad JULIUS CLARUS).

Posteriormente, passou-se a considerar a *sedução* uma das circunstâncias *qualificativas* do *stuprum* (quer se tratas-

se de virgem, quer de viúva honesta). Segundo a lição de CARMIGNANI, havia que distinguir entre a sedução *simples* e a *qualificada*, conforme consistisse “em doces e blandiciosas palavras, dádivas e outros meios semelhantes” ou “em uma insigne fraude”.

O antigo Código toscano (art. 290, § 1.º) adotou a teoria da sedução (declarando punível a *qualificada*), mas exigindo o evento “defloração” e a menoridade da ofendida. Depois de destacar o caso de *soleni sponsali*, a cuja fé o agente viesse a faltar sem justa causa, depois de obtida a posse sexual da noiva, empregava a fórmula *fraudi di una seduzione straordinaria*.

CARRARA falava em *estupro com sedução*, mas, tendo em vista o Código toscano, não considerava criminosa a sedução *franca* (sem o substrato do *engano*). Por outro lado, não reputava elemento integrante, na espécie, o *defloramento*, e, chamando “violência carnal” ao estupro *per vim*, reservava o título “estupro” para a “posse sexual (*conscenza carnale*) “de mulher livre (não casada) e honesta, precedida de sedução *real* ou *presumida* (esta quando a vítima fosse impúbere ou mentecapta) e não acompanhada de violência”.

No direito penal contemporâneo, enquanto o estupro violento, via de regra, passou a ser chamado simplesmente “estupro”, o estupro com sedução tomou o nome abreviado de “sedução”.

Entre nós, o Livro V das Ordenações Filipinas (vigorante no Brasil até o advento do Código de 1830) incriminava a conjunção carnal, sem violência, com mulher virgem ou viúva honesta, sendo a vítima menor de 17 anos. O Código do Império, seguindo o mesmo critério, previa o fato de “deflorar mulher virgem, menor de 17 anos” (art. 219) e o de “seduzir mulher honesta, menor de 17 anos, e ter com ela cópula carnal” (art. 224). O primeiro Código republicano (1890) previa, restritamente, o fato de “deflorar mulher de menor idade, empregando sedução, engano ou fraude” (art. 287), ficando abolida a incriminação da genérica “sedução de mulher honesta” do Código monárquico.



52. A fórmula do Código vigente. O nosso legislador penal de 1940, ao perfilar o crime de sedução, alterou sensivelmente o art. 267 do Código anterior. A *Exposição de motivos* do ministro CAMPOS assim disserta sobre o que há de inovação no art. 217: "*Sedução é o nomen juris* que o projeto dá ao crime atualmente denominado "defloramento". Foi repudiado este título, porque faz supor como imprescindível condição material do crime a ruptura do hímen (*flos virginis*), quando, na realidade, basta que a cópula seja realizada com mulher *virgem*, ainda que não resulte essa ruptura, como nos casos de complacência himeneal. O sujeito passivo da *sedução* é a mulher virgem, maior de 14 e menor de 18 anos. Fica, assim, dirimido o ilogismo em que incide a legislação vigente, que, não obstante reconhecer a *maturidade política* e a *capacidade penal* aos 18 anos completos (Constituição, art. 117,\* e Código Penal, modificado pelo Código de Menores), continua a pressupor a imaturidade psíquica, em matéria de crimes sexuais, até os 21 anos. Para que se identifique o crime de *sedução*, é necessário que seja praticado "com abuso da inexperiência ou justificável confiança" da ofendida. O projeto não protege a moça que se convencionou chamar *emancipada*, nem tampouco aquela que, não sendo de todo ingênua, se deixa iludir por promessas evidentemente insinceras."

Ficou mantido, na configuração do crime, o elemento relativo ao precedente *status virginitatis* da ofendida. Não havia razão alguma, decisiva ou relevante, para aboli-lo. A conservação da virgindade física da mulher solteira é um intransigente mandamento dos nossos costumes sociais. Dizia SOUSA LIMA que "a mulher só deve ser reconhecida virgem, ou não deflorada, enquanto guarda inviolado e impoluto o sacramento de sua honra, independente da integridade anatômica das peças que o compõem"; mas a sociedade não entende assim. Dá-se menos importância à inocência do coração do que à integridade da membrana localizada entre a

\* Art. 131 da Constituição atual.

vulva e a vagina. A mulher desvirginada fora do casamento perde o seu valor social. Se alguém a desposa, insciente de sua defloração, o casamento pode ser anulado (Código Civil, art. 219, n.º IV). Pelo menos no Brasil, ainda é bem verdadeiro o antigo provérbio alemão, lembrado por D'AGUIAR:

*“Noch besser wär eines Igels Haut  
Im Bett, als eine leide Braut.”*

(“Antes uma pele de ouriço na cama  
do que uma noiva deflorada.”)

Fiel à tradição do direito pátrio, o legislador de 40 não teria razão para conservar a *sedução* como crime autônomo (isto é, separadamente da *corrução de menores*), se não o limitasse ao ilícito coito com *virgo intacta adolescente*, considerando-o no seu *plus* de gravidade.

CARRARA postulava a exclusão do requisito “virgindade” porque *“spingeva i processi di stupro in tante lubriche e spesso infruttuose investigazioni”*. Bastaria que se exigisse a *honestidade* da ofendida.<sup>39</sup> O famoso professor de Pisa seguia, aliás, a lição de CARMIGNANI, segundo a qual *“si sa oggi che non esiste una fisica verginità”* (! ?) e mais que *“la ispezione delle parti genitali d’una vergine per provare in esse il corpo di questo delitto... è contraria al pudore e ai costumi”* (!!).

Os Códigos atuais, nesse particular, dividem-se em três grupos: os que exigem a virgindade (brasileiro, austriaco, soviético, finlandês, português, chileno, uruguaio); os que se contentam com a *irrepreensibilidade* (alemão, húngaro, peruano), ou *honestidade* (argentino, mexicano, boliviano) ou *inexperiência* (suíço), e, finalmente, os que não fazem referência, sequer, à moralidade da ofendida (norueguês, holan-

<sup>39</sup> CARRARA entendia que o *defloramento* pode ser circunstância que, concorrendo, aumente a quantidade natural e, conseqüentemente, a quantidade política do crime, *“ma dove pur manchi, può sempre aversi lo stupro completo nella sua essenza di fatto”*.

dês, dinamarquês, polonês, italiano, espanhol). Na *Exposição de motivos* do atual Código argentino, assim foi justificada a supressão do elemento "virgindade", substituído pelo de "honestidade": "A virgindade é uma condição muito difícil de comprovar e, tomado o termo em seu sentido técnico, pode existir ou não existir na mulher mais casta e inocente. Com efeito, se ouvirmos os médicos-legistas, a ruptura do hímen, indício de perda da virgindade, pode ocorrer por qualquer acidente e é possível, também, que não se efetue no primeiro concúbito."

"Muito pouco convincentes, porém, são os argumentos infensos ao especial relevo da circunstância "virgindade física". Na época atual, orçaria pelo irrisório dizer-se "lúbrico" ou "contrário ao pudor" o exame médico-legal da menor desvirginada. Afirmar-se que há dificuldade de prova, com alusão aos casos de complacência ou anterior rompimento accidental do hímen, é abstrair que, na grande maioria dos casos, tal dificuldade não existe. A persistente integridade do hímen é excepcional e a sua ruptura accidental é raríssima. E se é difícil, num ou noutro caso, a prova da virgindade, não o é menos a prova da *honestidade*, requisito com que certos Códigos se satisfazem. O mais seguro indício da *honestidade* de uma menor é, precisamente, a sua virgindade. Pode dizer-se que em 90 casos sobre 100 a donzela menor é honesta. A solução justa será, então, conjugarem-se os dois elementos (virgindade e honestidade), privando-se da tutela penal as virgens *prevostianas*. Foi o critério obedecido pelo nosso Código, que, note-se para logo, não deixou sem o amparo legal as menores que, embora já defloradas, se conservem honestas (sob o ponto de vista jurídico) e venham a ser novamente vítimas de sedutores: protege-as o art. 218, que incrimina a *corrupção de menores*. É irrefutável o acerto da solução do Código: a conjunção carnal (*extra matrimonium*) com menor honesta, mas já deflorada, não apresenta maior relevo para ser destacada dentre os *atos libidinosos* do art. 218 e constituir crime *per se stante*.

O abaixamento do limite máximo da idade de proteção (de 21 para 18 anos), não obstante a crítica de certas *mulheres de Lot* (voltadas, contemplativamente, para o passado), correspondeu, sem dúvida alguma, a uma injunção da época contemporânea. O ministro FRANCISCO CAMPOS plenamente o justificou: “Ao ser fixada a fórmula relativa ao crime em questão (*sedução*), partiu-se do pressuposto de que “os fatos relativos à vida sexual não constituem na nossa “época matéria que esteja subtraída, como no passado, ao “conhecimento dos adolescentes de 18 anos completos. A “vida, no nosso tempo, pelos seus costumes e pelo seu estilo, “permite aos indivíduos surpreender, ainda bem não atingida a maturidade, o que antes era o grande e insondável “mistério, cujo conhecimento se reservava apenas aos adultos. Certamente, o direito penal não pode abdicar de sua “função ética, para acomodar-se ao afrouxamento dos costumes; mas, no caso de que ora se trata, muito mais eficiente que a ameaça da pena aos sedutores, será a retirada “da tutela penal à moça maior de 18 anos, que, assim, se “fará mais cautelosa ou menos acessível. Em abono do critério do projeto, acresce que, hoje em dia, dados os nossos “costumes e formas de vida, não são raros os casos em que “a mulher não é a única vítima da sedução. Já foi dito, com “acerto, que, “nos crimes sexuais, nunca o homem é tão algoz que não possa ser, também, um pouco vítima, e a mulher nem sempre é a maior e a única vítima dos seus pretendidos infortúnios sexuais.” (FILIPPO MANCI, *Delitti sessuali*.)

No regime do Código revogado, a jurisprudência, para afeiçoar a lei à realidade social hodierna, já se incumbira de submeter o seu anacrônico art. 267 a uma *exegese evolutiva*. Dizíamos nós, então (*Direito Penal*, parte especial, II, 1937): “Precisamente no tocante ao elemento “sedução”, o art. 267 do nosso estatuto penal está sendo objeto, na hora presente, de uma verdadeira *interpretação adaptativa*. É fora de dúvida que a moça de nossos dias já não é mais aquela cândida

*jeune fille* de 1890, zelosamente preservada na ignorância das maldades do mundo. O ambiente social moderno, com as suas complacências e licenciosidades, apresenta-nos um tipo de moça bem diferente do que era há meio século. A parte as *demi-vierges* de MARCEL PRÉVOST ou as *rapazas* de MARGUERITE, que são teratologias sociais, a moça de hoje não é precisamente aquele *modelo de inocência* que, outrora, nem mesmo sabia defender-se do perigo, por isso mesmo que o não conhecia. A *virgo intacta* de nossos dias está perfeitamente inteirada a respeito do amor como *contato de duas epidermes* e de todas as conseqüências que advêm do abraço sexual, fora do matrimônio. As moças modernas, como observa FILIPPO MANCI, entraram de participar ativamente do vórtice da vida cotidiana, disseminando-se nas oficinas, nas repartições públicas, nas lojas comerciais, e foram eliminando, pouco a pouco, aquela reserva feminina que constituía o seu maior fascínio e traduzia, no mesmo passo, a força inibitória do apurado sentimento do pudor. Subtraíram-se à vigilância e disciplina familiares e fizeram-se precoces na ciência dos mistérios sexuais. A teoria jurisprudencial do engano pela *promessa de casamento* foi frustrada pela diversa e maior experiência das raparigas tipo *post bellum*. Por outro lado, os dispositivos penais em torno dos crimes sexuais vêm-se fazendo, cada vez mais, armas de extorsão e máscaras de especulação. Eis palavras muito justas de MANCI: "... *tante apparenti tragedie di povere inesperte illuse svelano una retroscena di turpitudine, di speculazione, di ricatto, di menzogna, di mercato, e tanti satiri o immorali non risultano che vittime di raggiri e di insidie inconfessabili... E se non ci fossero tanti altri fatti che qui è forse inopportuno esporre, ma che le aule giudiziarie ci insegnano esaurientemente e continuamente, basterebbero questi fatti per convincere tanti moralisti che nei reati sessuali l'uomo non è mai tanto carnefice quanto basti per non essere anche un poco vittima e che la donna non è sempre la maggiore e la sola vittima dei suoi pretesi infortuni sessuali.*" Entre nós, os juízes criminais



não se têm alheado a essas considerações de psicologia social contemporânea e, adotando um conceito rigoroso em torno ao elemento “sedução”, vêm tornando cada vez menos freqüente a aplicação sancionatória do art. 267. O primeiro rebate, no sentido da interpretação adaptativa desse artigo, deu-o Eurico Cruz, um nobre e culto magistrado, que a morte tão cedo arrebatou ao serviço da Justiça. Dizia ele em 1926, numa sentença que se tornou famosa: “Outra era a virginidade sobre a qual, há quase 40 anos, estendia o Código Penal o manto de sua proteção, porque, naqueles tempos de antanho, diverso era o rigor das mães e a tanto não se atrevia o desempenho das jovens. Hoje, os sexos se defrontam, no ambiente de que se gerou o caso de agora, como de igual para igual. Em tudo revelam idêntica afoiteza e ousadia. Quando, nos lugares públicos, dançam, o que se nota é o que já notava o missionário HOLDEN em meio inferior: “No quanto pude observar, a perfeição consiste em serem ambos capazes de pôr em movimento, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo e, desnudados, ao espectador se torna impossível divisar cabeça, tronco, braços, pernas, pés, ossos, músculos, nervos, pele, crânio, cabelos, tudo num mover simultâneo, aos gritos, aos silvos e saltos.” Promessas de casamento nascidas em tais cenários, sendo o casamento a base da constituição da família, nada significam; são apenas o enredo banal donde defluem outros: os passeios de automóvel, as fugidas às casas de tolerância. Queiram, ou não, esta é a realidade dos fatos, e quando tal é a realidade, não há mais a que seduzir, nem porque seduzir, nem para que seduzir.” Merece igualmente transcrição este trecho de sentença do juiz JOSÉ DUARTE, uma das figuras de alto-relevo da Justiça do Distrito Federal: “Para as raparigas modernas não há segredos, nem ingenuidades... A vida moderna, com os seus exageros, os noticiários escandalosos dos jornais, as revistas livres, os filmes amorais, as danças lúbricas, as palestras enxertadas de malícia, os romances livres, as *garçonnières*, o luxo e osten-

“ tação das hetairas, os adultérios, a prole natural, tudo isso  
“ já passou pelo crivo do seu conhecimento, de sua censura,  
“ de sua análise e comparação. Acham-se, pois, mais habi-  
“ litadas para a defesa. E se se entregam ao macho, não é  
“ porque tenham sido seduzidas, enganadas na sua ingenui-  
“ dade de donzelas. Eis por que a figura do art. 267 do  
“ Código Penal brasileiro é uma anomalia em face das atuais  
“ condições sócio-morais. Os fatores sociais devem ser apre-  
“ ciados no estudo desse delito, a fim de se evitarem injusti-  
“ ças flagrantes. A ambiência, a educação, o temperamento,  
“ a libidinagem influem consideravelmente, nesses casos,  
“ que não podem ser, sempre, levados à conta de sedução.”

Nos Códigos modernos, via de regra, o limite máximo da idade da ofendida, para o fim da tutela penal, não vai além de 18 anos. Assim, os Códigos dinamarquês, português, suíço e mexicano, fixam o extremo de 18 anos; o alemão, o holandês, o norueguês e o belga, o de 16 anos; o polonês e o argentino, o de 15 anos; o francês, o de 13 anos. O Código soviético exige que a ofendida não tenha atingido a maturidade sexual. Dos Códigos mais recentes, ao que nos consta, os únicos que vão além do limite de 18 anos são o peruano (21), o italiano (21) e o uruguaio (20).

**53. Conceito. Elementos constitutivos.** *Sedução*, em sentido lato, é o emprego de meios não violentos para corromper sexualmente uma mulher, tornando-a acessível aos desejos lúbricos do agente. O *momento* da sedução, como adverte HARTER, pode apresentar-se em vários crimes sexuais; mas a lei especialmente o considera quando se trata da persuasão da virgem adolescente para a *conjunção* carnal (se o fim do agente é a prática de outro ato libidinoso, o crime a configurar-se é o de *corrupção de menores*). Em tal caso, a *sedução* passa a ser o próprio *nomen juris* do crime, que, em face do nosso Código, pode ser definido como o fato de quem, aliciando (seduzindo) mulher virgem, maior de 14 e menor de 18 anos, com aproveitamento de sua inexperiência ou justificável confiança, tem com ela *conjunção* carnal.

São, assim, elementos essenciais do crime: a) emprego de meios de sedução, com abuso da inexperiência ou justificável confiança da mulher; b) desvirginamento mediante conjunção carnal; c) idade da ofendida entre 14 e 18 anos; d) dolo específico.

A sedução,<sup>40</sup> como meio de captação do consentimento da ofendida, pode ser *simples* ou *qualificada* pelo engano, excluído o emprego de *fraude* (*mise en oeuvre* de fatos ou coisas para induzir a ofendida a tomar *aliud pro alio*), pois neste caso o crime será o do art. 215, parág. único, mais severamente punido (veja-se n.º 44). A sedução simples é o meio *franco* de obtenção do proveito genésico. Não a lastreia qualquer artifício iludente. É o aliciamento da frágil vontade da menor por obra exclusiva da sugestão, da insinuação, da instigação, da excitação. É a súplica perseverante, a blandícia envolvente, o reiterado protesto de amor, a frase madrigalesca, a linguagem quente do desejo insatisfeito, a carícia persuasiva, a hábil *comunicação* da volúpia, o prelúdio excitante dos beijos, os contatos gradativamente indiscretos. Numa palavra: é a arte de *Don Juan*. Na desintegração do pudor de uma jovem donzela, tais suasões e enlevos não são menos influentes que os enganos, a fé púnica, as falsas juras de reparação do mal. Comentando o art. 392 do Código Penal português, EDUARDO DE CARVALHO assim se exprime: “O pedido, a blandícia, o influxo desnorteante de “outra mais exigente sexualidade são por si elementos de

<sup>40</sup> O emprego do verbo “seduzir” no texto do art. 217 foi, no seio da Comissão Revisora do Projeto ALCÂNTARA, reclamado por COSTA E SILVA. Era esta a redação primitiva (na primeira fase do Projeto revisto): “Abusar da inexperiência ou justificável confiança de mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos, tendo com ela conjunção carnal.” Ponderou o saudoso penalista, a propósito do capítulo sobre “sedução e corrupção de menores”: “Chamando-se de “sedução a primeira das figuras criminais aí descritas, era natural “que no respectivo conceito entrasse a idéia (a sedução). Veja-se “quão mais perfeito é o modelo suíço: “*Wer eine Unmündige... durch Missbrauch ihrer Unerfahrenheit und ihres Vertrauens zum “Beischlaf verführt...*”

“sedução. Aí já há responsabilidade do estuprador.<sup>41</sup> Obteve, porque lembrou, excitou, desvairou e impeliu ao ato genésico. Conseguiu, porque desnormalizou, despertando os pruridos latentes da natural voluptuosidade, o pudor e a inocência de sua vítima.”

Defendendo a equiparação, sob o ponto de vista jurídico-penal, entre sedução simples e sedução qualificada, acrescenta o escritor lusitano: “Se assim não fosse, a que ficaria reduzido o favor da lei à inexperiência da donzela menor? A uma proteção hipócrita. Ela ficava desonrada, e talvez pervertida, e o Lovelace vanglorioso e impune, a moral conspurcada e a tutelação social da virgem uma irrisória e cruel inutilidade.”

Em apoio dessa tese já assim nos pronunciávamos, no regime do Código anterior: “Com a justeza deste raciocínio, entretanto, não se compadece a opinião dos que rejeitam o discrimine entre sedução simples e sedução com engano, para defenderem a impunidade dos sátiros, talvez os mais perigosos, que, para se insinuarem no ânimo de suas vítimas, dispensam a trica de uma promessa de casamento ou qualquer outro embuste. Certo, deve-se recusar a proteção legal à virgem impudica e fácil, à *garçonne qui petit a malo*, à mercadora da própria virgindade; mas recusá-la à donzela que se deixou possuir, estonteada e vencida, na sua inexperiência, pela habilidade com que o sedutor lhe soube atizar o instinto sexual, é incentivar a prática de crimes contra a honestidade das famílias, é favorecer indiretamente a prostituição, é incrementar esse sopro escaldante de luxúria que parece vir subvertendo, na atualidade, as mais preciosas e adoráveis virtudes da mulher.”

A sedução qualificada é a que se apresenta quando o agente, para impor-se à confiança da vítima, faz crer a esta que o mal será brevemente reparado pelo casamento. Comumente, há o *notvado oficial* ou a formal *promessa de ca-*

<sup>41</sup> Como já vimos, o Código português chama “estupro” o que o nosso denomina “sedução”.

samento; mas não é raro que a ilusão do próximo matrimônio seja obtida sem compromisso explícito, resultando de fatos que fazem supor as sérias intenções do agente (*facta concludentia*).

Para evitar uma sofisticada amplitude do conceito de sedução, o legislador de 40 entendeu de bom aviso acrescentar limitativamente à frase “seduzir mulher virgem, etc.” a cláusula “aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”. Inspirou-se a tal respeito no art. 196 do Código suíço (texto francês): “*Celui qui, abusant de l'inexpérience ou de la confiance d'une mineure... l'aura entraînée à l'acte sexuel, etc.*” Enquanto o texto francês do Código helvético coincide, na essência, com o texto italiano, inexplicavelmente o texto alemão coloca entre as palavras “inexperiência” (*Unerfahrenheit*) e “confiança” (*Vertrauen*) a copulativa “e”, ao invés da disjuntiva “ou”. THORMANN e OVERBECK (ob. cit., pág. 208) notam a anomalia e afirmam o acerto do texto francês, acentuando que “no projeto (art. 171) se dizia “ou” (*oder*), o que melhor corresponde às situações de fato”. No seio da 2.<sup>a</sup> Comissão de Peritos, para revisão do projeto suíço, foi rejeitada a proposta de LACHENAL, no sentido de dizer-se cumulativamente “da inexperiência e da confiança”, proposta que o seu autor assim tentou justificar: “*Cumuler ces deux éléments au lieu de les présenter en alternative, c'est à juste titre refuser la protection pénale à la femme expérimentée, même dissolue, qui prétendrait avoir eu confiance en son seducteur et porterait plainte ensuite contre lui.*” Este argumento abstraía que a sedução pressupõe, necessariamente, mulher honesta ou não corrompida, pois, de outro modo, não haveria por que seduzir. Seduzir é, lexicamente, desviar da *disciplina* ou *moral sexual*.

COSTA E SILVA, em crítica ao texto que veio a constituir o art. 217, ora comentado, impugnou a fórmula em questão, porque, além de incompleta, era dispensável: “Na idéia da sedução”, dizia ele, “está incluída a do abuso da inexperiên-



cia, confiança, fragilidade, etc., da menor." A Comissão Revisora, porém, insistiu em conservar a fórmula (sem referência à *fragilidade psíquica*, pois esta se acha incluída na *menoridade* da ofendida), pela razão, já acima consignada, de prevenir a possibilidade de se atribuir, especiosamente, ao verbo "seduzir" um sentido elástico.

Assim, em face do Código, a sedução, como meio moral do crime que dela recebe o nome, além do subentendido pressuposto da *honestidade* da menor, fica expressamente condicionada à *inexperiência* ou *justificável confiança* desta.

*Inexperiência* não quer dizer *inocência* ou completa *ingenuidade*. O conhecimento abstrato dos fatos sexuais não é *experiência*. Conforme ensina ZÜRCHER, "a *inexperiência* não é de equiparar-se à falta de esclarecimentos sobre as coisas sexuais" ("...ist nicht gleichzustellen mit mangelnder Aufklärung über geschlechtlich Dinge"). É a falta de conhecimento próprio, de *experiência* prática, sensível, sobre o domínio fisiopsíquico da libido ("*Mangel an eigener Erfahrung der physischen und psychischen Macht der Libido*"). Donzela *inexperiente*, como explica MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 150), é "a que não pode avaliar em "toda a extensão as conseqüências do seu ato, por menos "avisada, por menos trato das coisas da vida, por ignorante "das maldades do mundo, por não apercebida das ciladas "dos homens".

É necessário, segundo a lição de HAFTER (ob. cit., página 136), "a prova de que a moça não tinha, não podia ter uma clara noção do sentido e conseqüências do ato sexual" ("*Erforderlich ist der Nachweis, dass das... Mädchen über die Bedeutung und die Folgen des Geschlechtverkehrs nicht in Klaren war*").

Ainda, porém, que se trate de moça *experiente*, a sedução pode exercer-se com abuso da sua *justificável confiança*. É escusado dizer que *experiente* não quer dizer *desonesta*. Uma donzela pode ser *experiente*, por já ter sido vítima, por

exemplo, de um atentado violento ao pudor, e manter conduta irrepreensível.<sup>42</sup>

Mais cauteloso que o seu modelo, o nosso Código exige que a confiança seja *justificável*, querendo significar, com isso, que o elemento “confiança” deve ser apreciado principalmente, de um ponto de vista objetivo, isto é, a confiança deve ser obtida por meios que, segundo a experiência comum, eram idôneos a iludir uma moça normal. Já aqui, se apresenta a sedução com emprego de engano: a vítima, embora não seja uma inexperiente, é iludida na sua fé, na fundada esperança de próximas núpcias.

Comentando o art. 217, escreve BENI CARVALHO (ob. cit., pág. 178): “Quanto à *justificável confiança*, encerra a expressão uma fórmula vaga, maleável, capaz de servir a critérios opostos. Além disso, cumpre indagar: quem decidirá sobre essa *justificável confiança*? O julgador? Mas a ninguém é lícito decidir sobre se dado indivíduo pode, ou não, inspirar confiança a um terceiro. Seria invadir o foro íntimo, penetrar, discricionariamente, no campo psico-lógico alheio, submetê-lo a uma análise impossível.”

Ora, trata-se de uma circunstância que tem de ser aferida *objetivamente*, e não *subjetivamente*. Deve ter-se em vista *id quod plerumque accidit*. A *justificável confiança* resultará do *noivado oficial*, da *promessa de casamento*, do namoro indissimulado, das freqüentes e significativas visitas do agente à casa da ofendida, dos não encobertos encontros ou passeios com esta, deixando o agente perceber a todos as suas *intenções sérias*, etc. Passível de crítica seria o Código, se tivesse omitido a cláusula “*justificável confiança*”, pois

<sup>42</sup> A conduta da ofendida deve ser apreciada em relação ao meio social em que vive. Assim, a donzela que se exhibe seminua nas praias de banho de Copacabana não é uma impudica, do mesmo modo que o não é a rapariga de condição inferior que, por exemplo, freqüenta as chamadas “gafieiras” (clubes de dança do *troisième dessous*), pois que, num e noutro caso, não ofendem à moral do grupo social a que pertencem.

teria dado ensejo à distensibilidade de significação do verbo “seduzir”, ampliando a proteção legal até mesmo às raparigas que, por mero apetite sexual, não resistem a dois dedos de *conversa fiada* de vulpinos *Lovelaces*. Em réplica a um reparo nosso, o citado comentador (in *Revista de Direito*, vol. 149, fasc. 2) formula a hipótese em que o sedutor tenha sabido agir a coberto da indiscrição de terceiros, e indaga como, de acordo com o nosso critério, se poderia reconhecer o crime. Antes de tudo, a reserva ou atitude furtiva do agente é indício contrário à *justificável* confiança da menor. Salvo casos especialíssimos, a corte *secretamente* feita a uma donzela é de inspirar a mais justificável desconfiança. Ainda mesmo, porém, que o juiz, em face da isolada informação da ofendida, se convencesse da alegada justificável confiança, não estaria aferindo este requisito sob o ponto de vista exclusivamente *subjetivo*, mas apenas dando crédito aos fatos mencionados pela ofendida, dos quais deduz a sua “justificável confiança”.

A respeito da *promessa de casamento* (como meio de sedução), há um velho ensinamento no sentido de sua irrelevância, quando feita *aestuante libidine*. O princípio, porém, não deve ser aceito incondicionalmente. Sem dúvida, considerada isoladamente, não pode ter valia, por evidentemente insincera, a promessa feita no momento erótico, com a voz empastada da libido estuante, pois, em tal caso, o agente promete um anel de casamento como prometeria, se fosse pedido, o anel de... Saturno. Entretanto, se as precedentes relações entre o agente e a ofendida já indicavam, ou faziam supor, inequivocamente, por parte daquele, a intenção de casamento, a promessa *aestuante libidine* não será mais do que o último elo de uma cadeia de enleios eficientes para iludir a vítima e captar-lhe o consentimento.

Da conjunção carnal deve resultar, para a ofendida, a perda de sua *virgindade*, o que vale dizer que o sujeito passivo, na espécie, só pode ser a *virgo intacta*. São indispensáveis o anterior *status virginitatis* e a subsequente *defloratio*.

A virgindade a que a lei se refere é a *física*, isto é, o estado da mulher que ainda não *sofreu* cópula vaginal. Não é condição *sine qua non* que à virgindade física corresponda a *virgindade moral* (expresso com que, metaforicamente, se costuma designar a pureza ou inocência sexual): como já vimos, basta que a donzela seja *inexperiente* (no sentido acima consignado) ou *honesto*, conforme se trate de sedução simples ou qualificada pelo engano.

Como já acentuamos, o nosso Código ter-se-ia divorciado da realidade ético-social brasileira, se, ao manter a *sedução* como crime *per se stante*, não incluísse entre os seus requisitos a virgindade física da seduzida. Se a adolescente já não é mais virgem, e posto que não seja uma *corrompida*, a conjunção carnal com ela constituirá o crime de “corrupção de menores” (art. 218). E este será também o crime reconhecível quando, embora virgem a menor, não concorra a “inexperiência” ou “justificável confiança” (veja-se n.º 57).

A perda da virgindade é atestada, o mais das vezes, pela ruptura do hímen, que é uma membrana existente no conduto vulvovaginal da mulher que ainda não teve a experiência do ato sexual. A essa membrana foi dada, desde antigos tempos, a mais variada nomenclatura, indicativa da opinião de que ela representa a melhor prova da virgindade: *virginitatis claustrum*, *integritatis argumentum*, *castitatis zona*, *flos virgineus*, *panniculus virginalis*, *interseptum virginalle*, *columna virginitatis*. Ao que dizia PLENK, *virginitatis primarum signum est hymenis integritas*. Acontece, porém, que o diafragma himeneal, no caso de sua excepcional dilatabilidade, resiste, intato, à passagem do pênis, notadamente quando este seja de medíocre calibre. É o hímen que LEGRAND DE SAULE batizou com o nome de *complacente*, e que MARTINELLI chama “singular”. Já BOERHAVE, infirmando uma crença que vinha da lei mosaica, advertia, referindo-se à membrana himeneal: “*licet non certum et infallibile virginitatis signum sit*”. A crer em RICHTER (*apud* MIGUEL SALES), a complacência himeneal, longe de ser uma singu-

laridade, devia ser considerada a regra: *"Dass beim ersten Koitus eine Zerreiung der Scheidenklappe nicht Zustande kommen msse, ist já brigens allgemein bekannt; aber dieser Umstand wird immer Ausnahme angenommen, whrend er nach unseren Erfahrungen die Regel darstellt."* ("Que o "primeiro coito não acarreta necessariamente o rompimento "do hímen , de resto, geralmente sabido; mas esse fato é "admitido sempre como exceção, enquanto que, segundo "nossa experiência, representa a regra") O mesmo autor, com o apoio de HABERDA, entende que só se pode negar a realização do coito quando o hímen de abertura particularmente exígua se apresente inteiro. A maioria dos tratadistas de Medicina Legal, porém, reconhece o exagero de tal opinião. Entre nós, MIGUEL SALES afirma a existência de hmens complacentes na proporção de 33% (incluídos neste algarismo os hmens *duvidosos*, segundo nos informou, a uma consulta nossa, o ilustre cientista). D'AGUIAR acha exagerada tal percentagem, mas observa: "...  minha convicção que a percentagem de complacência himeneal deve ser "maior nas filhas dos trópicos que nas das zonas temperadas... Observamos duas raparigas habitantes da zona trrida e em ambas verificamos que a abertura himeneal era "facilmente permeável." AFRÂNIO PEIXOTO admite a complacência apenas na proporção de 10,4%, e FÁVERO ainda concede menos: 10%.

Ao que aconselha D'AGUIAR, também os acusados de sedução deviam ser sistematicamente submetidos, como a ofendida, ao exame médico-legal, pois "não se pode pôr em "dvida que um certo hímen que  complacente para um "determinado membro viril o não seja para um outro de "mais avantajadas proporções". Merece e reclama transcrição integral a lição de MIGUEL SALES sobre a complacência do hímen: "Diz-se que um hímen  complacente quando ele "pode comportar a intromissão do pênis sem se romper, ou, "por outras palavras, quando ele permite a cópula carnal "ou coito completo sem comprometimento da sua integri-



“dade anatômica. Muito mais freqüente do que se pensa  
“geralmente, o hímen complacente ou suspeito de compla-  
“cência apresenta uma série de caracteres que exigem do  
“médico-legista, à parte, um exame minucioso e prudente,  
“uma longa prática para poder, nos vários casos de clínica  
“médico-legal, tirar ilações úteis à justiça e isentas de erros.  
“Daí a razão por que MARX e STRASSMANN afirmam que o  
“exame do hímen representa uma das tarefas mais difíceis  
“do médico-legista. Quais os caracteres que definem os cha-  
“mados himens complacentes? Podem reduzir-se a dois os  
“caracteres da complacência himeneal: caracteres morfo-  
“lógicos e caracteres ou propriedades físicos. Os primeiros  
“têm uma importância toda secundária. Se é verdade que  
“os himens lobados (isto é, com profundos entalhes con-  
“gênitos dividindo-os em lobos) e os anulares ou circulares  
“de orla exigua e óstio amplo são por excelência compla-  
“centes, todavia pode afirmar-se de um modo geral que não  
“há formas privativas ou características de complacência.  
“Qualquer que seja a forma himeneal, uma vez que o dia-  
“fragma ou óstio da membrana não apresente notável exi-  
“güidade, o coito pode ser realizado sem deixar vestígios ou  
“indícios, caso ela não seja muito delgada e, portanto, não  
“extensível ou elástica, salvo nas meninas muito jovens que  
“não atingiram ainda a puberdade. A ruptura do hímen  
“pelo primeiro congresso sexual é, ao contrário do pensar  
“de muitos médicos-legistas, a exceção... Um erro freqüen-  
“te dos médicos-legistas é ver em quase todo entalhe um  
“pouco profundo uma ruptura do hímen. Este erro é fácil  
“de cometer, porque as cicatrizes ou linhas brancas não são  
“apreciáveis na imensa maioria dos casos; todavia pode ser  
“evitado, se o perito atender que geralmente só os entalhes  
“profundos, estendendo-se através da largura do hímen até  
“o bordo aderente deste, devem ser considerados como rup-  
“turas. A simetria freqüente dos entalhes congênitos é por  
“vezes um ponto de reparo para caracterização ou diferen-  
“ciação entre estes e a ruptura. De muito mais valor para

" a diagnose diferencial é a constatação da lisura e arredondamento dos bordos entalhados ou das soluções de continuidade da orla himeneal, sobretudo quando a esses caracteres se reúne a disposição simétrica; todavia, verdadeiras rupturas podem apresentar, após distensões repetidas, bordos lisos e arredondados. Em caso algum deve o perito afirmar um defloramento, isto é, a cópula carnal, se a diferenciação entre uma ruptura traumática e uma entalheadura natural ou congênita não for possível, como é frequente, a menos que a solução de continuidade se prolongue até o bordo aderente ou os seus bordos, ao invés de lisos e delicados ou arredondados, sejam, ao contrário, irregulares, granulados, de aspectos cicatricial, o que poucas vezes se observa. Tampouco poderá o médico-legista basear-se para esse fim exclusivamente na simetria ou não dos entalhes. Nesses casos de difícil ou impossível diferenciação, é preferível não tirar qualquer conclusão que poderia ser falsa, limitando-se a descrever minuciosamente o entalhe. Antes confessar que o hímen apresenta entalhes ou solução de continuidade que não se pode asseverar sejam congênitos ou resultantes do ato sexual, a afirmar peremptoriamente numa questão de tal importância. No exame de defloramento podem apresentar-se três casos. No primeiro, o perito pode, dada a grandeza do óstio e notável grau de extensibilidade ou elasticidade da membrana, afirmar que esta não se romperá no ato da cópula. É o caso do hímen complacente típico. No segundo, o médico-legista poderá hesitar ante um hímen carnoso, de meiócre ou pequeno diafragma e com alguma elasticidade, e perguntará a si próprio se uma tal membrana resistirá ilesa à cópula carnal completa. Neste último caso mais vale, segundo a opinião dos mestres, responder que, por tais e quais caracteres ou propriedades do hímen, não é possível afastar ou excluir com segurança a prática do coito completo, a declarar categoricamente que o hímen

“está íntegro e conseqüentemente a examinada não se acha deflorada. Conduta diversa tem trazido dissabores a vários médicos-legistas quando, meses depois, eles próprios são chamados a verificar a prenhez. Finalmente um terceiro caso, de pronta e fácil solução na imensa maioria das vezes, pode ser observado: é o do hímen, extensível ou não, apenas permitindo a intromissão cuidadosa do dedo mínimo ou com alguns milímetros de diâmetro. Neste último caso nenhum médico-legista poderá hesitar em negar o defloramento ou, pelo menos, em excluir o coito completo, porém ainda assim nem sempre ficará a coberto de possíveis erros, aliás raríssimos.”

Segundo DIÓGENES SAMPAIO e OSCAR FREIRE (*apud* FÁVERO), o mecanismo da complacência himeneal tem condições *extrínsecas* e *intrínsecas* ao hímen. “Entre as primeiras”, dizem eles, “se contam: 1.º, desproporção dos órgãos sexuais em contato: a) por insuficiência do pênis (exíguo, anômalo, estreito); b) por exagero das dimensões dos órgãos sexuais femininos (corpulência, idade avantajada da mulher); 2.º, condições da cópula: a) posição da cópula; b) lubrificação natural (secreções, sangue menstrual) ou artificial; c) dilatação gradual (pelo pênis ou outros meios). Entre as segundas, apresentam-se: 1.º, situação himeneal profunda: a) anômala; b) natural, segundo a idade; 3.º, estrutura himeneal; a) consistência; b) espessura; c) extensibilidade; 4.º, forma himeneal: a) formas himeneais, sem orifício desproporcional; b) himens com orifício muito grande por desenvolvimento excessivo de todo o óstio ou por exigüidade da membrana; c) descontinuidade dos bordos himeneais; 5.º, relação do óstio himeneal com o óstio vulvar.”

Dada a anomalia dos himens complacentes é que, como observou o ministro FRANCISCO CAMPOS na sua *Exposição de motivos*, era impróprio o nome “defloramento” que o Código anterior atribuía ao crime em questão, o que fazia supor

como condição necessária a ruptura da membrana himeneal. Se, nos casos normais, tal ruptura se apresenta, e constitui mesmo o iniludível *corpus delicti*, não se segue daí que a ausência dela, em casos não muito raros, exclua a hipótese do desvirginamento. Este ocorre sempre que haja penetração da verga (*introductio penis*) na cavidade vaginal de mulher até então isenta do ato sexual (pouco importando que essa penetração seja completa ou incompleta, ou que tenha havido, ou não, a *seminatio* ou *immissio seminis intra vas*).

Embora muito raramente, pode acontecer que, na chamada cópula *vestibular* ou *preambular* (*coitus in ore vulvae*), isto é, sem a intromissão do pênis *in vaginam*, o líquido espermático, ejaculado sobre a vulva, consiga insinuar-se vagina adentro, resultando a gravidez da paciente. Já foi objeto de decisão minha, como juiz, no regime do Código de 90, um caso dessa natureza. Eis um trecho da sentença por mim proferida.

"... não se pode cogitar de *defloramento* diante a inteireza de um hímen normal, a atestar que a cavidade vaginal, que essa membrana resguarda, não foi penetrada pelo membro viril, pois, como ensinam HOFFMANN e FERRAI (*Trattato de Medicina Legale*, vol. I, pág. 92), "*quando si riscontri un'imene anulare... a piccola apertura* (é o caso normal, e é o caso da menor A., *ut laudo a fls.*), *non si dovrà ammettere che possa aver avuto luogo una penetrazione*". No seu *Tratado de Medicina Legal*, SOUSA LIMA insurge-se, sem razão, contra a doutrina que "considera o caso de gravidez com persistência do hímen como de atentado ao pudor, e não de defloração". Segundo o saudoso mestre, "a sucedência da prenhez constitui a prova jurídica inexpugnável da cópula" e, portanto, do defloramento. O asserto é temerário. O caso concreto está justamente a demonstrar a relatividade ou falibilidade de tal "prova jurídica", posto que se não possa chamar de cópula, sob o ponto de vista penal, uma

simples fricção do pênis sobre o átrio vulvar, embora seguida de ejaculação de esperma.<sup>43</sup> Não há uma relação de causalidade absolutamente necessária entre a gravidez e a *immissio seminis* “dentro” da vagina. Como autorizadamente afirmam os Drs. RÊGO BARROS e ANTENOR COSTA, no seu parecer a folhas, a prenhez pode resultar de uma simples cópula vestibular ou externa. E esses distintos médicos-legistas esclarecem: “No ato da cópula vestibular, dá-se a ejaculação do líquido “espermático, que pode ser introduzido na vagina por aspiração ou sucção no momento do orgasmo sexual, concorrendo ainda para a penetração dos espermatozóides os movimentos peristálticos da vagina, seu sistema epitelial e os próprios movimentos desses microorganismos, que, ativos, como soem ser, caminham, chegam ao óvulo e o fecundam.” Poder-se-ia dizer que, se o *persistente* hímen terá de ser fatalmente rompido por ocasião do parto, ou mesmo com a intercorrência de um aborto, não é demais concluir que, com a gravidez, está implícito o “defloramento”, mesmo adstrita a concepção deste ao ponto de vista exclusivamente anatômico. Mas, é bem de ver que esse defloramento já não seria

---

<sup>43</sup> F. FÁVERO (ob. cit., pág. 624) também entende que “existindo gravidez, esteja íntegro embora o hímen, seja punctiforme o seu óstio, concluiremos pela existência de cópula, e portanto de “defloramento sem qualquer restrição”, e acrescenta: “Note-se naturalmente que a cópula pode não ser vaginal, mas vestibular, *inter femora*, pode ser uretral, existindo qualquer fístula, pode ser retal, nas mesmas condições, tudo não importando, desde que as condições sejam idôneas para a fecundação da mulher. A sua integridade sexual, então, está comprometida: não é mais virgem.” Ora, *cópula*, no sentido próprio, é sempre a vaginal: não se dá sem a *introductio penis in vaginam*. Costuma-se falar em *cópula vestibular*, *cópula anal*, *cópula intercrural*, etc., mas por extensão metafórica. Por outro lado, *defloramento* tem sentido restrito na linguagem técnico-jurídico-penal: é o rompimento do hímen pelo *membro viril*. Se o rompimento ocorre por acidente traumático, por intervenção cirúrgica, por introdução de objeto outro que não o pênis, não há *defloramento* ou *desvirginamento*, sob o ponto de vista penal.



imputável a título de dolo, mas de *preterintenção* ou *culpa*, o que aberrava da identificação legal dessa entidade criminal.”

A conclusão da sentença fora no sentido de que, na espécie, ao invés do defloramento, o que se apresentava era o crime de *corrupção de menores*, solução que se imporia igualmente em face do Código vigente.

A ruptura do hímen ocasiona, geralmente, pequena hemorragia. Esta, por vezes, é tão diminuta (quando se trata, por exemplo, dos himens fibrosos ou no caso de relativa proporção entre o pênis e o orifício himeneal) que se limita a tênue estilação, misturando-se com a secreção vaginal e podendo passar despercebida.

Em torno das lacerações do hímen fica um pouco de hiperemia e tumefação, que, comumente, desaparece em breve tempo (um a três dias), no máximo uma semana.<sup>44</sup> As lacerações não dão lugar a processos de soldadura (a natureza indica que o hímen é destinado a ser rompido), mas, sim, de retração marginal dos fragmentos (retalhos), transformando-se estes, com a repetição do coito ou com o parto, em *carúnculas mirtiformes*.

A ruptura do hímen pode ocorrer, embora raramente, por traumatismos não sexuais (práticas masturbatórias, introdução de dedo ou outro objeto na vagina, operação cirúrgica, queda acompanhada de colisão da vulva com algum corpo duro ou de que resulte afastamento brusco e excessivo das coxas). Em tais casos, é bem de ver que a mulher não deixa de ser *virgem*. Só deixa de ser virgem, sob o prisma legal, a mulher que recebe na vagina o *membro viril* (haja ou não rompimento do hímen).

Somente a donzela maior de 14 e menor de 18 anos pode ser sujeito passivo da *sedução*. Se a vítima não é maior de 14 anos, o crime a configurar-se é o *estupro*, por presunção de violência (art. 224, letra *a*), não tendo o Código adotado o critério carrariano da *sedução presumida*; e se já

<sup>44</sup> TARDIEU, entretanto, sustenta que o prazo pode prolongar-se até 15 ou 20 dias.

ultrapassou a idade de 18 anos, o fato é penalmente irrelevante.<sup>45</sup>

A prova da idade faz-se com a certidão do registro civil do nascimento (veja-se o art. 155 do Código de Processo Penal). A jurisprudência pátria tem assentado que o registro feito posteriormente ao crime não pode merecer fé, porque, do contrário, infringir-se-ia o princípio universalmente aceito de que “ninguém pode fazer prova em seu benefício”. Deve ser ressalvado, entretanto, o seu mérito probante, quando corroborado por declarações espontâneas do próprio acusado ou quando haja precedido *justificação*, com citação do réu (quer no lugar do nascimento, quer no de residência atual da ofendida), ou ainda quando, no processo criminal (respeitado o art. 92 do Código de Processo Penal),<sup>46</sup> depõem testemunhas, convincentemente, sobre a data do nascimento da ofendida. A certidão de batismo, quando não contestada pelo réu, pode servir, na ausência do registro civil, como prova supletiva. Quanto ao exame pericial ou médico-legal de idade, só em determinados casos pode ser aceito como prova hábil. Se é fácil distinguir, pelo próprio

<sup>45</sup> Em tal caso, tendo precedido *promessa de casamento*, a sedução constituirá simples *ilícito civil*, dando direito à reparação do dano (Código Civil, art. 1.548, III).

<sup>46</sup> Dispõe o art. 92 do Código de Processo Penal: “Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputa *séria e fundada*, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.” Como observa SCARUTO (*La Giustizia penale e civile nei rapporti pregiudiziali*, 1915, pág. 121), “una questione riguardante... la età... può costituire una controversia grave e delicata degna di potersi risolvere con le norme del diritto privato”.

O citado Código de Processo Penal prescreve, no seu art. 155, que “no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil”. E a idade, indiscutivelmente, concerne ao estado da pessoa (tanto quanto a filiação, o estado de solteiro ou casado e a nacionalidade).

aspecto externo, entre um infante e um adolescente ou entre um adolescente e um adulto, impraticável é a distinção, de modo seguro, entre os períodos intermediários de transição. Com todo acerto, já assim se pronunciou o Tribunal do Amazonas: "A determinação da idade por meio de exame médico-legal está, sujeita, principalmente na pessoa viva, a "erros, e só se consegue por aproximação... O organismo "passa por modificações fisiológicas ou patológicas especiais a cada período de vida, mas estão longe de aparecer "na mesma época em todos os indivíduos, e nenhuma "fornece um ponto de reparo rigorosamente preciso. As "transformações que se vão operando caracterizam um determinado período: primeira ou segunda infância, adolescência, "puberdade, idade adulta, virilidade, declínio, velhice; e não "uma data certa, fixa. Divergem os escritores nos "algarismos da aproximação, nos limites prováveis em que a "perícia médica pode fixar a idade. Por exemplo, VIBERT (*Précis de Médecine Légale*) sustenta que, ordinariamente, um "observador experimentado pode fixar a idade de um adulto "com cinco ou seis anos de aproximação. GABRIEL TOURDES "e EDMOND METZQUER (*Traité de Médecine Légale*) afirmam "que o erro, avaliada a idade pelo aspecto geral, pode ser, "em um adulto, de 10 anos durante a vida, e de 15 a 20 anos "no cadáver. Ensinam, porém, todos os tratadistas, "unanimemente, que não é possível determinar a idade no vivo "senão com uma aproximação muito ampla. A ausência de "seios e o pente glabro não indicam, de modo absoluto, "impuberdade nem idade inferior a 16 anos. A falta de "pelos no monte de Vênus não é caso sem exemplo em "mulheres brancas e negras, e é mesmo a regra em nossas "índias. FRANCILLON (*Essai sur la puberté chez la femme*), "depois de notar que "existem casos em que a mulher, tendo "órgãos genitais bem desenvolvidos, conserva, entretanto, "feições que a aproximam do homem ou da criança", cita "vários casos observados na Maternidade de Turim, de "aparecimento de pêlos na púbis e de desenvolvimento dos seios

“ aos 17 e 18 anos de idade, e de pente ainda glabro e seios  
“ atrofiados aos 21 anos. Conquanto esses caracteres sexuais  
“ secundários costumem acompanhar o desabrochar da pu-  
“ berdade, podem, com esta, vir mais cedo ou mais tarde.  
“ RUDAUX (*Précis élémentaire d'anatomie, de physiologie et*  
“ *de pathologie*) estabelece como idade média da puberdade  
“ a dos 12 aos 15 anos, havendo, todavia, menstruações pre-  
“ cocas (dos 10 aos 12 anos) e menstruações tardias (dos  
“ 20 aos 30 anos). A época da puberdade depende da raça,  
“ que tem influência preponderante, do temperamento, do  
“ clima, da educação individual, do regime alimentar, da  
“ habitação na cidade, em aldeia ou no campo, sendo que  
“ neste retarda mais. O temperamento sanguíneo apressa a  
“ puberdade, o linfático a faz demorar, o nervoso influi num  
“ sentido ou noutro, segundo as impressões recebidas...”

Nenhum dos métodos até agora preconizados tem cunho de certeza. Salvo os casos macroscópicos (de distinção entre períodos distanciados), tudo é *aproximação* ou *probabilidade*. Não vale mais que o exame morfológico (pelo aspecto externo, estrutura, estatura, peso, fórmula dentária, ângulo maxilar, pelos, seios, órgãos genitais, etc.) o exame radiológico do desenvolvimento ósseo. Não são menos precários os dados que este pode fornecer. Os fenômenos de aparecimento dos núcleos de ossificação ou de soldadura óssea não são fatais ou invariáveis numa idade certa.<sup>47</sup> Dizer-se que em tal ou qual osso o núcleo aparece ou a soldadura se apresenta em tal ou qual período de idade, é constatar um fato estatisticamente normal, mas não absolutamente seguro. Os períodos de características relativamente constantes, além disso, não se sucedem com a necessária brevidade<sup>48</sup> para que se possa fixar o *quantum* preciso da idade. Será pura charlatanice o asseverar categoricamente, pelo exame radiológico,

<sup>47</sup> Veja-se a respeito F. FÁVERO, *Medicina Legal*, págs. 67 e segs.

<sup>48</sup> Segundo os dados fornecidos pela experiência, os períodos podem ir dos seis aos 13 anos, dos 13 aos 16, dos 16 aos 20 ou 25.

que a paciente tem, por exemplo, 14 ou 18 anos *exatos*. Não há dizer que o exame pericial, mesmo admitido que não possa evitar os erros de cálculo, pode corroborar as declarações da ofendida, formando com estas elemento suficiente ao convencimento do juiz. Nada disso. As referidas declarações podem ser criadas, se apoiadas em circunstâncias de fato por outro modo provadas, no tocante ao *histórico* e autoria da sedução; mas são de todo imprestáveis para dirimir dúvida sobre o requisito *idade*. Reunir declarações da ofendida e exame pericial, em matéria de prova de idade, é somar uma dúvida a outra dúvida, e o resultado não pode ser outro senão este: persistência da dúvida. A decidir de modo contrário, criar-se-ia ensejo a freqüentes erros judiciários. No juízo penal, *dúvida* e *ausência de prova* são coisas equivalentes. Assim, desde que não fique estreme de qualquer incerteza que a ofendida seja menor de 18 anos, a única solução é a absolvição do acusado.

Finalmente, quanto ao dolo no crime de sedução, consiste ele na vontade de ter conjunção carnal com donzela maior de 14 anos e menor de 18, sabendo o agente que ela se entrega por inexperiência ou justificável confiança. O erro sobre a idade da ofendida, quando invencível (como, por exemplo, no caso de exibição de uma certidão falsa de registro civil, que atribua à ofendida idade superior a 18 anos), exclui o dolo. Se o erro era superável (exemplo: no caso de desenvolvimento precoce da ofendida), o agente não podia deixar de *duvidar*, e quem age na dúvida (dolo eventual), age por sua conta e risco.

Se a intenção do agente era a simples cópula vestibular, a que, na realidade, se limitou, inexistente o crime de *sedução*, ainda que, excepcionalmente (como no caso já acima citado), sobrevenha a gravidez e o ulterior trabalho do parto acarrete necessariamente o rompimento do hímen. O que poderá verificar-se em tal caso é o crime de *corrupção de menores*.



54. **Intervenção de terceiro.** Se um terceiro presta auxílio ao sedutor, cumpre distinguir: a) se o auxílio é prestado ao induzimento da menor, responde o terceiro por concurso formal de *sedução* e *lenocínio*, este na modalidade do art. 227; b) se consiste em prestação de local, que ele, terceiro, *habitualmente* destine a encontros para fim libidinoso, haverá concurso formal de *sedução* e *lenocínio*, este na modalidade do art. 229; c) ainda no caso de prestação de local, se ignorava estar ajudando um *sedutor* ou, se tinha ciência disso, mas não se verifica a *habitualidade* acima aludida, responderá, na primeira hipótese, somente por *lenocínio*, e, na segunda, somente por *sedução*. É bem de ver que o sedutor só se entende incurso no art. 217 quando age em proveito próprio; se seduz em proveito de outrem, que ignore a *sedução*, responderá por *lenocínio*, enquanto o *profiteur* somente por “corrupção de menores” poderá responder.

55. **Consumação e tentativa.** O momento consumativo, também aqui, é a efetuação da cópula ou, mais precisamente, a introdução do pênis *in vaginam* (completa ou incompleta, haja ou não *immissio seminis*). Perfeitamente concebível é a *tentativa* de *sedução*: o agente, abusando da inexperiência ou justificável confiança da menor, obtém o consentimento desta para a conjunção carnal, mas, quando vai iniciar a *introductio penis*, é impedido, por qualquer motivo, de prosseguir. Se, além do fim de conjunção carnal, há *abuso da inexperiência ou justificável confiança da menor* (nota característica ou indispensável do crime do art. 217), não há confundir a tentativa de *sedução* com a *corrupção de menores*.

### CORRUPÇÃO DE MENORES \*

Corrupção de  
menores

**Art. 218.** Corromper ou facilitar corrupção de pessoa maior de 14 e menor de 18 anos,

\* Sob o mesmo *nomen juris*, a Lei n.º 2.252, de 1 de julho de 1954, incrimina o fato de “corromper ou facilitar a corrupção de pes-

*com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:*

*Pena — reclusão, de um a quatro anos.*

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: italiano, art. 530; suíço, arts. 191, 192, n.º 2, e 194, al. 1.ª; alemão, art. 176, n.º 3; norueguês, §§ 193, 198, 2.ª al., e 212, n.º 3 e 2.ª al.; francês, art. 334 (alterado por leis de abril de 1903 e dezembro de 1922); polonês, art. 203; dinamarquês, art. 224, comb. com o art. 222; iugoslavo, art. 181; soviético, arts. 151, *in fine*, e 152; holandês, art. 247; espanhol, artigo 436, última alínea, § 128; argentino, art. 125; peruano, arts. 199 e 200; chileno, art. 366; uruguaio, art. 274; mexicano, arts. 201 e 262.

**BIBLIOGRAFIA** — Além da já citada anteriormente: DONDINA (M.), *Corruzione di minorenni*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IV; WULFFEN, *Der Sexualverbrecher* (art. *Unzucht mit Kinder*), 1922; GARRAUD, *De l'excitation à la débauche*, in *Traité*; MAJNO, *I reati carnali contro i fanciulli, studiati nella legge italiana*, 1907; IMPALLOMENI, *Il Codice Penale Illustrato*, III, 1890; SECHI, *La differenza tra corruzione e seduzione di minorenni*, in *Legge*, LI; BAVIERA, *La corruzione di minorenni in relazione all'art. 335 e alla giurisprudenza*, in *Scuola Positiva*, XX, 1909; THORMANN, GAUTIER, SILBERNAGEL, LANG, in *Protokoll der zten. Expertenkommission* (sobre o projeto de Código Penal suíço), vol. III, págs. 154 e segs.; ZERBOGLIO, *Corruzione di minorenni mediante congiunzione carnale*, in *Rivista di diritto e proc. penale*, 1910; ESCOBEDO, *Elogio della congiunzione carnale*, in *Giustizia Penale*, 1909; *Il reato di corruzione di minorenni nella recente giurisprudenza della Corte Suprema*, in *Rivista Penale*, XVII; GRANATA, *Corruzione di minorenni*, in *Enciclopedia Italiana*, XXII; GRECO, *Atti osceni e corruzione di minorenni*, in *nuovo diritto*, 1932; ZANARDELLI, *Relazione sobre o projeto de Código Penal italiano de 1889*; ROCCO (Alf.), *Relazione sobre o projeto de Código Penal italiano de 1930*; HUNGRIA, *Questões jurídico-penais*, 1940, e *Novas questões jurídico-penais*, 1945.

## COMENTARIO

56. **Histórico.** Já no direito romano, embora sem espírito de sistema, encontram-se disposições penais sobre a corrupção

---

soa menor de 18 anos, com ela praticando infração penal ou induzindo a praticá-la”.

de menores. Lê-se no *Digesto* (*De poenis*, 38, § 3.º): “*qui nondum viripotentes virgines, corrumpunt, humiliores in metallum damnantur, honestiores in insulam relegantur, aut in exilium mittuntur*”. Era cominada a pena de morte (ou, no caso de simples tentativa, a de exílio) ao fato de “*qui puero stuprum, abducto ab eo vel corrupto comite, persuaserit, aut mulierem puellamve interpellaverit, quidve impudicitiae gratia fecerit, domum praebuerit, pretiumve, quo is persuadeat, dederit*” (*Dig., de extr. crim.*, I § 2.º). Também era punida a simples *adtentatio pudicitiae* (*Dig., de inj. et fam. lib.*, 15, § 15), isto é, “*blanda oratione alterius pudicitiae adtentare*”. No direito medieval, a corrupção de menores igualmente não tinha posto autônomo: ora se punia como injúria real, ora como modalidade do *stuprum* ou do *lenocinium*.

O Código francês de 1810, no seu art. 334, confundida a corrupção de menores com a excitação ou favorecimento à prostituição (modalidade do lenocínio), e, com sua influência sobre outras legislações, foi um obstáculo a que se escandisse na espécie uma entidade criminal autônoma. Assim, os antigos Códigos sardo e toscano imitaram o modelo francês, o mesmo fazendo os Códigos português de 1852 e espanhol de 1870. O Código holandês (1881), entretanto, já distinguia entre a corrupção de menores e o lenocínio, embora ainda prevendo os dois crimes no mesmo artigo (247), como se fossem substancialmente idênticos: “*Celui qui commet des actes d’immoralité... avec une personne au-dessous de l’âge de seize ans, ou excite celle-ci à commettre ou à subir des actes de ce genre, ou à avoir, au dehors du mariage, un commerce charnel avec un tiers, est puni, etc.*”

Foi o Código italiano de 1889 que, afeiçoando-se à lição doutrinária e a uma jurisprudência de caráter adaptativo, fez a nítida e radical diferenciação. Assim se exprimia ZANARDELLI, na sua *Relazione*: “As duas figuras criminais do “lenocínio e da excitação à corrupção, quer no Código de “1859, quer no Código toscano, acham-se contempladas e

“compreendidas em um mesmo dispositivo, como se fossem dois entes jurídicos de idêntica natureza. Como, porém, se trata de duas formas de crime com objetivos essencialmente distintos, servindo o lenocínio à *lascívia de outrem* e a corrupção à *lascívia do próprio agente*, é de boa prática legislativa defini-las e apená-las em artigos diferentes, para não criar equívocos, erros e ambigüidades.”

Entre nós, o Código de 1890, no seu art. 266, parágrafo único, já previa como crime independente (a exemplo do Código ZANARDELLI) a corrupção de menores, declarando incurso na mesma pena cominada ao atentado violento ao pudor “aquele que corromper pessoa de menor idade, praticando com ela ou contra ela atos de libidinagem”. A Lei n.º 2.992, de 25 de setembro de 1915, chamada MELO FRANCO, inspirando-se em conclusões da Conferência Internacional de Paris, de 1902, acrescentou a esse dispositivo, que exigia a *efetividade* da corrupção, um outro de conteúdo mais extenso, compreensivo da corrupção *potencial* ou *favor à corrupção*: “Excitar, favorecer ou facilitar a corrupção de pessoa de um ou outro sexo, menor de 21 anos, induzindo-a à prática de atos desonestos, viciando a sua inocência ou pervertendo-lhe de qualquer modo o senso moral.” A fonte imediata de tal dispositivo fora o art. 334, n.º I, do Código francês (com a modificação da lei de 3 de abril de 1903), que sujeita à pena de prisão e multa “*quiconque aura attenté aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant habituellement le débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un et de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans*”.

O Projeto SÁ PEREIRA voltava, anacronicamente, à confusão entre corrupção e lenocínio.

O Projeto ALCÂNTARA, na sua primeira fase, englobava sob a rubrica genérica de “crimes de corrupção” a “corrupção de menores” e o “lenocínio”. Na sua ulterior redação, porém, aceitando o critério da Comissão Revisora, reconheceu a afinidade entre a *corrupção* e a *sedução*, e passou a contemplar

uma e outra num mesmo capítulo, separadamente do *lenocínio*.<sup>49</sup>

57. Conceito do crime. A lei penal, com a incriminação de que ora se trata, propõe-se a tutela dos adolescentes contra a depravação ou perdição moral, sob o prisma sexual. Entre os mais relevantes interesses da sociedade está a disciplina ético-sexual, segundo as normas de cultura, e como a juventude, em razão mesma da sua fragilidade ou maleabilidade psíquica, está mais exposta à influência maligna da libidinagem e do vício, é natural que a sua pudicícia ou dignidade sexual seja especial objeto da reforçada proteção penal. O crime de *corrução de menores* pode ser definido como o fato de quem, em desafogo da própria lascívia, promove ou favorece a impudicícia de pessoa adolescente iniciando-a ou adestrando-a nas práticas eróticas. O seu *meio* é o “ato de libidinagem”, que vai desde a cópula normal (*extra matrimonium*) até o *osculum illecebrosus*, com escalas por todos os múltiplos *sucedâneos* do ato sexual e torpes contatos ou expedientes inspirados por desregrada concupiscência. Conforme pondera MANZINI, a corrução (sob o ponto de vista da vida sexual) é “*effeto degli atti di libidine, per cui al minore innocente rimane contaminata la coscienza, o gli vengono apprese pratiche immorali o abitudine lascive in modo da introdurre nell'animo suo elementi erotici, intempestivi o viziosi che prima non esistevano*”. Em face do nosso Código, há uma relação *constante e necessária* de causa e efeito entre ato de libidinagem e corrução.

58. Análise do art. 218. Em comentário ao art. 218, MAGALHÃES NORONHA (*Dois crimes contra os costumes*, páginas 179 e segs.) assim disserta: “Salvaguardando os bons

<sup>49</sup> Na sua segunda fase, o Projeto ALCÂNTARA, no tocante à *parte especial*, afeiçãoou-se quase inteiramente ao projeto da Comissão Revisora, cuja primeira edição fora presente ao ilustre professor paulista.



“costumes, a lei tanto pune o que corrompe, como o que  
“facilita a corrupção. Encerra, assim, em uma mesma fór-  
“mula as duas espécies denominadas no estatuto anterior  
“de corrupção *efetiva* e *potencial*... Do conteúdo do artigo  
“se verifica que o agente tanto é punido por corromper  
“menor, com ele praticando ato de libidinagem, como por  
“facilitar-lhe a corrupção, induzindo-o a praticá-lo ou pre-  
“senciá-lo... Na primeira hipótese do artigo, trata-se da  
“corrupção denominada, na legislação anterior, de *efetiva*;  
“na segunda, tem-se em vista a *indução* à corrupção. Induzir  
“é persuadir, incutir, sugerir, instigar, aconselhar, introdu-  
“zir, causar, mover, levar e resolver (dicionários de MORAIS  
“e CÂNDIDO DE FIGUEIREDO). Tem-se em mira, aqui, a ação  
“do delinqüente que procura persuadir a vítima à libidina-  
“gem, busca incutir em seu espírito hábitos e práticas sen-  
“suais, desintegrando o pudor e viciando os costumes...  
“Nesta segunda fórmula pode entrar a assistência do ofen-  
“dido ao ato lascivo... Mas essa assistência não é indispen-  
“sável. Basta, por um trabalho metódico de persuasão, ele  
“lhe incutir no espírito a vontade irrefreável de praticar ou  
“assistir a atos de luxúria. Se, na corrupção pela prática de  
“ato libidinoso com a vítima, deve o juiz portar-se com cau-  
“tela, maior cuidado deve ter agora que se trata da simples  
“excitação, da facilitação, da sugestão à lascívia e à libidi-  
“nagem... Na *corrupção*... é o ato libidinoso atualizado,  
“executado com a vítima, o meio usado pelo delinqüente.  
“Mas na *facilitação à corrupção*, o ato libidinoso está em  
“*perspectiva* e outros são os meios empregados pelo agente.”

Segundo penso, há toda uma série de enganos de exe-  
gese nos trechos acima transcritos. Já em carta que, um  
tanto alarmado, dirigi a NORONHA, e que se acha inserta em  
minhas *Novas questões jurídico-penais*, assim me externei:

“Entendo que há equívocos na análise que faz do arti-  
go 218. Se me não falha o raciocínio, o que ali se pune é a  
*corrupção* de menores, quer quando a *iniciativa* parte do agen-

te, quer quando este se limita a *facilitar a corrupção*. No primeiro caso, a vontade do menor se dilui na do agente; no segundo, a vontade do agente adere, secunda, *accede* à do menor. *Facilitar* a corrupção é *coadjuvar, favorecer, prestar auxílio, ajudar* a corrupção, e não, como opina o ilustre colega, *criar o perigo de corrupção*. Se assim não fosse, o Código, adstrito à sua técnica, teria dito: “Corromper ou expor a perigo de corrupção, etc.” O verbo *facilitar*, com o mesmo sentido que tem no art. 218, é empregado no art. 228, que incrimina o *facilitar a prostituição*. Teria o meu amigo a coragem de reconhecer este crime no simples fato de *criar o perigo* de prostituição? Parece-me arbitrária a sua afirmativa de que a *facilitação de corrupção* só se dá com o *induzimento* à prática ou à assistência do ato libidinoso, como também se me afigura destituída de fundamento a asserção de que, em tal modalidade delituosa, o ato de libidinagem *está em perspectiva*. Os *modos* referidos no art. 218 são *comuns* à corrupção por iniciativa do agente (corrupção *principal*) e à facilitação de corrupção (corrupção *accessória*). A sintaxe do texto não admite solução diversa. A prática do ato libidinoso com o menor ou o induzimento (que, aqui, tanto significa *persuasão*, como *instigação* ou *acoroçoamento*) de menor à prática desse ato, ou à sua assistência, podem ser modos quer num, quer noutro caso. Do contrário, diversa teria sido a redação do artigo, isto é, deveria este ser assim construído: “Corromper pessoa maior de 14 e menor de 18 anos, praticando com ela ato de libidinagem, ou facilitar a sua corrupção, induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo.” Tanto quanto a corrupção *principal*, a corrupção *accessória* (facilitação de corrupção) pressupõe a prática ou assistência *efetiva* do ato libidinoso. Não basta que a conduta do agente se exaure em palavras ou suasões: é preciso que o menor *sofra*, pratique ou assista, *realmente*, o ato de libidinagem. Em qualquer desses fatos, a lei reconhece ou presume, sem possibilidade de prova em contrário, a corrupção. É repelida a distinção, dificilmente aferível na prática, entre corrupção

efetiva e perigo de corrupção. Por outras palavras: a corrupção, por absoluta presunção legal, é efeito *constante* ou *necessário* dos fatos que a lei taxativamente menciona."

Redargüindo a novos argumentos trazidos à controvérsia, insistimos em nosso ponto de vista:

"Segundo a lição de AULETE, o verbo *induzir* tanto significa "persuadir ou levar a fazer algum ato" quanto "instigar". Neste último sentido, tanto pode traduzir uma atividade *principal* como uma atividade *auxiliar* (acessória). No induzir à prática ou assistência do ato libidinoso, o agente pode limitar-se a eliminar a *hesitação*, os *últimos escrúpulos* do menor. Estaria, porém, a lei incriminando uma imponderável *hipótese desmentida*, se, ao configurar a "corrupção de menores", se contentasse com o simples emprego de suasões, a que não cedesse o menor. Se não se verifica o ato libidinoso (consumação) ou *começo de execução* dele (tentativa), como se pode dizer que o menor foi *induzido*? Tudo ficou reduzido a uma *intenção má* expressa por palavras que o vento levou... O meu comentário à lei anterior não pode ser trazido à colação. O § 1.º do art. 266 da Consolidação era amplíssimo no conceito da corrupção de menores. Não se limitava ao *induzimento à prática de atos desonestos*, pois referia-se, também, de modo genérico, ao *viciamento da inocência* ou *qualquer modo de pervertimento do senso moral* do menor. A corrupção podia ser identificada até mesmo nas *orationes* capazes de insinuar na consciência do menor inoportunos ou perniciosos elementos eróticos (como escrevia eu, então). É de notar-se, porém, que, mesmo em face da lei revogada, o "*induzimento à prática de atos desonestos*" não se exauria com simples palavras, conselhos ou suasões: era necessária a *efetiva* prática de atos desonestos. O meu comentário, transcrito em sua carta, falava em *atos*, precisamente referindo-se ao meio corrutivo no caso do "*induzimento à prática de atos desonestos*". A lei antiga, como se sabe, cuidava da corrupção potencial no § 1.º e da corrupção

efetiva no § 2.º do art. 266. No tocante à prática de atos desonestos (ou libidinosos), a única diferença era que, no § 1.º, não se exigia fosse averiguado o evento lesivo, enquanto que, no § 2.º, cumpria que se fizesse tal averiguação. Ora, na prática, era inviável a constatação entre perigo de corrupção e corrupção efetiva. Ficava-se em perplexidade. Por isso mesmo, o Código atual, limitando a corrupção à *prática* ou *assistência* de *ato libidinoso*, por iniciativa ou induzimento do agente, aboliu qualquer indagação *post factum*: presume *juris et de jure* a corrupção. É como se dissesse: “Aquele que pratica ato de libidinagem com pessoa maior de 14 e menor de 18 anos, ou a induz a praticá-lo ou presenciar-lo, é punido, a título de corrupção, a reclusão, etc.” Não foi certamente por outro raciocínio que na *Exposição de motivos* se declarou que não mais se discerne entre corrupção efetiva e corrupção potencial, tendo sido ambas englobadas e sujeitas à mesma pena.”

59. Modos de corrupção. A corrupção (principal ou acessória) pode ser ao mesmo tempo *física* e *moral*, ou simplesmente *moral*, persistindo a castidade do corpo. Três são as hipóteses previstas no art. 218: a) prática de ato libidinoso com o menor; b) prática do ato libidinoso pelo próprio menor (entenda-se: sobre si mesmo ou com terceiro, na presença do agente); c) assistência do menor a ato libidinoso (praticado pelo agente com terceiro, ou por um ou outro sobre si mesmo).

Na primeira hipótese, é indiferente se a iniciativa partiu do agente ou do menor; nas duas outras hipóteses, porém, é necessário que o menor tenha sido *induzido* pelo agente (isto é, que tenha sido movido por este à prática ou assistência da libidinagem). Sejamos mais explícitos. Ato libidinoso com o menor se entende aquele em que há *contato corporal* entre o agente e o menor, pouco importando que este represente papel passivo (como quando tolera o coito anal), ativo (como na *fellatio in ore*) ou ativo-passivo (como

na prática contemporânea da *fellatio* e do *cunnilingus*).<sup>50</sup> É em tal caso que a existência do crime independe da iniciativa do agente, isto é, não importa que este haja, ou não, determinado a vontade do menor. Se, porém, o ato libidinoso é praticado pelo menor em si mesmo (automasturbação, atitudes lúbricas) ou com *terceiro*, ou se é por ele apenas assistido, não basta a presença do agente: já aqui é necessário que tenha precedido, por parte deste, o *induzimento* (persuasão, determinação da vontade) do menor.

Compreende-se que nas duas últimas hipóteses a lei exija a iniciativa maligna do agente. Sob o ponto de vista subjetivo, não se pode dizer agente de corrupção aquele que apenas *surpreende* (involuntária ou propositadamente) o menor ou é por este *surpreendido* na prática de ato libidinoso. Poderá ser um *indiscreto*, um *imprudente*, um *voyeur* accidental, mas não um *corruptor*. Seria evidente demasia que se punisse alguém por estar presente, por exemplo, ao ato de uma menor que espontaneamente se desnuda, ou se agacha mostrando o *pudendum*, ou se deixa *bolinar* por outrem. Mesmo um ato de *exibicionismo* praticado *ex abrupto* diante de uma adolescente, que, não induzida a contemplá-lo, se afasta ante a visão indecorosa, não tem suficiente relevo para constituir *material* da corrupção.

Sobre a noção de “ato libidinoso”, reportamo-nos ao número 38. Cumpre, porém, salientar que, no conteúdo da *corrupção*, o conceito de *ato de libidinagem* é mais extensivo que no do *atentado ao pudor*, *per vim* ou *per fraudem*: se neste é excluído, dentre os atos libidinosos que o integram, a *conjunção carnal* (cópula vagínica), pois que, em tal caso, o crime passa a ser o de *estupro* ou de *posse sexual mediante fraude*, já o mesmo não acontece no tocante à corrupção.

Na vigência do Código anterior, foi objeto de controvérsia se a *conjunção carnal* constitui ato de *libidinagem*. De

---

<sup>50</sup> Costuma-se falar em ato de libidinagem *com* e *contra* o menor, conforme este exerça função *ativa* (ou ativo-passiva) ou se limite ao papel de súcubo; mas isso não passa de uma *chinesice*.



nossa parte, manifestamo-nos, categoricamente, pela afirmativa (*Direito Penal*, parte especial, II): “O conceito de ato de libidinagem, no tocante à *corrução*, é mais extensivo que em relação ao *atentado violento ao pudor*, pois abrange também a *conjunção carnal*, quando esta não constitua o crime autônomo de *defloramento*. Não se trata, entretanto, de ponto pacífico em doutrina. Em sentido contrário opinam ZERBOGLIO, ESCOBEDO, POZZOLINI e MANCI: o congresso carnal, notadamente quando resulta de um impulso de recíproca paixão ou afeto, é uma prática sexual normal, um rito instintivo do amor, um *ato de volúpia* — conceda-se — mas nunca um ato de libidinagem, no sentido da reprovação ético-jurídica. MANZINI, porém, replica: “...se a *conjunção carnal*, nas relações legitimadas pelas normas sociais e morais, pode considerar-se como a celebração do mais sublime mistério natural, servindo à reprodução da espécie, à perpetuação da personalidade dos pais na dos filhos, isto não impede que ela seja, por si mesma e sempre, um ato de libidinagem, porque esta é a concupiscência erótica e o epílogo de prazer a que dá causa. E tanto isso é verdade que, sem libidinidade, isto é, sem aquelas alterações fisiológicas determinadas pela concupiscência, a *conjunção carnal* não é possível, nem mesmo entre os cônjuges mais castos e pudicos.” No mesmo sentido, MANFREDINI: “A cópula é ato de libidinagem, quando realizada com pessoa sexualmente imatura ou cujo acesso carnal, fora do casamento, a lei proíbe. Esta é a opinião acertada. Quando a lei se refere a atos de libidinagem, quer evidentemente designar todo ato sexual que se apresente como uma *anormalidade*, senão do ponto de vista biológico, pelo menos do ponto de vista social. Por isto mesmo, não é justificável a praxe imperante em nossos tribunais criminais de se mandarem para o limbo dos arquivos os inquéritos policiais sobre defloração de moças, quando não se comprova o emprego de *sedução*, *engano* ou *fraude*, isto é, quando não se verifica tipicamente o crime de *defloramento*. Abs-

“traí-se a hipótese da corrupção física e moral da vítima, que, deixada à sua irremediável desgraça, lá vai, de queda em queda, até a mais franca prostituição.”

Como juiz do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, mantivemos esse mesmo ponto de vista, formulando o seguinte “voto vencido”:

“Recusei o fundamento do acórdão, que, nos termos em que está concebido, representará, em que pese ao seu ilustre relator,<sup>51</sup> um caso típico de *jurisprudência aberrante*. Para forçar uma conclusão ao jeito de uma praxe indefensável, deslocou-se o problema para o terreno de um *naturalismo* ultrapassado e já arquivado no museu jurídico. Fez-se *tabula rasa* da moral positiva, que é a ciência do útil social. Mais um pouco de coragem, e o nobre relator do acórdão teria proclamado o *amor livre*, o hedonístico desenfreamento do instinto sexual. Do princípio ao fim, é o acórdão uma série de equívocos. Perdendo de vista o sentido profundamente ético-social da ordem jurídica, não vacila em admitir a prevalência da *animalidade*, que é força bruta, contra o *direito*, que é norma de cultura e condição específica da vida em sociedade. Eis a tese central do acórdão: a *conjunção carnal* é um ato natural e, portanto, não há proibi-la, a pretexto algum, se realizada entre pessoas fisiologicamente idôneas e livremente ajustadas. A própria virgem adolescente, que, *sponte sua*, ou por exclusivo impulso de sexualidade exaltada, se entrega, para o ato genésico, ao sátiro impudente e gozador, não pode ter a proteção penal. Não o exige o interesse social, não o reclama a ordem jurídica. É o que diz o acórdão, com todas as letras. Para evidenciar, porém, o gravíssimo erro desse critério de decisão, bastaria que se fixasse o próprio caso *sub judice*... É ele a repetição de um caso doloroso, mas que se vai tornando banal nos grandes centros urbanos, ante a espantosa indiferença da justiça pública e em contraste com inconfundível texto da lei penal.

<sup>51</sup> Relatado pelo desembargador JOSÉ DUARTE, o acórdão acha-se publicado in *Direito*, II, pág. 407.

É o caso da rapariga que, tangida de ilusões, emigra dos centros rurais para a cidade, onde a espera o mais cruel infortúnio. Inexperiente, incauta, simplória, prematuramente liberta da vigilância familiar, estonteada, desprotegida contra as tentações, mal-ambientada para a própria defesa, deixa-se levar pela lábia do primeiro reles *Don Juan* que lhe segue o rabo da saia. A primeira queda sucedem-se outras. Abandonada pelo que a iniciou na lascívia, passa a entregar-se a uns e outros. É o gradativo caminho para o prostíbulo, aonde, afinal, vai ter a pobre criatura, transformada em cloaca de aluguel. Sem resistência contra a envolvente, escaldante *atmosfera sexual* da vida citadina, a moça inocente de outrora resvala, cada vez mais, no declive da perdição, até alistar-se na deplorável legião daquelas mulheres que LOMBARDI (*Costume sociale e delinquenza*) classifica como “*bestie immonde che nutriscono il corpo col traffico stesso del corpo, senza anima, che s'affievolisce senza rimorsi, senza rimpianti, in una esistenza di abrutimento*”. E é diante disso que o acórdão pretende que a justiça penal deva cruzar os braços, pronunciando o *laissez faire, laissez passer*. Há de ficar impune o macho corrutor, desde que não usou a trica de uma *promessa de casamento*. O bode solto é um mandamento da natureza. Uma vez que foi salva a liberdade do indivíduo na consecução de si mesmo e na expansão de um instinto natural, pouco importa que uma desventurada rapariga tenha deixado de ser uma esposa honesta ou uma boa mãe de família, para ir acrescer a *perduta gente* que vive na estrumeira do Mangue... Não! O raciocínio do acórdão é falso, de uma falsidade reconhecível a olho nu. Admita-se que uma jurisprudência *evolutiva* ou *adaptativa* procure imprimir à nossa quinquagenária lei penal um sentido de atualidade, distinguindo entre a moça inexperta, que se deixou colher na teia de Aracne da sedução, e a moça *prevostiana*, cuja única virgindade consiste na inteireza himeneal, conservada apenas para o fim de eventual *chantage* ou para engodo na caça ao marido. Negue-se à última,

quando nitidamente identificada, a tutela penal. Mas não se lance o disco além da meta, como se a lei penal, abdicando de sua função eminentemente ética, tivesse de acumpliciar-se com a frouxidão dos costumes. Não há evocar a necessidade de livre eclosão dos instintos, como se estivéssemos retornando à lei da selva. Sem dúvida, como disserta MANFREDINI (*Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, ed. 1934), “toda ação humana é dirigida pelos instintos primaciais de conservação do indivíduo e da espécie, mas, na vida social, o homem reconheceu a necessidade de traçar limites à razão individual, para a coordenação indispensável à coexistência, surgindo, então, as normas morais, que orientam no sentido do que é melhor na conduta da vida, encarada esta, não como bem do indivíduo, mas, em cada indivíduo, como elemento do todo e, portanto, como instrumento da utilidade geral”. Esta é a moral positiva, apanágio da civilização, disciplina da natureza, fonte do direito. Uma coisa é o ato conforme à natureza, outra é o ato conforme ao direito. A nudeza adâmica é ensinamento da natureza, mas nem por isso deixa de ser anti-jurídica, se praticada *coram populo*. A cópula com a mulher do próximo é perfeitamente *natural*, mas incompatível com a moral jurídica. O *mínimo* ético que o direito penal defende, no tocante à vida sexual, exige que esta se realize nas condições indispensáveis a ter assegurada a sua *idoneidade social*. Tais condições não são apenas de ordem biológica, mas também, necessariamente, de ordem ético-social. Não se pode duvidar que o crime de *corrupção de menores*, de que ora se trata, é um ataque à normalidade da vida sexual, não somente do ponto de vista fisiológico, senão também, e, principalmente, do ponto de vista sociológico. A função sexual não é pura animalidade, simples fato natural: representa, igualmente, um *meio* social, sujeito, portanto, às leis da ética social. A garantia de sua normalidade, sob este prisma, é o matrimônio — base da família em função da ordem jurídico-social. Tão relevante é essa garantia, que sua ausên-

cia faz subsistir a incriminação decorrente da anormalidade do fato sexual, ainda quando, no caso concreto, se desminta a presunção de inidoneidade fisiológica da menor, e, ao contrário, ainda quando se confirme tal presunção, extingue-se a punibilidade com o *subsequens matrimonium*. Não pode haver a mínima dúvida de que a *corrução* compreende a hipótese de conjunção carnal com mulher virgem e menor, fora do matrimônio, isto é, sem a garantia reclamada pelo direito. Diz o acórdão que, com esse critério ampliativo, se pretende “reacender, após um longo período letárgico, a velhíssima “controvérsia sobre se a conjunção carnal, por si só, caracteriza o crime de *corrução de menor*, ou mesmo configura “a libidinagem que se pune no § 2.º do art. 266 (da Consolidação Penal)”, e prossegue: “Em face da lei brasileira e “da jurisprudência mais escorreita, não havia como reviver “o debate, atear a querela dormente, sem que ocorressem, “como não ocorrem, razões de ordem sociológica, técnica (?), “moral ou legal, que inculcassem a necessidade imperiosa “de uma mudança de orientação na segura e uniforme “interpretação de uma norma penal.” Enganos sobre enganos. Entre nós, nunca se esboçou, sequer, controvérsia sobre o tema, pela singela razão de que o rotativismo de um errôneo *usus fori*, aceito sem maior indagação, *nemine discrepante*, não permitiu, senão recentemente, que se suscitasse o debate. Fui dos primeiros, num despretenso compêndio de direito penal, a profligar “a praxe, imperante em nossos tribunais criminais, de se mandarem para o limbo dos arquivos os inquéritos policiais sobre defloração de moças, quando não se comprova o emprego de *sedução*, *engano* ou *fraude*, isto é, quando não se verifica, tipicamente, o crime de defloramento”, abstraindo-se, assim, “a hipótese de corrução física e moral da vítima, que, deixada à sua irremediável desgraça, lá vai, de queda em queda, até a mais franca prostituição”. Ao que parece, o culto relator do acórdão queria referir-se à jurisprudência e doutrina italianas, que são os nossos quase exclusivos figurinos na solução de questões



penais. Se assim é, teria *trucado* em falso. À parte uma transitória e cerebrina jurisprudência inspirada por LUCCHINI, já repelida desde um aresto da Suprema Corte italiana datado de 1921, a *communis opinio* na Itália é, precisamente, no sentido contrário ao da tese defendida pelo acórdão. Eis o que ficou definitivamente assentado: "*La corruzione è insita nel fatto della congiunzione carnale, che è l'atto supremamente corruttore, precipuamente com una giovinetta onesta. Violato il pudore e la verginità, cessa ogni ritegno nella castigatezza dei costumi, ed è aperta la via alla depravazione.*" Dormente está, sim, a controvérsia entre os autores alienígenas, mas para reconhecer-se que a cópula com mulher menor, *extra matrimonium*, é ato de libidinagem e, conseqüentemente, elemento de corrupção. A não ser a opinião arcaica de MANCI (*Delitti sessuali*), em que evidentemente se louvou o acórdão, não se depara, na época atual, um só penalista italiano que negue semelhante critério de decisão, já inscrito, aliás, no texto do Código Rocco, para dirimir qualquer dúvida. Se não intervém o matrimônio, que a expunge de ilegitimidade, a conjunção carnal com mulher virgem ou honesta é o *ato de libidinagem* por excelência. Como justamente discorre BAVIERA (*in Scuola Positiva*, 1910, II, págs. 211-212), esse ato é lesivo não somente da integridade física da menor, como também da sua integridade moral, excitando-lhe a concupiscência (que, uma vez alerta, não mais adormece), e ainda de sua honra objetiva, pois a opinião pública assinala com um ferrete indelével a moça que tem pecados de amor. O que a lei incrimina não é a corrupção do ponto de vista *natural*, mas a corrupção sob o prisma *jurídico*. *Atos de libidinagem*, na lapidar definição de MANFREDINI, "são todos os fatos carnaís que, movidos pela concupiscência sexual, se apresentam objetivamente capazes de produzir a vigília e a excitação da sexualidade, no mais amplo sentido". Seria verdadeiramente estranho que a cópula não fosse ato de libidinagem e, no entanto, tivessem tal qualidade os chamados "equivalentes fisiológicos ou psi-

cológicos da cópula”. Dentro da lógica do acórdão, a cópula completa tem cunho de licitude, mas a cópula simplesmente vestibular já seria criminosa. É o paradoxo do *minus* sobrelevando o *majus*. Aos mais irrisórios absurdos levaria o critério defendido pelo acórdão. Assim, o pai que encontrasse a filha a copular com o namorado, em qualquer das 12 posições cuja pintura ornava as alcovas de Tibério, teria de limitar-se a desejar a ambos bom proveito. Só poderia intervir se a surpreendesse em postura de *fellatio* ou prestando-se ao *cunnilingus*. . . Diz o acórdão: “Os atos libidinosos capazes de corromper são os anormais, os patológicos, contrários à conservação do indivíduo e da espécie, fora do quadro natural dos sexos.” Vai-se, assim, além da obsoleta opinião de MANCI, que é o primeiro a repelir a extremada conclusão de que os atos de libidinagem são somente “*quelli anormali e patologici rientranti d'ordinario nel campo della morbosità psico-sessuale e contrari alla conservazione dell'individuo e della specie*” (ob. cit., pág. 181). Seria interessante saber qual a classificação que o douto relator do acórdão daria àqueles atos que são o prelúdio da cópula e que, como dizia o avisado AMBROISE PARÉ, são indispensáveis para que a mulher corresponda à excitação do companheiro e sinta o apetite carnal, predispondo-se a fazer uma “pequena criatura de Deus”. . . Seria igualmente interessante conhecer-se como deve ser tratado, segundo o critério interpretativo do acórdão, o ato nefando do pai que, sem oposição da filha menor, tem congresso carnal com esta, desvirginando-a. Trata-se de ato não proibido pela natureza; mas haverá alguém, à face da terra, que propugne a impunidade desse pai incestuoso? Estou certo de que, se tal hipótese tivesse ocorrido ao nobre relator do acórdão, não teria sido este lavrado com a mesma amplitude de conceitos. . . A afirmativa de que não ocorrem razões de ordem sociológica, moral ou legal para que, na espécie, se mude de orientação na exegese tranqüila do texto da lei penal pátria, é irrefletida, e não resiste à mais ligeira refutação. Será, acaso, condizente com o

interesse social que se crie livre ensejo à mancebia e à prostituição? Será que seja consentâneo com a moral prática o intercâmbio sexual sem outro fim que o prazer genésico ou a mera lascívia? Não será, porventura, censurável, do ponto de vista ético-social, que o instinto de reprodução se desafogue sem a garantia legal de formação do núcleo familiar, que é a *celula mater* da sociedade? O acórdão, no seu profuso *odium* ao ascetismo e ao moralismo rebarbativo, não pode fixar o problema em toda a sua extensão, desapercibendo-se, por completo, do seu aspecto ético-jurídico-social.”

Em face do Código vigente, já nenhuma dúvida pode ser formulada sobre a classificação da conjunção carnal entre os *atos libidinosos* (cujo reconhecimento não depende, de modo algum, da sua *patologia* ou *anomalia*). Basta que se atente para os arts. 214 e 216, em cujos textos se encontra a frase “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, o que, iniludivelmente, quer dizer que a conjunção carnal é ato libidinoso. Cumpre notar que, no caso de conjunção carnal, há que distinguir entre *corrupção* e *sedução*: nesta, ao contrário do que ocorre naquela, a *virgindade* da ofendida e o “aproveitamento de sua inexperiência ou justificável confiança” são condições *necessárias* ou *indeclináveis*. Só na ausência de uma ou outra dessas circunstâncias, é que se pode identificar a *corrupção*.

Não basta que o ato seja *objetivamente* libidinoso: é preciso que represente um desafogo de lascívia, por parte do agente. Como acentua WULFFE, é necessário que o agente seja *movido* por *libidinagem* (*geschlechtlicher Sinnenlust*), por *lascívia* (*Geilheit*) ou tenha visado à excitação do instinto sexual (*Geschlechtlichtstrieb*). O fim de lascívia é inseparável do dolo da corrupção. Assim, não existe o crime no caso do médico que, para seguro diagnóstico, tateia o órgão sexual de sua cliente menor, ou o pintor que induz o “modelo” a deixar-se desnudar.

Segundo o próprio sentido de “ato libidinoso” na linguagem vulgar, não o concretiza a simples exibição de imagens

(quadros, fotografias, desenhos) obscenas, o fornecimento de livros pornográficos, ou a conversação imoral. Tais fatos poderão contribuir para o *induzimento* do menor, mas não constituem, por si mesmos, o crime em questão.

*Induzimento* é um conceito mais amplo que *sedução* como “meio” do crime que tem este nome (veja-se n.º 53): compreende, além dos *allectamenta*, suasões e promessas, os engodos de qualquer espécie, mesmo as dádivas de dinheiro.

É pressuposto do crime que o menor não seja pessoa já inteiramente corruta. Não pode haver corrupção onde já não há o que corromper. Se o menor é pessoa de todo corrompida, sua ulterior corrupção seria uma *tentativa inadequada*. Entretanto, como a corrupção tem *graus*, não se poderá deixar de reconhecer o crime na *sucessiva* desintegração moral do sujeito passivo. É o justo critério da jurisprudência italiana, sob a inspiração doutrinária: a corrupção do menor, ainda que concorra uma pretendida corrupção inicial, é de imputar-se a quem impele a vítima à extrema depravação, de modo a tornar impraticável a sua contramarcha ao bom caminho ou reabilitação. Como diz BAVIERA, o senso moral de um menor não se transforma em *res nullius* por ter sido uma vez lesado. Notadamente, não basta que se prove qualquer precedente imoral do menor, para que se considere excluído o crime. Não deixa este de existir ainda quando a corrupção parcial do menor não tenha sido acrescida pela conduta libidinosa do agente. A propósito, a Corte de Cassação italiana (aresto publicado in *Scuola Positiva*, 1925, II, pág. 456) assim se pronunciou, com inteiro acerto: “*Nel reato di corruzione di minorenni è indifferente che il minore fosse già avviato alla corruzione. Anche se la corruzione esercitata dal colpevole nulla avesse aggiunto alla malizia del fanciullo, basterebbe per la esistenza del reato il cattivo esempio che contribuò a riaffermare in lui la credenza che non sia riprovata l'immoralità libidinosa.*”

Em total estado de corrupção, afinal de contas, só se deve considerar a prostituta, a *garçonne* à MARGUERITTE (invetera-





O crime será excluído se ocorre *estado de necessidade* (arts. 19, I, e 20). Assim, o prostático que, para satisfazer a premente necessidade de micção, extrai o pênis na presença de um menor, *extra reatum est*.

60. Corrupção e lenocínio. Não é de confundir a corrupção com a modalidade do lenocínio prevista no art. 227: naquela, o agente procede para dar pasto à sua própria concupiscência, enquanto nesta é um intermediário da lascívia alheia. Se há intervenção de terceiro, que induza o menor a prestar-se à luxúria corrutora, não será ele *co-autor* do crime de corrupção, respondendo, separadamente e apenas, por crime de lenocínio especialmente agravado (art. 227, § 1.º).

Se o auxílio do terceiro consiste em prestação de local, cumpre distinguir: se o local é por ele *habitualmente* destinado a encontros para fim libidinoso, responderá por corrupção e lenocínio, em concurso formal; se não existe essa *habi-*

---

mesmo que, se tivesse usado na devida cautela, lhe teria sido possível evitar o erro. MAGALHÃES NORONHA, acareando os arts. 214 e 215, repara que o Código pátrio deixa impune o caso de quem induz menor de 14 anos a *presenciar ato de libidinagem*. E censura tal solução. Ora, o Código, presumindo, embora do ponto de vista relativo, o menor de 14 anos como incapaz de malícia, só admite a corrupção quando o sujeito passivo já ultrapassou essa idade. A prática de ato libidinoso com pessoa não maior de 14 anos constitui “atentado violento ao pudor”, *ex vi* do art. 222, letra *a*; mas seria intolerável demasia que a mera *assistência* ao ato libidinoso fosse incluída no “quadro” do art. 214. A impunidade, nessa hipótese, será, *prima facie*, estranhável; mas, no fundo, não é uma decisão *infeliz* (como argúi NORONHA), senão uma injunção de lógica e de prudência da lei. De um lado, seria flagrante incoerência reputar-se *corruptível* o menor de 14 anos (completos ou não), pois este, por sua *innocentia consilii*, é presumido, pelo Código, como incapaz de compreensão da imoralidade sexual. A lei não pode ter em conta a anormal precocidade de certos impúberes, pois tem de abstrair *quod raro accidit*, e está adstrita à sua lógica. E deve ser notado que, se, para a *assistência*, há emprego de violência *real*, o agente não ficará isento de pena, pois o fato será punido como *constrangimento ilegal* (art. 146).

Na Itália, tais foram os desastres consecutivos à Lei CRISPI (anti-regulamentarista), que se teve de revogá-la.

Nos Estados Unidos, apesar da proibição do meretrício, continuou este invadindo os centros urbanos, organizado e explorado pelos Al Capone *et concomitante caterva*. São de arrepiar as páginas em que FERRI PISANI (*Les souvenirs d'un gangster*) descreve a "cidade do prazer", instalada em Stickney, nas proximidades de Chicago.

Na Argentina, não teve melhor êxito a recente política anti-regulamentarista: lá, também, já se lamenta a abolição do antigo sistema, e é com calor que os intérpretes da lei n.º 12.331 impugnaram o aresto da Suprema Corte que entendeu *proibida* e mesmo *incriminada* a prostituição.

Não há de ser com medidas diretas contra a prostituição que se conseguirá, sequer, a sua atenuação. Os pontos e meios de ataque são outros. Estas palavras do já citado ALBERT LONDRES deviam ter sido meditadas por aquele que, entre nós, conquistou o título de "vencedor do Manguê": "*Tant*

---

ignorar que a relativa moralidade do núcleo familiar tem sido preservada, em todos os tempos, precisamente porque a prostituição lhe tem servido de fosso de circunvalação, para conter o ímpeto das hordas desse Átila ou Tamerlão, sem fé nem lei, que é o instinto sexual insatisfeito.

A segunda das soluções, isto é, a completa liberdade de movimentos ao meretrício é, também, inaceitável, pois seria a *carta de corso* concedida à impudícia e à libertinagem, e estaríamos de retorno às priscas eras em que se sacrificava ao deus Phallus ou à deusa Vênus, em plena via pública e à luz do meio-dia, ou a emparelhar-nos com as tribos selvagens que não cuidam de velamento à atividade sexual.

A solução única, pelo menos nos países ainda afeitos ao tradicional código de moral semita-cristão, é a terceira acima citada: a da liberdade vigiada da prostituição. Não a *regulamentação oficial* ou *regime de casernamento*, que já se demonstrou de péssimas conseqüências, criando ambiente propício ao incaroável cativo das decaídas e ao proxenetismo parasitário; mas, sim, o confinamento das meretrizes deixadas à sua própria iniciativa, em locais discretos ou a coberto de maior escândalo. É a prudente solução do *meio-termo*, a solução pela tolerância do "terreno-cinzentos", a solução acomodaticia entre critérios diametralmente antagônicos e

## CAPÍTULO III

## Do rapto

Rapto violento ou mediante fraude

**Art. 219.** *Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:*

*Pena — reclusão, de dois a quatro anos.*

Rapto consensual

**Art. 220.** *Se a raptada é maior de 14 anos e menor de 21, e o rapto se dá com seu consentimento:*

*Pena — detenção, de um a três anos.*

Diminuição de pena

**Art. 221.** *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.*

Concurso de rapto e outro crime

**Art. 222.** *Se o agente, ao efetuar o rapto, ou em seguida a este, pratica outro crime contra a raptada, aplicam-se cumulativamente a pena correspondente ao rapto e a cominada ao outro crime.*

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: italiano, arts. 522 a 525 e 573; alemão, §§ 236 e 237; polonês, art. 199; dinamarquês, art. 215; soviético, art. 149; austriaco, §§ 57, n.º 16, e 96; húngaro, §§ 317 a 322; francês, arts. 354 a 357; belga, arts. 368 a 370; suíço, arts. 183 a 185, 2.ª al.; norueguês, § 217; holandês, art. 281; espanhol, arts. 440 a 442; português, arts. 395 a 397; sueco, cap. XV, §§ 17 e 18; finlandês, cap. XXV, § 7.º; turco, art. 206; argentino, arts. 130 e 131; uruguaio, arts. 266 a 271; boliviano, arts. 548 a 551 e 554; colombiano, arts. 349

a 356; mexicano, arts. 267 a 271; peruano, art. 228; chileno, arts. 358 a 360; cubano, arts. 493 e 494; venezuelano, arts. 384 a 387.

**BIBLIOGRAFIA** — Além da já mencionada sobre crimes sexuais em geral, mais a seguinte: HEINEMANN (Rudolf), *Die Entführung* (O rapto), 1907; GABRIELI (F.), *Ratto*, in *Il nuovo Digesto Italiano*, vol. X; VIAZZI, *Reati sessuali*, 1896, e *Ratto* in *Enciclopedia Giuridica*, de MANCINI; MANDUCA, *Il ratto consensuale od improprio*, in *Scuola Positiva*, I; GOYENA (Irueta), *Delitos contra la libertad de cultos, rapto y estado civil*, 1933; TEJERA (Diego), *El rapto*, 1921; LAREDO (O. G.), *El rapto y su jurisprudencia*, 1945; MANFREDINI, *Sul inganno quale elemento costitutivo di ratto proprio*, in *Riv. di Dir. e Proc. Penale*, I, parte I; ESCOBEDO, *Il significato giuridico dell'inganno nel reato di ratto*, in *Giustizia Penale*, XIX.

### COMENTÁRIO

61. **Histórico.** O direito romano clássico não conheceu o rapto como crime *sui generis*: punia-o como modalidade do *crimen vis* ou da *injúria*. Somente com a legislação do imperador CONSTANTINO, passou a constituir entidade criminal autônoma o *raptus virginum, viduarum vel uxorum*, sendo-lhe cominadas penas cruelíssimas. O raptor sofria a morte pelo fogo, o mesmo acontecendo à raptada, quando consensiente. Os cúmplices, quando escravos, eram submetidos à *vivicrematio* e, se se tratava de meretrizes, tinham de morrer, deitando-se-lhes na boca chumbo derretido. Posteriormente, porém, foi abolida tamanha fereza. O imperador JUSTINIANO não só mitigou as penas, como restringiu o conceito do crime. Só era punido o rapto de mulher *honesta* (abstraindo-se tal requisito, quando a vítima fosse casada), exasperada a pena quando se tratava de mulher consagrada a Deus (*femina sanctimonialis*). Proibia-se o casamento entre o raptor e a raptada (*nec facultas raptae virgini vel viduae raptorum suum sibi maritum exposcere*). Assim era definido o rapto: "*Violenta mulieris honestae de loco ad locum abductio, resistentibus ejusdem parentibus, vel illis sub quorum cura est, animo eam carnaliter cognoscendi*." Mesmo quando para fim de casamento, entendia-se o rapto praticado *impudicitiae gratia*.

Deixou-se de punir a raptada, ainda quando consensiente, presumindo-se obtido por insidia, sedução ou fraude o seu consentimento: "*Nulli mulieri, sive volenti sive nolenti peccandi locus relinquitur, quia ipsum velle mulieri ab insidiis nequissimi hominis, qui mediatatur rapinam, inductur. Nisi etenim eam sollicitaverit, nis odiosis artibus circumvenerit, non facit eam velle in tantum dedecus esse prodere.*"

O direito canônico seguiu de perto o direito romano. Como este, considerava o rapto a subtração de mulher honesta, contra sua vontade ou a de seus pais, para fim libidinoso ou para fim de casamento. Por decisão dos Concílios de Roma, em 721 e 743, o fim libidinoso passou a ser tratado à parte: só o fim de casamento se compreendia no rapto. Deixou-se de incriminar o rapto da própria noiva, bem como o *raptus seductionis*. Somente nos casos graves era cominada a pena de morte. A princípio, vedava-se o casamento entre o raptor e a raptada, mas, sob Inocêncio II, foi revogada a proibição. O Concílio de Trento voltou a proibir o casamento, ressalvado, entretanto, o caso em que, devolvida à liberdade, a raptada consentisse na sua celebração.

O direito germânico distinguia, inicialmente, entre o *roubo de mulher (Frauenraub)* e o rapto propriamente dito, para fim de casamento e consensiente a raptada, punindo menos severamente a última espécie.

No direito franco, influenciado pelo direito romano, não se fazia tal distinção, o que, aliás, veio a refletir-se na *Carolina* (Ordenação Penal de Carlos V).

Os práticos repetiam o conceito do direito romano, mas ao rapto violento equiparavam não só o rapto *per insidias* como o *raptus seductionis* (de acordo, aliás, com o princípio romanístico de que "*persuadere plus est quam compelli atque cogi sibi parere*"), isto é, "*si mulier blanditiis seducta fuisset et promissionibus*". Considerava-se o rapto violento um meio para a perpetração do *stuprum per vim*. A pena devia ser mitigada (*citra mortem*) no caso do chamado *raptus in parentes vel tutores* (rapto consensual), isto é, quando, *si ipsa mulier consenserit se rapi*, era violada a *patria potestas* ou



autoridade tutelar sob que incidisse. Dizia FARINACIO: "*Raptus committitur in puellam volentem quando ipsa puella non est sui juris, sed in potestate alicujus.*" Segundo a opinião dominante, com o *subsequens matrimonium* (*dummodo sit liber consensus mulieris, et quod fuerit restituta in libertatem*), o raptor eximia-se às penas *a lege propter raptum impositas*, e atenuada devia ser a pena quando o agente, arrependido, *raptum carnaliter non cognovit* e repunha a vítima *in loco tuto ac libero*.

Entre nós, as Ordenações Filipinas (Título XVIII) incriminavam o fato de quem *trava de qualquer mulher ou a leva por sua vontade*, distinguindo, neste último caso, entre o *rapto de sedução* e o *in parentes*. No caso de rapto consensual de mulher casada, sofria esta a mesma pena cominada ao raptor (isto é, a de morte). Era especialmente previsto (como já acontecia no direito romano) o rapto de *freira*, que era punido com a morte ou degredo para o Brasil.

O Código de 1830 (arts. 226 e 227) previa separadamente o rapto violento e de sedução (isto é, de "mulher virgem, com afagos e promessas"), ambos condicionados a fim libidinoso. Não cuidava do rapto *in parentes vel tutores*.

O Código de 1890 equiparava ao rapto violento o insidioso e o de sedução, destacando, para mais brando tratamento penal, o rapto consensual. Como o Código do Império, não incriminava o rapto para fim de casamento.

62. A classificação do rapto. A nota predominante do crime de rapto (*enlèvement, Entführung, ratto*) é a sua direção contra a ordem e disciplina jurídicas da vida sexual familiar. Daí, o tradicional critério de sua inclusão entre os *delicta carnis*, critério que não sofreu impugnação ou repúdio, quer na doutrina, quer na legislação, até fins do século XVIII. Somente depois que, notadamente sob a influência da doutrina alemã, se atribuiu classe especial aos crimes reputados lesivos da *liberdade individual* (que passou a ser um bem jurídico tutelável por si mesmo), é que se pleiteou figurasse entre

eles o rapto. Tendo prevalecido no direito positivo alemão, tal ponto de vista refletiu-se em outras legislações. Atualmente, há um triplice critério de classificação. A exemplo do Código alemão, o húngaro, o holandês, o suíço, o sueco, o finlandês, o soviético, o turco, o peruano e o cubano, entre outros, incluem o rapto entre os crimes contra a liberdade. Outros continuam fiéis ao antigo critério, inserindo o rapto entre os crimes sexuais (contra os costumes, contra a moralidade, contra a honestidade): o espanhol, o português, o argentino, o uruguaio, o venezuelano, o mexicano, o chileno, o brasileiro. Finalmente, outros alinham o rapto entre os crimes *contra a família* (francês, belga, dinamarquês, polonês, neerueguês). O Código italiano adotou um critério bifronte: coloca o rapto violento ou *per fraudem* entre os crimes sexuais (contra a liberdade sexual) e o rapto consensual (*in parentes vel tutores*) entre os crimes contra a família (contra a assistência familiar).

Entre nós, o Projeto SÁ PEREIRA, inspirando-se no projeto suíço, endossava o critério germânico. Foi este, porém, rejeitado pelo Projeto ALCÂNTARA, seguido, neste particular, pelo *substitutivo* da Comissão Revisora. Justificando a continuidade do sistema que vinha do Código de 1890, assim se expressou o ministro CAMPOS, na sua *Exposição de motivos*: “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*. Nem sempre o meio executivo do rapto é a *violência*. 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*. No rapto, seja violento, fraudulento ou consensual, o fim do agente é a posse da vítima para fim sexual ou libidinoso. Trata-se de um crime dirigido contra o interesse da organização ético-sexual da família, interesse que sobreleva o da liberdade pessoal. Seu justo lugar, portanto, é entre os crimes contra os costumes.”

Não se pode recusar o acerto desse ponto de vista. Se, em razão do emprego da *coação*, devesse o rapto ser alinhado

entre os crimes contra a liberdade individual, para esta classe deveriam ser igualmente transferidos o *estupro*, o *atentado violento ao pudor*, o *roubo*, a *extorsão*, todos os crimes, enfim, em que seja meio executivo a *vis*. Além disso, não se pode abstrair que, por velhíssima tradição, ao lado do rapto violento ou fraudulento (direta ou indiretamente lesivo da liberdade pessoal) figura o rapto consensual (em que não há emprego de violência ou em que a violência eventualmente exercida *in parentes vel tutores* ou contra terceiros intervenientes constitui crime à parte), dado o íntimo parentesco entre as duas modalidades criminais. O critério dúplice do Código italiano é censurável (veja-se MANZINI, *Trattato*, VII, pág. 814), porque, não deixando de prever o *fim libidinoso* no rapto *in parentes vel tutores*, separa crimes que apresentam entre si a mais estreita afinidade, e o que é mais: deixa de incriminar o rapto consensual quando a menor não incida sob a autoridade paterna ou tutelar. Por amor à simetria, sacrifica o interesse da repressão do crime.

A ofensa que o rapto acarreta à organização familiar atinge esta sob o ponto de vista da disciplina ético-sexual. Os direitos-deveres enfeixados no pátrio poder ou tutela compreendem a assistência ou defesa dos filhos ou pupilos sob o prisma da moral sexual, e é sob tal aspecto que são violados pelo rapto consensual. Já se disse<sup>53</sup> que, em tais condições, também o *adultério* devia ter permanecido no setor dos crimes sexuais, e o Código foi incongruente, levando-o para a classe dos crimes contra a família. Ora, no *adultério*, o prevalente interesse defendido não é o da fidelidade conjugal por si mesma, mas o da paz e da própria conservação do núcleo familiar formado pelo casamento (cujas continuidade ele interrompe ou torna periclitante). Sob tal prisma, seu caráter sexual passa a ser secundário.

**63. Rapto violento ou fraudulento.** O Código, no artigo 219, coloca em pé de igualdade o rapto mediante violência

<sup>53</sup> BENI CARVALHO, ob. cit., pág. 206.

(física ou moral) e o rapto mediante fraude. Com o emprego da fraude é também ofendida, embora indiretamente, a liberdade de formação da vontade. Uma pessoa iludida, tanto quanto uma coagida, não decide por motivos próprios: seu consentimento não corresponde à vontade que teria manifestado se não tivesse sido induzida a erro.

O rapto violento ou fraudulento é o chamado rapto *próprio*, cujos elementos constitutivos podem ser assim fixados: a) o fato material do rapto; b) honestidade e dissenso da raptada; c) emprego de violência (física), ameaça grave ou fraude; d) fim libidinoso; e) dolo específico.

Rapto, sob o ponto de vista objetivo, é a *subtração* ou *tirada* da vítima à sua esfera de proteção legal ou zona de normalidade jurídica e sua subsequente incidência sob o domínio ou poder arbitrário do agente. Dá-se a subtração não só quando a vítima é removida *de loco ad locum*, como quando, livremente junta ao agente, por uma razão qualquer, é impedida de retornar ao *statu quo ante*. No primeiro caso, há uma *abductio*; no segundo, uma *retentio*.

Entende MAGALHÃES NORONHA que o nosso Código não previu a última espécie. Na contemplação extática do Código italiano, que prevê distintamente o rapto mediante *subtração* e o rapto mediante *retenção*, sustenta que o nosso legislador de 40 devia ter feito o mesmo: deixando de seguir o exemplo, omitiu a previsão do *raptus retentionis* (que, assim, somente a título de “cárcere privado” ou “sequestro” poderá ser punido). Tal opinião foi endossada, sem maior discussão, pela Conferência dos Desembargadores,<sup>54</sup> reunida na Capital da República em 1943. Ora, porque o Código italiano (quer o de ZANARDELLI, quer o de Rocco) e outros que lhe foram na pegada acharam de, ociosamente, mencionar *aper-tis verbis* a *retenção*, de par com a *subtração*, não se segue daí

<sup>54</sup> O arrazoado do desembargador NOGUEIRA ITAGIBA (*Anais da Conferência*, págs. 289-290) deu por demonstrado o que se pretendia demonstrar. Não formulou um só argumento, nem mesmo tomado de empréstimo a MAGALHÃES NORONHA.

que devêssemos incorrer na mesma superfluidade. É de toda evidência que há *subtração* não só quando a vítima é traslada *de loco ad locum*, como quando é *retida* ou inibida de voltar à livre disponibilidade de si mesma. Em ambos os casos, a vítima está sendo *tirada*, *subtraída* à sua esfera de segurança jurídica. É o que já acentuamos em missiva que, um tanto alarmado, dirigimos ao provecto NORONHA (estampada em nosso livro *Novas questões jurídico-penais*): “Não tenho dúvida que o art. 219 compreende o rapto *per obsidionem*. No seu conceito moderno, rapto é a retirada de mulher honesta (visando o agente a fim libidinoso)<sup>55</sup> de sua esfera de proteção legal ou âmbito normal de vida. Ora, é inegável que na *retenção*, isto é, no indébito apoderamento da mulher ou impedimento a que ela retorne a essa esfera ou âmbito, concretiza-se aquele conteúdo de fato... Se *raptar* significasse *arrebatar* (como entende o colega), o dizer-se rapto *consensual* (ou rapto *fraudulento*) seria uma berrante *contradictio in adjectis*... Raptar, na linguagem jurídica, é *tirar*, com ou sem violência, mulher honesta de sua órbita de proteção legal (para fim libidinoso). Ora, tanto se opera a *tirada* removendo-se a vítima *de loco ad locum*, como quando se impede que a vítima, junta ao agente por um motivo qualquer, retorne à sua zona de normalidade jurídica. Seria ociosa a referência, no texto legal, à *retentio*. *Arrebatar* é *tirar por força* (AULETE), e nem sempre o crime de rapto se comete com emprego de força. De modo que não se pode, sob o prisma jurídico-penal, restringir ao sentido de *arrebatar* o verbo “raptar”.

Eis a lição de LISZT-SCHMIDT (ob. cit., pág. 542), em comentário ao Código alemão, que não cuida expressamente da “retenção”: “O caráter essencial do rapto é a interrupção do “poder e da proteção, sob que a raptada se achava, e o estabelecimento de uma nova relação de dependência para com “o agente... Não é necessária a circunstância de afastamen-

<sup>55</sup> Perante os Códigos que vêem no rapto um crime *contra a liberdade*, é claro que, em tese, se tornam indiferentes a honestidade da vítima e o fim libidinoso.



“to no espaço: basta a retenção.” (“*Räumliche Entfernung ist nicht notwendig: das Zurückhalten genügt.*”) Já no mesmo sentido opinavam FEUERBACH, MARTIN, HENKE e HAFTER, isto é, também estes insignes penalistas sustentavam que não era necessária a remoção de um lugar para outro (*Aufenthaltsveränderung*). Segundo justamente disserta MANCI (ob. cit., pág. 221), “subtração significa não só levar consigo, quer o agente passivo se mova livremente, quer quando seja movido por uma daquelas ações que têm por caráter fundamental uma violação de liberdade, como também ter alguém sob a própria disponibilidade, sem que possa livremente afastar-se, isto é, reduzir ao seu poder, submeter ao seu domínio, “reter”.

*Subtrair*, na espécie, é tolher a possibilidade de ação normal e livre da mulher, ou, como diz MANFREDINI, “isolar a mulher de seus meios defensivos sociais”, e tal efeito tanto se obtém com a *abductio* como com a *retentio*. Tome-se o exemplo figurado por LAREDO: a mulher vai ter a um gabinete dentário, e o dentista, movido por lasciva paixão, impede que ela retorne à sua casa, coagindo-a a ficar em sua companhia. Quem poderia deixar de reconhecer no caso um rapto violento? <sup>56</sup> Será que essa mulher não foi retirada à sua esfera normal ou habitual de proteção jurídica, incidindo sob o arbitrário poder de outrem?

Não pode suscitar dúvida que o rapto existe ainda quando não haja distinguir, no caso concreto, um lugar *a quo* e um lugar *ad quem*. Desde que a vítima, empolgada pelo agente (*libidinis causa*), é inibida de exercer o seu *jus eundi ultro citroque*, não podendo regressar ao círculo familiar ou ao seu âmbito de segurança jurídico-social, pouco importa se precedeu, ou não, uma trasladação no espaço: o rapto está consumado. O legislador brasileiro não podia abstrair a evolução do conceito do rapto, e não merece a censura de ter ficado adstrito ao acanhado critério romanístico da *abductio de loco*

<sup>56</sup> O mais famoso rapto de que nos dá conta a História foi praticado mediante *retenção*: o das Sabinas.

*ad locum*, só porque não se pôs de *olho comprido* para o Código italiano, reproduzindo-lhe um texto palavroso.

Ao contrário do Código anterior, o atual não faz referência ao lugar *a quo*, o que está a evidenciar a latitude com que conceituou o rapto. Qualquer que seja o lugar onde se achava a vítima (lar doméstico, local onde resida ou exerça a sua atividade, ou qualquer outro em que desfrute da proteção jurídico-social, no sentido da liberdade individual e sexual), o apoderamento desta por parte do agente configura o rapto. É indiferente que o lugar *a quo* ou o lugar *ad quem* seja casa de habitação. Mesmo que a vítima seja *subtraída* na via pública e levada para um sítio agreste, o crime existe.

É preciso que a vítima fique reduzida à condição de não poder invocar e receber imediatamente o socorro de outras pessoas (autoridade, parentes, amigos), isto é, a vítima, por um período de tempo *juridicamente relevante*, deve ficar à mercê do discricionário poder do agente. Não há rapto, mas *estupro* ou *atentado violento ao pudor*, se o agente se limita a apoderar-se da mulher momentaneamente ou a uma simples *deviatio* pelo tempo suficiente ao forçado acesso carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

O *dissenso* da vítima deve ser constante: se, em momento sucessivo, adere à vontade do agente, deixa de haver crime, salvo se é menor de 21 anos, pois em tal caso restará o *rapto consensual* ou, se não é maior de 14 anos, haverá o próprio rapto violento, *ex vi* do art. 224, letra a.

Se o sujeito ativo do rapto tanto pode ser *homem* como *mulher* (mesmo tratando-se de rapto para *fim de casamento*, pode esta ser partícipe), o sujeito passivo só pode ser *mulher* ou, mais precisamente, *mulher honesta*. Sobre o conceito de *mulher honesta*, veja-se n.º 44. Ainda que para fim libidinoso, a *abductio* ou *retentio* de uma meretriz ou mulher libertina não constitui rapto, mas crime *contra a liberdade* ("cárcere privado", "seqüestro"). Este critério de decisão remonta aos práticos: "*Rapiens meretricem raptus poena non tenetur*" (FARINACIO).

Os meios executivos, segundo o art. 218, são a *violência*, a *ameaça grave* ou a *fraude*. Sobre os dois primeiros, reportamo-nos ao n.º 32. Quanto à fraude, cumpre salientar que é necessário um artifício ou *mise en scène* tal, que, efetivamente, oculte a verdadeira situação de fato, ou faça a vítima supor uma situação diversa da real. Exemplos: o agente, fazendo crer, por meio de um falso bilhete, que o pai da vítima sofreu um acidente e reclama sua presença no local onde se acha recolhido, consegue que ela o acompanhe; abrigando-se contra a tempestade numa casa de campo, a vítima é retida pelo proprietário, que faz simular ter sido arrancado pela torrente pluvial o passadiço que dá acesso à estrada. O artifício fraudulento, como diz PESSINA, “*può anche essere grossolano, ma deve essere almeno proporzionato al grado di attitudine intellettuale di colui che ne fu vittima; se questa attitudine intellettuale era tale che l'ordinaria diligenza avrebbe potuto evitare d'essere ingannato, imputi a sè stesso la sua supina negligenza, e la sua imprudenza non gli dà diritto d'invocare il presidio della giustizia punitrice*”. É de mister que o artifício tenha induzido a vítima em erro acerca do *fato constitutivo do crime*, isto é, que a vítima seja enganada de modo a prestar-se à *remoção* ou *retenção*, sem cuidar que está sendo *subtraída*. Não bastam os meios habituais de sedução, as dádivas, as fementidas promessas (de casamento, de vida faustosa, de vida em comum *more uxorio*, etc.), pois, em tais casos, a mulher *sabe* que está sendo raptada.

Como adverte MANZINI, o emprego simultâneo ou sucessivo (no mesmo contexto de ação) dos meios executivos mencionados no texto legal não cinde a unidade do crime. Alternativamente previstos, é indiferente o seu uso dissociado ou associado.

O dolo do rapto especifica-se pelo *fin libidinoso* (acrescido à vontade e consciência da ação descrita no texto legal da incriminação). É esse *fin* que diferencia o rapto de outros crimes em que há emprego de violência ou fraude para suprimir

a “liberdade de ir e vir” da vítima. O fim libidinoso refere-se à cópula carnal ou qualquer outro ato de concupiscência.

Segundo a lição dos práticos, o fim libidinoso é de se presumir, até prova em contrário, quando a raptada for mulher apta *ad venerem*, do mesmo modo que é excluído, também, por presunção relativa, quando se tratar de uma velha: “... *mulier senex inepta ad venerem, praesumitur in dubio rapta ex alia causa; et mulier juvenis praesumitur rapta ex causa libidinis.*”

**63-A. Consumação e tentativa.** 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*. Assim, se a vítima é eficientemente acudida no momento de ser levada *ad alium locum*, ou consegue fugir, quando da violência ou fraude dirigida à sua retenção, o que se configura é apenas o rapto tentado. Os mesmos princípios sobre consumação e tentativa de furto podem ser aplicados à consumação e tentativa de rapto.

Nada tem a ver com o grau de realização do rapto a execução ou começo de execução do *fim libidinoso*, que somente do ponto de vista do elemento subjetivo influi na caracterização do crime.

**64. Rapto consensual.** No art. 220, é previsto o rapto *consensual*, ou *impróprio* (como o chamavam os práticos). Em tal modalidade, precede o consentimento da raptada, e esta há de ser menor de 21 anos e maior de 14 (se não é maior de 14, presume-se a violência). Quanto ao mais, não há o que distinguir entre o rapto próprio e o consensual. Ao que explica a *Exposição de motivos*, foi conservado, aqui, “o limite da menoridade civil, de vez que essa modalidade de

“crime é, principalmente, uma ofensa ao pátrio poder ou autoridade tutelar (*in parentes vel tutores*)”. Não se deve, porém, concluir desse trecho que seja indispensável achar-se a menor, efetivamente, sob o pátrio poder ou tutela. O texto legal não faz semelhante restrição. Normalmente, uma pessoa menor se encontra sob a autoridade paterna ou tutelar; mas tal condição não é requisito *necessário* do rapto consensual. A menor órfã de pai e mãe e a que não tenha sido dado tutor (ou que não esteja, sequer, sob a autoridade *de facto* de alguém), não se transforma, como diz MANFREDINI, em *res nullius*: subtraí-la, embora consentiente, ao seu âmbito normal de vida e segurança, para fim libidinoso, constitui, inquestionavelmente, o crime previsto no art. 220. O bem protegido, com a incriminação do rapto consensual, é, realmente, em primeiro plano, o pátrio poder ou o seu substitutivo — a tutela; mas, como um e outro representam uma função de vigilância para assegurar uma vida e educação conformes à vontade do Estado (a lei civil nem mesmo compreende um menor sem estar sob a *patria potestas* ou tutela), deve reconhecer-se que subsistem e são lesados, ainda quando, eventualmente, falte o órgão do seu exercício, que pode, aliás, atuar posteriormente à ofensa (MANFREDINI, MAGALHÃES NORONHA). O crime em questão não deixa de existir, ainda no caso em que haja precedido consentimento dos pais ou tutor, por isso que são *irrenunciáveis* os *direitos-deveres* que o pátrio poder e a tutela encerram. A ofensa (acarretada pelo rapto consensual) atinge o pátrio poder e a tutela como garantias que o Estado prescreve e regula mais em benefício dos menores do que de seus respectivos titulares. O pai ou tutor consentiente no rapto (para fim libidinoso) incorre, tal seja o caso, nas penas de lenocínio (arts. 227, § 1.º, e 228, § 1.º).

Se a menor é *emancipada* (art. 9.º, parág. único, do Código Civil), deixa de haver o crime. Com a emancipação, conforme pondera MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 258), “cessa o poder paterno ou tutelar, donde o ato praticado con-



“tra o emancipado que anuiu, é um ato executado com con-  
“sentimento válido, pois quem o deu podia dar” e “pensar o  
contrário é evidentemente criar uma incapacidade inexisten-  
te; na lei civil e na lei penal”.

Não se deve confundir o rapto consensual com o sim-  
ples acolhimento de uma menor fugitiva, ainda que com pro-  
pósito lascivo. Também não é rapto o simples fato de atrair  
uma menor para ato libidinoso (entrevista amorosa) e pelo  
só momento deste. Já dizia FARINACIO: *“Non sufficit quod  
gratia commodioris usus (coitus) quis puellam amoveat de uno  
loco ad alium.”* No mesmo sentido, SINISTRARI: *“Nam si cau-  
sa commodioris coitus quis abduceret feminam de camera ad  
cameram et etiam de domo ad domum, aut de agro ad syl-  
viam et habita copula dimitteretur, non possit talis abductio  
dici raptus... Ut raptus probetur requisitur, quod etiam pro-  
betur haec alia circumstantia, nempe, quod abducta fuerit  
femina non ob coitum commodiorum, sed ad eam retinan-  
dam extra propriam domum causa libidinis.”*

Deixará de apresentar-se o crime sempre que a menor  
vai ao encontro do seu amado, sem qualquer iniciativa deste.  
Como ensina VON LISZT, a interrupção da relação de depen-  
dência jurídica da menor deve operar-se por ato do raptor,  
embora venha a cooperar com este a raptada: não se pode  
falar em rapto quando a menor, *sponte sua*, deixa a casa pa-  
terna e se dirige à casa do raptor (*“kann von Entführung  
keine Rede sein, wenn die Entführte das Haus ihrer Eltern  
und sich in die Wohnung des Entführes begibt”*). Para que  
se configure o rapto, é preciso, pelo menos, que haja uma *pro-  
posta* do agente, e que tal proposta seja a *causa* do consenti-  
mento da menor.

Cumprе notar que mesmo a mulher de menor idade tem  
uma relativa liberdade, e, nos limites desta, o seu consenti-  
mento exclui o rapto. Segundo já decidiu a Corte de Cassação  
italiana, se a menor, achando-se fora de casa, aceita um pas-  
sageiro encontro para fim libidinoso, e desde que o autor do  
convite não haja *“inteso e fatto opera di sottrarre la minoren-*

*ne alla propria sfera di familiare per trattenerla, e farla vivere nella propria*”, não ocorre a figura específica do rapto consensual.

O consentimento da vítima pode ser obtido mediante sedução (no mais amplo sentido) ou consistir, como já acima se disse, na *aceitação* pura e simples da proposta do agente.

Ainda mesmo que seja empregada violência (física ou moral) ou fraude contra pessoas da família da raptada ou terceiros intervenientes, o rapto não deixa de ser consensual. Pela *vis*, em tal caso, responderá o agente, mas em concurso material com o rapto consensual.

Se a menor, a princípio consensiente, vem a dissentir *ex post facto*, e o agente não a restitui à liberdade, o rapto passa a ser *violento* ou *fraudulento*, conforme as circunstâncias.

65. “*Raptus privilegiatus*”. Dispõe o art. 221, primeira parte, que a pena é diminuída de um terço, se o rapto é para *fim de casamento*. Constitui este, portanto, uma *minorante* (causa especial de diminuição de pena), mas é bem de ver que o fato na sua totalidade (rapto para fim de casamento) constitui uma *modalidade de rapto*, ou seja, um *raptus privilegiatus*, em que o dolo, diferentemente do que ocorre no rapto próprio ou no rapto consensual, é o fim de casamento.

Ao contrário do que entende BENI CARVALHO (ob. citada, págs. 219 e 220), o *raptus privilegiatus* tanto pode ocorrer quando precede o consentimento da vítima, quanto no caso de violência ou fraude. Para entender-se de outro modo, seria preciso que o dispositivo do art. 221 figurasse como parágrafo do art. 220. A única diferença é que, no caso de emprego de violência ou fraude, a pena é a do art. 219, diminuída de um terço; enquanto no caso de menor consensiente, a diminuição de um terço é feita sobre a pena do art. 220.

O *fim de casamento* (sinceramente visado pelo agente) deve ser iniludivelmente demonstrado pelas circunstâncias. Não basta que o acusado o alegue. Feita a prova em tal sen-

tido, a minorante subsiste ainda quando o agente pratique algum ato libidinoso contra a raptada. Em tal hipótese, como diz MAGALHÃES NORONHA, “a consumação dos gozos genésicos não foi o *fim do agente*, mas o *meio*, como, aliás, o próprio rapto, para conseguir o fim de matrimônio”.

É de ponderar que, se o agente, ato seguido à subtração da menor, a coloca em lugar seguro, com imediato aviso à autoridade pública competente para resolver sobre o casamento, não se poderá identificar o crime.

66. A minorante da “*restitutio in integrum*”. Na segunda parte do art. 221 se declara que a pena é diminuída 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”. É o que os práticos chamavam *restitutio in integrum* da raptada, ou sua *repositio in pristinum statum*. Trata-se de um caso de *arrependimento eficaz*, que, em desacordo com a regra geral (art. 13, última parte), não extingue a punibilidade, mas é estimulado pela lei com a promessa de uma notável diminuição de pena. Explica-se na espécie o só efeito de minorante à resipiscência útil: mesmo restituída indene *in loco tuto ac libero*, a menor sofreu um sério gravame à sua honra sexual, que a coloca sob a suspeita geral. Para obtenção do favor legal, é bem de ver que o agente, ao restituir *in integrum* a vítima, deve ter procedido por motivos psicológicos próprios, pouco importando se *virtutis amore* ou *formidine poenae*, ou por cálculo de vantagens pessoais. O que é necessário é que não tenha sido *coagido* física ou moralmente por outrem. Em face do nosso Código, o *arrependimento eficaz*, ainda quando inteiramente elisivo da punibilidade, não exige a *espontaneidade*: basta que seja *voluntário* (veja-se *Exposição de motivos*). BENTO DE FARIA (ob. cit., pág. 79), inadvertidamente, entende que a *restitutio in integrum* será inócua, se já tiver sido iniciado inquérito policial ou instaurada ação penal. Ora, o *receio da pena in abstracto* ou *in concreto* não tira à resipiscência nem mesmo o caráter de *espontaneidade*, quanto mais o de *volun-*

*tariedade*. Como já acentuava FEUERBACH, seria uma singular contradição da lei penal se esta não suspendesse ou atenuasse o seu rigor contra aqueles que, por ela intimidados, abandonem a ação criminosa ou evitem os efeitos desta (veja-se, a tal respeito, TOLOMEI, *Il pentimento nel diritto penale*, 1927). E não tendo o art. 221 determinado o prazo dentro do qual deva realizar-se a *repositio in pristinum*, a única solução é que o seu efeito minorante tem de ser reconhecido ainda que já tenha sobrevindo sentença condenatória do acusado. Não foi por mero acaso que a Comissão Revisora suprimiu a cláusula restritiva “antes de julgado” com que o Projeto ALCANTARA favorecia, no caso, o resipiscente. Não seria de boa política criminal que, por uma mesquinha consideração de ordem processual, se preferisse o rigor do castigo contra o culpado ao salvamento da ofendida. Se a condenação já tiver passado em julgado, a diminuição da pena deve ser obtida mediante *revisão*.

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 (art. 50, parág. único), podendo o juiz aplicar somente a que decorre da *restitutio*.

87. Concurso de rapto com outro crime. Remonta aos práticos a controvérsia sobre o modo de tratar-se o *ato libidinoso* realizado com a vítima subsequentemente ao rapto. Entendiam alguns na conformidade da lei romana que o rapto próprio e o estupro violento eram uma e a mesma coisa. *Qui raptu potitur stupro fruitur*. Outros, entretanto, opinavam que *aliud est rapere, aliud per vim stuprare*. CARMIGNANI sustentava a pluralidade de crimes, enquanto CARRARA propugnava pela unidade jurídica: provado o fim libidinoso, a sucessiva conjunção carnal ou ato de lascívia forma com o rapto um *crime complexo*. PESSINA entendia que os dois crimes são um só na consciência do agente, dado o nexo de meio a fim

entre um e outro, de modo que se devia reconhecer um *concurso formal*.<sup>57</sup> ALIMENA era pelo *concurso material*: não há confundir o *fim libidinoso* com a *libidinagem*; a existência do rapto não depende, objetivamente, da ulterior libidinagem; esta é fim específico, mas não *elemento constitutivo* daquele. POZZOLINI admitia o concurso material somente quando o agente, frustrada a sua esperança de que a vítima viesse a ceder voluntariamente ao ato libidinoso, emprega força para a consecução de tal fim. VIAZZI, LEVI e MANCI postulavam que o estupro *absorvia* o rapto. A jurisprudência, igualmente, vacilava: ora reconhecia a existência de dois crimes distintos, ora o concurso formal, ora o crime complexo.

O nosso Código de 90 (art. 270, § 2.º) dispunha que, se ao rapto se seguia o *defloramento* ou *estupro* da vítima, haveria unidade jurídica de crime, ficando o agente sujeito às penas do crime-fim, mas com o aumento da sexta parte. Não tendo, porém, regulado o caso em que ao rapto se seguisse *atentado violento ao pudor* ou *corrupção*, deu margem a que se questionasse, em tais casos, sobre a existência de um concurso material ou formal. GALDINO SIQUEIRA opinava pela última solução. Impugnando-a, entretanto, dizíamos nós: "A não ser que a lei, excepcionalmente, disponha o contrário (como no caso do § 2.º do art. 270), não há concurso formal senão quando haja *unidade* de fato e de *intenção criminosa* (entendida esta, não como o fim último do agente, mas, segundo a lição de IMPALLOMENI, como o propósito de traduzir em ato a representação de um efeito objetivamente contrário à lei penal).<sup>58</sup> Ora, o indivíduo que tira uma mulher, para fim libidinoso, à esfera de sua proteção jurídica e, a seguir,

<sup>57</sup> Os que sustentavam a existência do concurso formal sentiam-se embaraçados para resolver a questão no caso de rapto para *fim de matrimônio* e em que o agente, em um momento sucessivo, achasse de praticar ato libidinoso com a vítima.

<sup>58</sup> O Código vigente, como se sabe, dispensa, na identificação do concurso formal, a unidade de designio, contentando-se com a unidade de ação. Esta é requisito *suficiente*.



atenta contra o seu pudor ou a corrompe moralmente, realiza dois fatos objetivamente delituosos e obedece, necessariamente, a duas intenções distintas.”

O Código atual cortou cerce a controvérsia, com a seguinte fórmula genérica (art. 222): “Se o agente, ao efetuar o rapto, ou em seguida a este, pratica outro crime contra a raptada, aplicam-se cumulativamente a pena correspondente ao rapto e a cominada ao outro crime.” Haverá sempre, portanto, concurso material.

BENI CARVALHO (louvando-se num comentário de JORGE SEVERIANO) censura o Código por não ter cuidado, também, do caso em que o *outro crime* anteceda o rapto. E acrescenta: “Se, por exemplo, antes de efetuar, propriamente, o rapto, isto é, antes de subtrair à vítima a sua liberdade, o agente, com trabalho preliminar, a induz à prostituição, a ele deverá aplicar-se, cumulativamente, a pena correspondente ao rapto e também a do crime previsto no art. 228. Seria absurdo não o fazer, sobretudo em face do disposto no artigo 51, referente ao concurso material de delitos.” É, de todo, incompreensível semelhante comentário. Ou está fora de propósito. O art. 222 cuida *especialmente* do concurso do rapto com outro crime, para afastar a possibilidade de se reconhecer o simples concurso formal no caso em que o rapto para fim libidinoso seja acompanhado ou seguido de outro crime de cunho sexual. O seu comentador não pode ignorar ou abstrair a longa controvérsia travada a respeito. Foi para evitá-la no campo da exegese, que se formulou o dispositivo em questão. Para que, então, trazer à balha a hipótese de crime *anteriormente* praticado, desde que em tal hipótese ninguém jamais duvidou da existência do concurso material? Além disso, foi infeliz o exemplo figurado, do precedente *induzimento à prostituição*. Ressente-se ele de um equívoco em torno do que seja *induzir* alguém à prática de uma ação. O induzimento à prostituição (crime de dano) é penalmente irrelevante se não se segue o *efetivo* exercício

da prostituição (salvo se as circunstâncias concretizarem a tentativa). O exemplo, portanto, não teria cabimento algum, desde que o exercício da prostituição, como momento consumativo do crime, dar-se-ia *depois* do rapto (incidindo, assim, na regra do art. 222).

## CAPÍTULO IV

## Disposições gerais

Formas  
qualificadas

*Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:*

*Pena — reclusão, de quatro a 12 anos.*

*Parág. único. Se do fato resulta a morte.*

*Pena — reclusão, de oito a 20 anos.*

Presunção  
de violência

*Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:*

- a) não é maior de 14 anos;*
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;*
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.*

Ação  
penal

*Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.*

*§ 1.º Procede-se, entretanto, mediante ação pública:*

*I, 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;*

*II, se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.*

§ 2.º No caso do n.º I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

Aumento  
de pena

Art. 226. A pena é aumentada de quarta parte:

I, se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas;

II, se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

III, se o agente é casado.

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: alemão, §§ 178, 176, ns. 2 e 3, 179, última parte, 182, última parte, 173 e 179; italiano, arts. 519, ns. 1 a 3, 521, 2.ª al., 524, 539, 540, 542 e 544; espanhol, arts. 434, 2.º e 3.º, 434, 437; belga, arts. 375 e 377; austríaco, §§ 112, 125 e 127; suíço, arts. 187, 2.ª al., 191, 192, 195 e 196, 2.ª al.; norueguês, §§ 192, 2.ª al., 193, 2.ª al., 195, 197, 199, ns. 1 a 3, 207, 208 e 214; iugoslavo, arts. 180 e 182; dinamarquês arts. 217, ns. 1 e 2, 222, 226 e 227; francês, art. 333; soviético, arts. 151 e 153, *in fine*, e 2.ª al.; finlandês, cap. XX, §§ 2 a 8; húngaro, §§ 232, n.º 2, 235, ns. 1 e 2, 236 a 240; holandês, arts. 243, 244, 245, 247 e 248; português, arts. 391, 2.ª al., 393, 394, 398, 399 e 400, parág. único; japonês, § 178; polonês, arts. 203 e 206; argentino, arts. 119, ns. 1 e 2, 122 a 124, 132 e 133; colombiano, artigos 316, 2.ª al., 317, 2.º e 3.º, 318 e 319, 2.ª al.; boliviano, arts. 425, 548, 2.ª al., e 559; mexicano arts. 263, 266, 270 a 272; chileno, arts. 361, ns. 2 e 3, 364, 368, 369, 371 e 372; peruano arts. 197 a 199, 203, 204, 2.ª al., e 205; uruguaio, arts. 271, 272, ns. 1 e 2, 276 e 279.

**BIBLIOGRAFIA** — Além da já citada em capítulos anteriores: BUSCH, *Forensisch-psychiatrische Beiträge zur Frage des sexuellen Missbrauchs geistig minderwertiger Personen* (Contribuições psiquiátrico-forenses à questão do abuso sexual contra pessoas mentalmente inferiorizadas), 1930; WIDMER, *Der strafrechtliche Schutz der Minderjährigen vor Misshandlung und sexuellen Missbrauch* (A proteção penal dos menores contra maus tratos e abusos sexuais), 1922; ALIMENA, *L'età nei delitti contro il buon costume e contro l'ordine delle famiglie*, in *Giustizia Penale*, X; SORGU, *La violenza carnale presunta nel nuovo Codice Penale*, in *Il nuovo diritto italiano*, janeiro

de 1933; ESCOBEDO, *L'aggravante dell'abuso di fiducia e delle relazioni domestiche nella violenza carnale*, in *Giustizia Penale*, 1923; GABRIELI, *La connessione dei reati ai fini dell'art. 542, n.º 2, Codice Penale*, in *Annali di dir. e proced. penale*, 1932, págs. 1.523 e segs.; GLEISPACH, *Angriffe auf die Sittlichkeit*, in *Das kommende deutsche Strafrecht*, col. de GÜRTNER, 1936; SANDULLI, *Violenza carnale, violenza induttiva in specie*, supl. à *Rivista Penale*, XVIII, pág. 245.

### COMENTÁRIO

68. *Formas qualificadas. Resultado preterdoloso do emprego de violência.* O art. 223 prevê, para sensível majoração de pena, os casos em que, da violência empregada na execução de crime sexual, resulta, como *excesso de fim, lesão corporal grave* ou a *morte* da vítima (as simples *vias de fato* e a *lesão corporal leve, dolosa* ou *preterdolosa*, formam elemento constitutivo do crime sexual violento). Cumpre notar, para logo, que o dispositivo só se refere ao “estupro” e ao “atentado violento ao pudor”,<sup>59</sup> não abrangendo o “rapto”, pois, quanto a este, há a regra do art. 222, que impede se reconheça *unidade jurídica* entre rapto e qualquer outro crime concorrente (devendo ser as penas sempre cumuladas). A decidir-se de outro modo, estariam os dois artigos em evidente colisão e violado o princípio de que *in toto jure generi per speciem derogatur*.

O que se apresenta no artigo ora comentado são hipóteses de *crime qualificado pelo resultado*. O evento “lesão corporal grave” ou “morte” é *preterdoloso*, ou seja, não é *praecogitatus*, não é querido nem mesmo eventualmente pelo agente e, portanto, só a título de culpa pode ser imputado. Dá-se, na espécie, uma *unidade complexa* entre crime sexual violento (antecedente doloso) e crime culposo (funcionando este como “condição de maior punibilidade”). Trata-se de hipóteses análogas às *formas qualificadas do aborto* (artigo 127), da *exposição de recém-nascido* (art. 134, §§ 1.º e 2.º),

<sup>59</sup> Advirta-se, entretanto, que o art. 232 manda aplicar igualmente o disposto no art. 223 ao *lenocínio violento*.



dos *maus-tratos* (art. 136, §§ 1.º e 2.º), dos *crimes contra a tranquilidade pública* (arts. 256, 263, 264, parág. único, e 285), da *extorsão mediante seqüestro* (art. 159, § 3.º), etc. O artigo em questão, embora com menos latitude, corresponde ao art. 195 do Código Penal suíço, que, nos crimes sexuais, violentos ou não, exaspera a pena quando sobrevenha resultado letal ou gravemente lesivo à saúde da vítima, “se o agente tivesse podido prevê-lo”. Quando foi da elaboração do Código helvético, observava GAUTIER, no seio da 2.ª Comissão de Peritos (*Protokoll*, III, pág. 188): “... muitos crimes contra os costumes são cometidos por indivíduos grosseiros que, embora não queiram matar ou ferir gravemente suas vítimas, não recuam, para saciar seus instintos, ante meio algum tendente a vencer a resistência delas.” Para casos de tal natureza é que também foi formulado o art. 223 do nosso Código. O evento letal ou gravemente ofensivo da integridade corporal ou saúde da vítima, decorrente da violência empregada pelo agente, é considerado *ultra finem* ou *extra cogitatum*, justificada a exasperação da pena pelo concomitante *exercitium rei illicitae*. CALAME, outro dos revisores do projeto de Código suíço, pleiteando e obtendo fosse corrigido o excesso de pena que, a princípio, era cominada no caso, assim dissertava, com toda razão (*Protokoll*, III, pág. 190): “*En effet, ce que le délinquant se propose, c'est avant tout la satisfaction d'un besoin sexuel, et pour le réaliser, il ne songe pas aux conséquences possibles et d'ailleurs lointaines de son acte. Si cet acte entraîne malheureusement la mort de la victime ou une grave atteinte à sa santé, il est le premier a le déplorer, car non seulement il n'a pas voulu atteindre un résultat aussi dommageable, mais dans la plupart des cas il n'a pas pu le prévoir.*” O resultado “morte” ou “lesão corporal grave” deriva da imprudência, da precipitação, da inconsiderada sofreguidão do agente. O emprego de violência é doloso, mas quando se diz *violência*, diz-se força coativa, compressão mecânica da liberdade corporal de outrem, e não, necessariamente, *lesão corporal* ou *ocisão*: este ou aquele evento pode ter sido querido, direta

ou eventualmente, pelo agente, e pode não ter sido, sequer, previsto por ele, embora tivesse podido prevê-lo. Desta última hipótese é que cogita o art. 223. Não assiste razão alguma a MAGALHÃES NORONHA quando diz (ob. cit., pág. 285) que “é a título de dolo que o efeito letal ou fisicamente ofensivo à vítima é imputado ao delinqüente, pois, pelo art. 15, n.º I, “da lei, ainda que a intenção do agente não tenha sido “a morte ou lesão, age ele dolosamente, desde que assuma o “risco de produzi-lo”. Focalizemos, primeiramente, a hipótese do resultado “morte”. Somente um *sadista* requintado pode *querer* matar outrem para fim libidinoso; mas, em tal caso, o que há a reconhecer, indubitavelmente, não é a *forma qualificada* de crime sexual, mas um homicídio *qualificado* pelo “fim torpe” (art. 121, § 2.º, letra *a*), ficando o agente sujeito (se não ocorre a *irresponsabilidade*) à pena de 12 a 30 anos de reclusão. À parte essa hipótese anômala, o criminoso sexual, para satisfazer sua lascívia, não *quer* jamais, nem mesmo eventualmente, matar a vítima, pois, de outra forma, estaria paradoxalmente, a impedir a consecução do próprio intuito. É de toda evidência, portanto, que o parág. único do art. 223 se refere a “morte” como resultado *ultra voluntatem* (homicídio preterdoloso ou lesão corporal seguida de morte). Nem se compreenderia que, a não ser assim, a pena unitária cominada (oito a 20 anos de reclusão) fosse inferior à do homicídio qualificado. Ainda mais: considerado *doloso* o evento “morte”, ter-se-ia, no caso de extinção de punibilidade do crime sexual, de aplicar pena mais grave do que a cominada à unidade complexa. No tocante ao evento “lesão corporal grave”, basta ponderar que se este fosse imputado a título de dolo (direto ou eventual), não se justificaria que a pena majorada (reclusão por quatro a 12 anos) fosse inferior à soma das penas do art. 129, § 1.º ou § 2.º, com as dos arts. 213 ou 214.<sup>60</sup> E

---

<sup>60</sup> A soma das penas da lesão dolosa grave (das previstas no art. 129, § 2.º) e do estupro, por exemplo, importam um *quantum* variável entre cinco a 16 anos de reclusão; e ficar-se-ia a indagar

também aqui, a admitir a *dolosidade* do *maius delictum*, dar-se-ia que, no caso de extinção de punibilidade do crime sexual (exemplo: *subsequens matrimonium* entre ofensor e ofendida), o agente ficaria sujeito a pena mais grave pelo resíduo! Seria rematado contra-senso.

Figuremos as seguintes hipóteses: a) o estuprador, ao derribar a vítima ao solo, procede com tal estouvamento que, na queda, vem ela a fraturar um braço (resultando inutilização deste); b) a vítima, ao esquivar-se à violenta empolgadura do agente, resvala e cai, ferindo-se gravemente; c) o agente, procurando abafar os gritos da vítima com um travesseiro ou tentando anular-lhe os movimentos, por compressão do tórax, causa, inadvertidamente, a sua morte por asfixia mecânica; d) o agente, para atordoar a vítima e tê-la à sua mercê, desfere-lhe, com um pau, forte pancada na cabeça, ocasionando-lhe grave ferimento; e) a vítima, ao livrar-se do ímpeto do agente, fugindo, é atingida pela *tegula cadens*. Nos casos *sub a*, *b* e *c* (muitos outros análogos podiam ser imaginados), o agente não *quis*, direta ou eventualmente, o resultado lesivo ou letal. No seu alvoroço de lascívia, foi grosseiramente imprudente, é certo; mas não se representou, visando-o ou ratificando-o *ex ante*, o deplorável efeito. No caso *sub d*, ninguém pode duvidar que tenha havido dolo quanto ao resultado lesivo, e o que se apresenta, então, é um *concurso material* entre estupro e lesão grave dolosa (esta com as agravantes do art. 44, II, letras *a* e *b*). Finalmente no caso *sub e*, o evento lesivo mais grave resultou de *caso fortuito*, e o agente só responderá pelo crime sexual (art. 11, parág. único).

Reconheça-se, como adverte GAUTIER, que, praticamente, em certos casos, será difícil a prova no sentido do dolo ou da simples culpa; mas, sempre que aquele emergir das circunstâncias, não padece dúvida que a pena a aplicar não é a do art. 223, mas a do crime sexual violento cumulada com

---

por que o legislador pátrio teria criado para o criminoso sexual o estranho *privilegio* de ter esse *minimum* reduzido a quatro anos e esse *maximum* a 12 anos!

a do art. 129, § 1.º ou § 2.º, ou a do art. 121, § 2.º, conforme o caso. \*

**69. Violência presumida.** Fiel a um tradicional critério jurídico-penal, que remonta a CARPSOVIO, o Código *presume* ou *finge* a violência, nos crimes sexuais, quando a vítima, por sua tenra idade ou morbidez mental, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido, e, a exemplo de outros Códigos modernos, acrescenta a esses casos de violência *presumida* (*ficta, indutiva*) uma terceira hipótese, de caráter genérico: quando a vítima, *por qualquer causa*, é incapaz de resistência. Neste último caso, não se achando a vítima em transitório estado de inconsciência, o seu consentimento é relevante; enquanto nos dois primeiros é irrelevante até mesmo a *iniciativa* ou *provocação* da vítima para o ato sexual. Tem-se acoimado de imprópria a expressão “violência presumida”, ou “violência ficta”. Argüiu-se que, nos referidos casos, não há que *presumir* ou *fingir* a violência, pois que, faltando a capacidade de consentimento ou de manifestação de vontade contrária por parte da vítima, o fato é necessariamente violento. Ora, *violência* é a *vis corpori illata* (violência física) ou a *vis animo illata* (violência moral). É a *necessitas imposita contraria voluntati*, a *coação* exercida para vencer uma *oposição* ou *resistência*. Onde não há resistência a vencer, não pode existir (salvo como um fim em si mesma) violência real ou no sentido natural. Nem há dizer que sempre *falta o consentimento*, tratando-se de impúberes ou dementes. O consentimento (no sentido natural) pode existir (e existe na maioria dos casos), embora não seja juridicamente válido. Não importa, porém, que seja válido ou inválido o consentimento, ou haja um estado de *indiferença* ou de incapacidade de manifestação da vontade: desde que não se apresente uma reação ou defesa a conjurar, não há o pressuposto da violência real. Não

\* Em ulterior edição de seu livro (1954), NORONHA aderiu à nossa opinião.

é senão por uma *presunção legal* ou *fictio juris* que se pode, nos casos em questão, falar em *violência*. Entende MANZINI que, *in subjecta materia*, não se deve falar em *presunção de violência*, pois o que ocorre é que a lei impõe um *dever absoluto de abstenção* de relações sexuais com certas pessoas (impúberes, dementes), que ela particularmente protege, considerando-as *carnalmente invioláveis*, ainda quando consensientes. Tal raciocínio não é formulável perante a nossa lei, que explicitamente dispõe: “presume-se a violência”. E não pode ter êxito perante o próprio Código italiano, que coloca sob as mesmíssimas rubricas de “*violência carnal*” e “*atos violentos de libidinagem*”, os crimes sexuais praticados com violência real e os praticados contra impúberes e dementes. É certo que aí não se fala em “presunção de violência”, mas há, evidentemente, uma *equiparação* à violência, o que, afinal, vem a dar na mesma coisa.

Como se sabe, a *indução* de violência, na espécie, fundou-se no argumento (de que se serviu CARPSOVIO) segundo o qual “*qui velle non potuit, ergo noluit*”. Quem não podia consentir, dissentiu. Se os impúberes ou dementes não podem consentir, deve entender-se que dissentiram, e, assim, o abuso sexual contra eles praticado tem caráter de violento. O raciocínio é, sem dúvida, sofisticado. O incapaz de querer é também incapaz de não querer. É um *indiferente*: *nec nolle nec velle* (HOMMEL, LEYSER).<sup>61</sup> Além disso, fora do ponto de vista jurídico, não se pode dizer que os impúberes ou dementes são necessariamente incapazes de querer ou de consentir. Nem sempre estão impossibilitados de manifestar sua vontade ou consentimento, embora não se lhes possa dar valor jurídico. Como quer que seja, porém, o *estado de indiferença* ou a ausência de consentimento *válido* podem ser assimilados à *falta de consentimento*, justificando a *presunção* de violência. Em substituição à teoria de CARPSOVIO, criou-se, na doutrina e no direito positivo alemão, ao lado

<sup>61</sup> Na Itália, CARRARA entendia que, ao invés de *violência presumida*, devia-se dizer “sedução presumida”.



do *stuprum violentum*, a figura do *stuprum nec voluntarium nec violentum* ou *Schändung*, isto é, a conjunção carnal, sem violência, com mulher alienada, embriagada ou adormecida, ou com uma impúbere. O Código Imperial alemão prevê a *Schändung* no mesmo parágrafo (176) em que prevê o “atentado violento ao pudor” (*Nötigung zur Unzucht*), e equipara ao *stuprum violentum* (*Notzucht*) o ato sexual com mulher preordenadamente colocada pelo agente em estado de inconsciência (§ 177). É o sistema da *equiparação*, que os Códigos italianos (o de ZANARDELLI e de Rocco) vieram a imitar, com repúdio do sistema do antigo Código sardo. Repita-se: tanto vale  *fingir* ou *presumir* a violência quanto assimilar a ela a falta de consentimento válido. Mais lógico é o Código sulgo: se equipara à violência (como o Código alemão) a *preordenação* do estado de inconsciência, incrimina *distintamente* a *Schändung* e o abuso contra menores impúberes (*Unzucht mit Kindern*). Em suma: não há despropósito algum em que se *presuma* a violência (não obstante o sofisma do *velle non potuit, ergo noluit*) quando falte, na vítima, a capacidade de manifestação da vontade, ou, pelo menos, de consentir validamente. No caso de *impossibilidade de resistência* (notadamente quando o agente, sabedor da vontade contrária da vítima, *preordena* o seu estado de inconsciência), pode dizer-se que a presunção de violência corresponde muito proximamente à realidade: quebrar uma resistência ou abusar da impossibilidade de resistência, são atos que só formalmente se diferenciam.

Como já se disse, três são os casos de presunção de violência que o Código *taxativamente* enumera: a) se a vítima não é maior de 14 anos; b) se é alienada ou débil mental; c) se, por qualquer causa, não pode oferecer resistência.

A *Exposição de motivos* do ministro CAMPOS, acentuando a inovação que o art. 223 importaria, em cotejo com o Código de 90, assim se exprime: “Como se vê, o projeto “*diverge substancialmente da lei atual: reduz, para o efeito “de presunção de violência, o limite de idade da vítima e*

“ amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a  
“ violência no caso único de ser a vítima menor de 16 anos).  
“ Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evi-  
“ dência de um fato social contemporâneo, qual seja a pre-  
“ cocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamen-  
“ to da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes,  
“ é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua  
“ completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo  
“ que não se pode dar valor algum ao seu *consentimento*.  
“ Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a reali-  
“ dade o negar-se que uma pessoa de 14 anos completos já  
“ tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da  
“ vida sexual e dos riscos que corre, se se presta à lascívia  
“ de outrem. Estendendo a presunção de violência aos casos  
“ em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o pro-  
“ jeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausên-  
“ cia de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibi eadem*  
“ *dispositio*.<sup>62</sup> Por outro lado, se a *incapacidade de consen-*

<sup>62</sup> O Código de 90 não se referia, quer no texto em que incriminava o estupro ou o atentado violento ao pudor, quer como hipótese de violência presumida, ao abuso de mulher demente. Na boa companhia de CRISÓLITO DE GUSMÃO (a quem MANFREDINI chamou *P'insigne Autore brasileiro*), impugnamos, por *analogica*, a pretendida aplicação do art. 269 do antigo Código a esse caso: “Ao emprego de violência equipara a lei a prévia redução da vítima ao estado de inconsciência, por meio de hipnotização, ministração de anestésicos, narcóticos, etc. Trata-se, na verdade, em tais casos, de violência efetiva, pois o agente sabe que, se a vítima estivesse vigil, ter-se-ia oposto ao ato sexual. *Quid juris*, porém, se o agente, não tendo provocado o estado de inconsciência da vítima, dele se aproveite? Perante a nossa lei, que não previu especialmente a hipótese (ao contrário de vários Códigos estrangeiros e do projeto de novo Código Criminal brasileiro, art. 253, n.º II), deixará de haver crime, ainda que ocorra o desvirginamento da vítima, sendo esta maior de 21 anos. Em sentença que foi confirmada pela Corte de Apelação do Distrito Federal, com repúdio de sua anterior jurisprudência, sustentamos esse ponto de vista, num caso de defloração de mulher demente maior de 21 anos: “Dizer-se que, entre as hipóteses indicativas de violência, previstas nos arts. 269 e 272, se deve incluir a de enfer-

“*timento* faz presumir a violência, com maioria de razão “deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima “ou sua *incapacidade de resistência*, seja esta resultante “de causas mórbidas (enfermidade, grande debilidade orgânica, paralisia, etc.) ou de especiais condições físicas (como “quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se “encontra acidentalmente tolhido de movimentos).”

No tocante à idade de especial proteção, o texto legal usa da expressão “não maior de 14 anos”, isto é, a proteção amplia-se até o dia em que o menor completa 14 anos. Evitou, assim, a ambigüidade da expressão “menor de 14 anos”, que, comumente, tanto se aplica aos que ainda não completaram essa idade como aos que ainda não atingiram 15 anos

---

midade mental de ofendida, não é fazer interpretação extensiva por força de compreensão, ou dilatar uma idéia contida nas próprias palavras da lei: é induzir de um caso para outro por mera identidade de motivos, é aplicar a uma hipótese não prevista a disposição relativa a um caso semelhante, é empregar o processo da *analogia*, recordando uma entidade criminal estranha ao Código Penal. Na justificação da tese contrária, argumenta-se que a parte final do art. 269 é meramente exemplificativa. De acordo; mas entenda-se: exemplificativa quanto aos meios artificiais empregados pelo agente para neutralizar a vontade e raciocínio da ofendida. Não há como embrechar ali a hipótese de anterior anulação das faculdades psíquicas da ofendida, decorrente de causas naturais... Cumpre não esquecer a lição de CARRARA (*Programma*, parte especial, vol. II, pág. 283), que distingue “*fra il caso in cui dal colpevole sia trovato preesistente lo stato di mancanza di volontà ed il caso che sia stato da lui maliziosamente procurato*”. Se, no primeiro caso, a violência somente por *indução* pode ser reconhecida, dada a semelhança entre a situação de quem vence a resistência alheia e a de quem se aproveita da circunstância de já estar vencida essa resistência, no segundo caso, ao contrário, já se divisam os elementos da violência *real*: o agente, antecedentemente sabedor da repulsa da ofendida, emprega o narcótico, o anestésico, etc., como meios físicos para vencer essa repulsa. O Código Penal alemão distingue expressamente entre as duas hipóteses, definindo, na primeira, uma figura especial de delito (*Schändung*) e assimilando somente a segunda ao estupro violento... Se do art. 269 passamos ao art. 272, ainda mais infundada é a exegese que recusamos. O último artigo apenas

(recorde-se a dúvida a que deu margem a expressão “menor de 16 anos” do Código anterior).

Sobre a prova do elemento “idade”, veja-se n.º 53.

Segundo justamente opina MAGALHÃES NORONHA, a presunção estabelecida na letra *a* do art. 224 não é *absoluta*, mas *relativa*. É decisivo em tal sentido o *elemento histórico*. A supressão (*propositada*, como posso dar testemunho, na qualidade de membro da Comissão Revisora) da cláusula “não se admitindo prova em contrário”, do art. 293 (posteriormente 275) do Projeto ALCÂNTARA (que se inspirava no art. 539 do Código italiano), visou justamente a abolir a inexorabilidade da presunção. Há também a ilação da exegese sistemática: o Código não transige, em caso algum, com a *responsabilidade objetiva*. *Nulla poena sine culpa*.

contempla a hipótese da mulher menor de 16 anos e há razão para crer-se que não foi involuntária a omissão da hipótese de mulher alienada. Sabe-se que a violência *ficta* ou *presumida*, como conceito penal, procedeu do seguinte raciocínio de CARPSOVIO: *qui velle non potuit, ergo noluit*. Ora, isto é um sofisma evidente. Quem não é capaz de consentir, não é, também, de dissentir: é um *indiferente*. Refutando o argumento carpsoviano, dissertava LEYSER: “*Atunt nempe, eam qui consentire non possit, vim pati. Debebant vero ex recta ratione nosse, eam etiam dissentire non posse, atque adeo, ut Ulpianus, in l. 3, de regulis juris rectius philosophatur, nec nolle nec velle*”. No mesmo sentido, GLÜCK: “*In casu vero posteriori, stuprum nec voluntarium nec violentum dicitur, quale habetur illud, quod dementi, aut dormienti, aut summe ebriae, aut puellae impuberi, nulla vi adhibita, illatum est*.” O próprio CARPSOVIO repudiou, em parte, a sua doutrina. E aqui, talvez, está a explicação de haver o nosso legislador de 1890 contemplado apenas o caso da menor de 16 anos. Recuando nas suas conclusões, o famoso jurista alemão (de quem HOMMEL dizia que era “*homo hirsutissimus et ad virgas expediendas gladiumque nudandum semper paratus*”) foi o primeiro a propugnar a mitigação da pena no caso de coito com mulher demente ou mentecapta, somente comparando ao estupro violento a cópula com mulher impúbere. E explica-se a persistência da ficção neste último caso: é que a circunstância mesma da superioridade de força física do agente como que se identifica com a violência propriamente dita. Assim, não teria sido por lamentável miopia, como quer CRISÓLITO DE GUSMÃO (*Dos crimes sexuais, pá-*

Nem se argumente, por indução, com a cláusula final da letra *b* do artigo ora comentado, para concluir (*a contrario sensu*) que, no caso da letra *a*, é indiferente o erro do agente, ainda que insuperável, sobre a idade da vítima (fundada suposição de que esta seja maior de 14 anos). O que ocorre é o seguinte: no caso da letra *a*, a simples *dúvida* (dolo eventual) quanto à idade da vítima não exclui a presunção de violência, ao passo que, na letra *b*, é exigido, para subsistência da presunção, o pleno *conhecimento* da alienação ou

gina 152), que o nosso codificador silenciou a hipótese de alienação mental da ofendida. Tinha ele diante de si, como adverte o próprio GUSMÃO, “o texto positivo de legislações antigas, que, em forma clara e taxativa, previam a hipótese”. Assim os Códigos toscano e sardo e também o Código português, de 1886. Ora, não se pode admitir que o legislador pátrio, que andou na esteira desses Códigos, se desapercebesse da hipótese em apreço. Necessariamente, depa-rou-a neles prevista, e, se, não obstante, deixou de a contemplar, é que, enfronhado no debate doutrinário que já vinha dos tempos dos práticos, preferiu o critério de transigência adotado por CARPSOVIO, deixando mesmo de alinhar entre as entidades criminais a cópula com mulher demente maior de 21 anos (talvez raciocinando do seguinte modo, como fez, mais tarde, em defesa do Código, LÚCIO BRITENECOURT: “incriminada a cópula extramatrimonial com mulher “demente, ainda que maior de 21 anos, e sabendo-se que a demente, “por sua própria condição, está à margem do casamento, ficaria ela “condenada, para seu maior infortúnio, a perpétua abstinência “sexual, pois ninguém se arriscaria a violar o *tabu* criado pela lei “penal, o que não seria justo nem humano”). A jurisprudência que vimos contestando apegar-se, para seu êxito, à doutrina e jurisprudência francesas. Realmente, têm estas procurado incluir, perante o Código Penal francês, a hipótese da enfermidade mental da ofendida na esfera do crime de estupro. Mas é decisiva, a tal respeito, a réplica de CRISÓLITO DE GUSMÃO (ob. cit., pág. 150): “...isso “tem sido no direito francês perfeitamente possível, porque o Código Penal francês nem definiu o estupro, nem lhe delimitou qual- “quer de seus elementos constitutivos, o que não aconteceu com o “nosso legislador, que, após prefigurar o crime de estupro no “art. 268, ao contrário do Código Penal francês, foi mais além, “tendo no art. 269 afastado toda e qualquer veleidade do exegeta “para não só definir, formal e expressamente, o que considerou “crime de estupro, como, outrossim, na segunda parte do mesmo “art. 269, definir o que compreende por violência.”



debilidade mental da vítima. Nesta última hipótese, não basta o *dolo eventual* e, por isso, tinha que ficar expressa a exceção à regra do art. 15, n.º I, *in fine*.

Não é, porém, de aceitar a opinião de NORONHA, no sentido de que a presunção da letra *a* pode ser excluída pela errônea suposição por parte do agente (de ter a vítima idade superior a 14 anos), provocada pelo precoce desenvolvimento da vítima. Se nem mesmo a ciência pode fornecer dados positivos ou seguros para o cálculo da idade em certos períodos, e se é de experiência comum que nada mais enganoso que a avaliação da idade pela aparência da pessoa, a suposição do agente não pode deixar de ser lastreada pela *dúvida* (que é o *princípio da sabedoria*). Ora, quem age na dúvida, age por sua conta e risco, e, como dizem os italianos, *chi arrischia, vuole*. Somente circunstâncias capazes de gerar *fundada e séria convicção* (embora não correspondente à realidade) por parte do agente podem ser atendidas.<sup>63</sup> Exemplos: uma certidão falsa de nascimento, aumentando a idade da ofendida, e por esta exibida ao agente; o fato de ser a vítima uma prostituta de *porta aberta*.

Na presunção da letra *b*, deve entender-se que a condição psíquica da vítima é idêntica à dos “irresponsáveis”, a que se refere o art. 22, isto é, a alienação ou debilidade mental deve ser de molde a abolir inteiramente a capacidade de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno. Os chamados “fronteirigos”, que o Código declara “responsáveis” (embora com pena atenuada), por isso mesmo que lhes não falta, de todo, a capacidade de discernir ou de determinar-se (consulte-se nossa dissertação “A responsabilidade em face do Código Penal”, *in Novas questões jurídico-penais*, páginas 65 e segs.), não são abrangidos na especial proteção legal. Não se poderia atribuir ao Código a grosseira incoerência de

<sup>63</sup> O Código suíço abranda a penalidade (detenção, ao invés de reclusão) quando o agente podia ter evitado o erro usando da devida cautela (art. 191, n.º 3). Perante o nosso Código, o caso pode merecer favor dentro do “quadro” do art. 42.

reconhecer a capacidade penal dos “fronteiriços” e, a seguir, negar-lhes a capacidade de consentimento válido, quando vítimas de crime sexual.

Não basta, para o efeito da presunção de violência, que a vítima seja uma alienada ou débil mental: é necessário, como já foi acentuado, que o agente *conheça* tal circunstância. O acréscimo desta condição restritiva foi inspirado no art. 189 do Código suíço. Segundo judiciosamente pondera GAUTIER (*Protokoll*, III, pág. 144), “*le délinquant ne peut abuser d'un état qu'il n'a pas provoqué qu'à la condition d'avoir connaissance de cet état*”. A doença ou deficiência mental da vítima deve ser, quando não *espetacular*, pelo menos aparente, reconhecível por qualquer leigo em psiquiatria. É o que acentua HAFTER (ob. cit.), em comentário ao Código helvético: “A realçada condição (isto é, o conhecimento do estado mental da vítima pelo agente) ... serve “ao fim de colocar o juiz no dever de indagar com especial “cuidado se o agente conhecia realmente o estado mental da “vítima ou se este era reconhecível por qualquer inexperto.” (“*Die ausdrückliche Hervorhebung... soll aber den Richter veranlassen, mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob dem Täter der geistige Defekt seines Opfers wirklich bekannt war, ob er dem Laien überhaupt erkennbar war.*”) E conclui o mesmo autor: “Se não é obtida certeza a tal respeito, deve ser o agente absolvido, por erro sobre elemento de fato.” (“*Trifft das nicht zu, so muss der Täter wegen irriger Vorstellung über den Sachverhalt freigesprochen werden.*”)

Há casos de doença ou deficiência mental que escapam ao reconhecimento de pessoas que não sejam especialistas em psiquiatria. Assim, o laudo médico-legal, indispensável na espécie, deve pronunciar-se, explicitamente, sobre a *flagrância* ou a *discrição* da anormalidade psíquica da vítima, e o juiz, além de outros elementos de convicção, não deve dispensar de ouvir a vítima ou avistar-se com ela, a fim de ter uma impressão pessoal. Louvando-se na autoridade de TANZI, SALTELLI-DI FALCO fazem as seguintes valiosas obser-

vações (obra cit., vol. II, parte 2.<sup>a</sup>, págs. 739-740): “Entre  
“ as moléstias que expõem à violência carnal, têm máxima  
“ importância os estados de deficiência intelectual consti-  
“ tuídos pela idiotia e a imbecilidade. Como observa TANZI,  
“ o juízo acerca da evidência da moléstia é fácil no caso de  
“ idiotia e toda a vez que a deficiência esteja manifestamente  
“ coligada a cerebropatias infantis, que se apresentam não  
“ só com *deficit* da inteligência, mas também com paresias,  
“ atrofias, paradas do desenvolvimento somático, infantilis-  
“ mo e outras anomalias, conhecidas vulgarmente como  
“ sinais da idiotia. Mais delicados são os casos de simples  
“ imbecilidade e sobretudo aqueles mais disfarçados, sem  
“ notas somáticas muito manifestas. Em certas imbecis, o  
“ corpo é elegante e belo, o instinto genésico bem acentuado  
“ e, às vezes, exuberante, enquanto o *deficit* intelectual não  
“ permite avaliar a importância social dos atos sexuais. Se-  
“ melhantes raparigas *resvalam* facilmente e mesmo provo-  
“ cam ou atraem homens de pouco critério e medíocre mora-  
“ lidade. Dificilmente se poderá provar que estes abusam  
“ cientemente do estado mórbido da vítima... O estado de  
“ excitação hipomaniaca, quer se apresente uma mania  
“ franca ou a loucura circular, quer represente um episódio  
“ de demência precoce ou de demência progressiva, é muitas  
“ vezes acompanhado de superexcitação sexual com tendên-  
“ cia irrefreável à provocação lasciva mais afoita, que vai  
“ até os convites francos, ao turpilóquio, à exibição dos órgãos  
“ genitais. Nos casos mais graves, não é difícil a uma pessoa  
“ de bom senso, mesmo ignorante de psiquiatria, compreen-  
“ der a origem patológica, e pouco *lisonjeira* de certas sedu-  
“ ções que, todavia, a uma pessoa grosseira podem afigurar-  
“ -se expressão de um erotismo desenfreado, cínico, e, preci-  
“ samente por isso, explorável, a dinheiro ou como pavor. A  
“ dificuldade está nos casos mais benignos, em que a exci-  
“ tação mórbida pode ser tida por coquetismo ou por paixão  
“ amorosa. Qualquer coisa de semelhante se encontra fre-  
“ quentemente na histeria. As histéricas podem ser vítimas

“de violência carnal mesmo nas condições mais tipicamente patológicas: uma fase de acesso convulsivo, de catalepsia, de narcolepsia, de delírio. Importantíssima em tais casos é a documentação objetiva das condições em que o crime foi cometido, e cumprindo ter presente que as histéricas são, entre as enfermas mentais, as mais levadas a acusações exageradas e mesmo inteiramente falsas de violência carnal... Durante um desmaio, ligado a distúrbios circulatorios de origem orgânica, ou dependente de vivas emoções, como o susto, pode sem dúvida ser cometido um estupro, mas é bem difícil fazer a prova do desmaio. No delírio febril, a consciência é obnubilada, como nos casos mais graves de psicoses confusionais: sem dúvida, uma violência perpetrada em tais condições não suscitaria reações adequadas e não deixaria traços na memória.”

Na letra c do art. 224, há uma fórmula de grande latitude: é presumida a violência sempre que a vítima, seja qual for a causa, não tenha podido oferecer resistência. Pouco importa que essa causa seja, ou não, obra do agente. A maior gravidade que apresenta a *preordenação* da causa só poderá influir na medida da pena (art. 42).

A incapacidade de resistência (de reação, de defesa) pode resultar de variadíssimas causas (transitórias ou permanentes): enfermidade, paralisia dos membros, idade avançada, excepcional esgotamento, certos defeitos teratológicos, sono mórbido, síncope, desmaios, estado de embriaguez alcoólica, delírios, estado de ebriedade ou inconsciência decorrente de ingestão ou ministração de entorpecentes, soporíferos ou anestésicos (ópio e seus derivados, cocaína, éter, clorofórmio, escopolamina, escafedol, evipã sódico e outros barbitúricos, balzofórmio, ciclopropana, protóxido de azoto, etc.), hipnose (se é que esta reduz o paciente a completa passividade, segundo a escola de CHARCOT),<sup>64</sup> tolhimento ocasional de movi-

<sup>64</sup> PELLEGRINI (ob. cit., II, pág. 895) assim se pronuncia sobre a hipnose: “No caso de pretendidos estupros em estado de hipnose, é de indagar se, realmente, teria ocorrido a passividade da vítima,

mentos (exemplo: a vítima fica presa pelo busto sob madeiramento desabado), etc. Nos livros sobre sexologia, é sempre relatado o caso de uma camponesa que foi amarrada, *jocandi animo*, por suas companheiras e deixada em lugar ermo, e como depois fosse mandado em sua busca um criado, este aproveitou a ocasião para desafogar a sua libido sobre a indefesa rapariga. Outro caso reportado por THOMOR: certa moça do campo fez um grande feixe de ervas, ajoujando-o com um pano; em seguida, deitou-se para trás, apoiando o dorso no feixe, e passou os braços nas alças do pano para levantar o fardo. Neste momento foi surpreendida por um indivíduo, que a violou, sem que ela pudesse oferecer a menor resistência. Em ambos estes casos, ter-se-ia, sem dúvida

---

"ou se faltava o desejo de concúbite... No campo estritamente "doutrinário e não forense, a presunção de latente consentimento "poderá não ser suficiente para eliminar, de todo, a hipótese de "um estupro mediante sugestão; ao contrário, a reforça, pois é "verdade que a ação sugestiva consegue êxito particularmente fácil "quando corresponde ao desejo, consciente ou não, do paciente. "Sob o ponto de vista médico-legal, o perito deve basear o seu juízo "sobre a personalidade psíquica do sujeito passivo; sobre ocasionais "condições fisiológicas (menstruações, etc.), que possam ter aumen- "tado a sugestibilidade; sobre a conduta do paciente em aná- "logas ou precedentes circunstâncias de ação sugestiva, a cuja "influência não teria cedido... Se a correspondência daquilo que "se sugere com aquilo que agrada ao paciente facilita grandemente "a sugestão, o contraste entre esta e aquela grandemente a difi- "culto... MOLL, no seu livro sobre o hipnotismo, demonstrou que, "mesmo na hipnose, o paciente conserva a própria individualidade "e não se torna inteiramente um instrumento passivo nas mãos "do hipnotizador." Deve-se ainda notar que, geralmente, as pessoas predispostas à heterossugestão são histéricas e, portanto, inclinadas à mentira ou à fantasia.

Recentemente, novas lições da experiência levam à conclusão de que a hipnose pode anular inteiramente a personalidade (HAMMERSCHLAG, *Hypnotism and crime*, 1956, pág. 122: "*The generally accepted idea that in hypnosis a part of the personality always continues to exist and that the moral factor can never be entirely ruled out must now be regarded as disproved*").



alguma, de reconhecer o crime de estupro, com violência presumida.

É controvertido se entre as causas do estado de inconsciência ou de incapacidade de oposição pode ser incluído o sono natural. No que respeita à conjunção carnal, a opinião dominante é no sentido de sua impraticabilidade com mulher virgem adormecida, pois esta logo despertaria; mas, tratando-se de mulher já deflorada e habituada ao coito, e que disponha de “vias amplas”, posto que o sono seja profundo (*imago mortis*), em razão de excepcional fadiga, é possível que tolere, sem despertar, o ato sexual. É perfeitamente verossímil que, no estado de semi-sonolência, uma mulher seja vítima de um erro de pessoa, tomando o estranho por seu amante; mas, em tal caso, o que se apresenta é a “posse sexual mediante fraude” (art. 214).

Na averiguação das causas de impossibilidade de reação (notadamente quando se alega que foram preordenadas pelo agente) deve-se ter toda cautela, a fim de conjurar o êxito de falsas narrativas. Como justamente adverte FÁVERO, “não é raro que uma ilusão por erotismo recalcado faça supostas vítimas acusarem inocentes”. Além disso, a falsa imputação de crimes sexuais *presumidamente* violentos é um recurso freqüente de certas “caçadoras de marido” ou “cavadoras de ouro”.

No caso de propinação de drogas, se resulta morte ou grave dano à saúde da vítima, aplica-se o art. 223.

Se a vítima é maior de 14 anos, e vem a *ratificar* o que se passou durante o seu estado de inconsciência, não subsiste a presunção de violência.

**70. Ação penal.** Em todos os crimes sexuais previstos nos capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial do Código, manteve este o critério de, como regra geral, deixar a ação penal à iniciativa privada (art. 225). Justifica-se o sistema: nos crimes sexuais, que afetam profundamente o valor social das vítimas e a honorabilidade de suas famílias,

muitas vezes é preferível o *silêncio* ao *strepitus judicii* em torno deles.<sup>65</sup> Em certos casos, porém, a ação se torna *pública* (art. 225, § 1.º ns. I e II): a) quando a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; b) quando o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padraсто, tutor ou curador. Na primeira hipótese, entretanto, é indispensável que preceda *representação* da vítima ou de seu representante legal, conforme o caso (§ 2.º do art. 225). Na segunda hipótese, o direito de queixa caberá ao tutor ou curador *ad hoc* ou especial nomeado à vítima (art. 33 do Código de Processo Penal). Em qualquer caso, se a vítima for “menor de 21 e maior de 18 anos”, poderá ter a iniciativa da ação (art. 34 do Código de Processo Penal). A ação pública, no caso do § 1.º, II, do art. 225, abrange os co-autores, ainda que estranhos à vítima. Para prova do estado de *pobreza* (§ 1.º, I,

<sup>65</sup> Impugnando um projeto que o Prof. C. MENDES DE ALMEIDA, de São Paulo, apresentou ao Governo, extinguindo a ação penal privada, a Comissão elaboradora do atual Código de Processo Penal formulou o seguinte parecer, por mim relatado: “O projeto pretende “que adotemos a solução do direito franco-italiano, com repúdio de “um sistema que, além de tradição democrática do direito brasileiro, “representa medida de prudência e de comprovado acerto prático. “É trazida à balha a velhíssima controvérsia que se trava em torno “ao monopólio estatal da ação penal e remonta à elaboração da “Ordenança francesa de 1670. Cumpre notar, para logo, que o “tema não passou despercebido à Comissão incumbida dos atuais “Códigos Penal e Processual Penal, que, entretanto, preferiu con- “servar o sistema tradicional do direito pátrio, pois nenhuma razão “de ordem prática aconselhava rompê-lo. Ao contrário, reputou-se “mais conveniente ao interesse da defesa social a sua manutenção, “tendo-se em vista a realidade brasileira, que não é só a das grandes “cidades do litoral. Em defesa do seu ponto de vista, o Prof. CANUTO “repete o mesmo argumento daqueles que, refugiando-se no prin- “cípio da *autoridade*, com sacrifício do princípio da liberdade “(NOURRISSON, *De la participation des particuliers à la poursuite “des crimes et délits*, 1894), pleitearam, entre as inconseqüências “da Revolução Francesa de 1789, a exclusividade da ação penal por

do art. 225), o Código de Processo declara *suficiente* “o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido”.

Vejam-se sobre a disciplina da ação privada o Título VII da Parte Geral do Código Penal e o Título III do Livro I do Código de Processo Penal.

**71. Aumento especial de pena.** Várias agravantes especiais, importando quota fixa de aumento de pena (quarta parte), são previstas no art. 226. A primeira delas é a cir-

---

“ parte do Ministério Público. Argumento fragilimo e desacreditado: “ o caráter *publicistico* da ação penal decorre de que esta visa à “ realização do direito penal, que é de ordem pública. Ora, a cha- “ mada ação penal privada nada tem de incompatível com a *publi- “ cidade* do direito que ela tende a efetuar, desde que é proposta e “ exercida perante a autoridade *pública* (judiciária), a que ficam “ reservadas a execução e a imposição da pena. O *jus puniendi* “ cabe ao Estado, mas não há incongruência alguma no conceder-se “ ao particular o *jus perseguendi in judicio*. Nada impede que a “ *titularidade* da ação penal seja reconhecida a pessoa diversa do “ titular do direito subjetivo à punição. Múltiplos são os casos em “ que o particular é admitido ou chamado a participar ou cooperar “ nos fins do Estado; isto ocorre, para não ir mais longe, no pró- “ prio setor da administração da justiça penal. Que é o Tribunal do “ Júri senão uma cooperação de particulares na atividade judiciária “ do Estado? A própria *ação popular*, ainda conservada na liberal “ Inglaterra (e por tantos anos admitida entre nós, de modo geral “ ou excepcionalmente), é de uma lógica irrepreensível, pelo menos “ dentro dos postulados democráticos, que predominam no governo “ dos países civilizados. A ação privada só pode ser coerentemente “ repudiada nos países de regime totalitário ou de socialismo do “ Estado (como na deplorável Itália de Mussolini), devendo notar-se, “ entretanto, que na própria Alemanha (onde o gigantismo estatal “ era filosofia corrente mesmo antes do nazismo) a lei processual “ penal admite, ao lado da ação penal pública (*öffentliche Klage*), “ a ação penal privada (*Privatklage*) e a intervenção privada na “ ação penal (*Nebenklage*), e o mesmo acontece na Austria, onde, “ de par com o Ministério Público (*Staatsanwaltschaft*), são con- “ servados o acusador particular (*Privatanklager*) e o acusador parti- “ cular subsidiário (*Subsidiäreanklager*). É ainda de observar-se que “ na própria França, tão zelosa de ser o país de origem do Ministério

cunstância de ter sido o crime "cometido por duas ou mais pessoas". Deve entender-se, que a co-participação, aqui, é para a execução do crime (contra: MAGALHÃES NORONHA). O dispositivo não se refere, indistintamente, a *concurso* de duas ou mais pessoas *para o crime*, mas ao fato de ter sido o crime *cometido*, isto é, *executado* com pluralidade de agentes. O Código não adotou a teoria de SIGHELE, segundo a qual o concurso de agentes devia constituir sempre circunstância agravante: só em certos crimes dá relevo a tal circunstância, para o efeito de especial agravação da pena; mas há casos em que, pela redação do dispositivo, se evidencia que apenas contempla a hipótese de simultânea concorrência de agentes na execução material do crime. É o que ocorre com

---

"Público, já existe uma tendência para a admissão da iniciativa  
"privada da ação penal: a pessoa lesada pode tomar a iniciativa do  
"processo, usando do "direito de citação direta" para chamar o  
"adversário ao tribunal correccional ou de simples polícia; e, desen-  
"volvendo essa tendência, uma decisão do Tribunal Supremo, de  
"8-12-1906 (D. P., 1907, 1.207) lhe concede, ainda quando se trate  
"de crimes, uma faculdade semelhante, isto é, de provocar a ação  
"do magistrado instrutor, não obstante a abstenção ou opinião con-  
"trária do Ministério Público. Evidenciam-se aí as fases de uma  
"evolução que abre, cada vez mais largamente, à parte lesada o  
"acesso à justiça repressiva (DONNEDIEU DE VABRES, *A Justiça Penal*  
"de hoje, trad. de F. MIRANDA, pág. 134). Porque na Itália persiste  
"o exclusivismo da ação do Ministério Público, não é isso razão  
"bastante para que a imitemos. MANZINI, o penalista máximo do  
"fascismo, assim se exprime sobre o tema: "Se no Estado pseudo-  
"democrático, em que domina a impostura (!?) da soberania popu-  
"lar, não seria impróprio deixar ao exercício privado a função  
"pública de promover e exercitar a ação penal (pois essa pretendida  
"soberania se incorpora nos cidadãos), no Estado fascista, que  
"reivindica para si a essência e todos os atributos da soberania, a  
"função penal não pode ser exercida senão por um órgão estatal."  
"(Trattato di dir. proc. penale, 1931, vol. 1, pág. 204.) É uma lin-  
"guagem que, positivamente, não pode ser entendida nos países da  
"América. E para contrastar semelhante intolerância, não faltam  
"vozes, na própria doutrina italiana, que defendam até mesmo a  
"ação penal popular supletiva. Els como disserta VINCENZO LANZA,  
"no seu *Sistema di diritto processuale penale italiano* (1922), ao

o preceito do art. 226, n.º I. E explica-se, aqui, o especial aumento de pena: a pluralidade de agentes na prática de crime sexual não só aumenta a probabilidade de êxito do fim criminoso, como revela maior deslante de imoralidade.

A majorante em questão subsiste ainda quando a *quota* de participação represente, em si mesma, crime diverso e autônomo, como, por exemplo, se o *auxílio* prestado à prática de um estupro constitui *lenocínio violento*.

---

“criticar o exclusivismo da ação do Ministério Público (pág. 59):  
“...nella dottrina va acquistando sempre più grande favore la  
“possibilità do affidare il potere dell'azioni ai singoli cittadini *aventi*  
“*capacità e moralità sufficienti che di ciò li renda degni: e il con-*  
“*cetto dell'azione penale popolare suppletiva, la quale, mentre cos-*  
“*tituirebbe una migliore affermazione del principio di libertà civile,*  
“*sarebbe a un tempo un incitamento agli organi dello Stato.*” Com-  
“preende-se, não por motivos de lógica jurídica, mas por motivos  
“de mera política jurídica, que se repudie a ação penal popular,  
“que pode ser extensa fonte de vinditas, de perseguições ou extor-  
“sões; mas vedar a ação privada em todo e qualquer caso, embora  
“circunscrita, condicionada ou incondicionadamente, ao ofendido, é  
“um radicalismo que só a intransigência dos governos autoritários  
“pode reclamar. Pondera o Prof. CANUTO que a persistência da  
“ação privada entre nós veio da imperfeita organização inicial do  
“nosso Ministério Público. A observação já fora feita por João  
“MENDES (*Processo Criminal Brasileiro*), e repetiu-a GALDINO SI-  
“QUEIRA (*Processo Criminal*); mas nem por isso deixa de ser menos  
“exata. Trata-se de uma afirmativa que vem sendo reproduzida  
“sem maior atenção. A deficiência da organização do Ministério  
“Público, ao tempo do Código de Processo Criminal de 1832, teria  
“justificado a conservação da “denúncia de qualquer pessoa do povo”  
“(ação popular), mas a ação privada permitida ao ofendido de  
“modo exclusivo (correspondendo à “querela de interesse parti-  
“cular”, do antigo direito português) ou como supletiva da ação  
“pública, teve e tem outras razões de política penal: 1.º, em certos ca-  
“sos, em que o bem jurídico protegido tem caráter mais privado do  
“que público ou em que o *strepitus iudicii* pode ser mais prejudicial  
“ao interesse do ofendido do que a impunidade do ofensor ao interesse  
“social, é razoável que ao ofendido deve ser deixada a iniciativa  
“ou exercício da ação penal; 2.º, de modo geral, seja qual for o  
“crime, cumpre que não fique, sem eficiente *corretivo*, a possível  
“desídia ou relapsia do Ministério Público, e a solução lógica, num



A segunda causa de agravação especial ocorre “se o “agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor “ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por “qualquer outro título tem autoridade sobre ela”. A enumeração do dispositivo é *taxationis causa*. Vê-se que o Código, ao invés de incriminar autonomamente o incesto, manteve o tradicional critério do direito penal pátrio, de considerar a relação de parentesco próximo entre o agente e a

---

“regime democrático, é permitir que o ofendido, participando da “atividade judiciário-penal, supra a omissão do órgão oficial. Dir- “se-á que no sistema italiano (reproduzido do sistema francês) “também o ofendido, nos casos em que admitimos a exclusiva ação “privada, é o árbitro da propositura ou prosseguimento da ação “penal, ou, como diz sutilmente o Prof. CANUTO, embora não seja o “ofendido *causa* da ação penal, poderá impedi-la ou sustá-la “(abstendo-se da querela ou concedendo perdão ao ofensor). É “indisfarçável, porém, o ilogismo: se a ação, quer na sua propo- “situra, quer no seu *curso*, depende da vontade do ofendido, sua “publicidade é apenas *in nomine*. E o que é mais: pouco edificante “e mesmo vexatória será a situação do Ministério Público, que, não “só para começar, senão também para *prosseguir*, fica à mercê dos “caprichos do ofendido ou dos conlulos entre este e o querelado. “Querendo abolir a ação privada, o sistema redonda numa solução “puramente acadêmica. Qual o interesse prático que existe no “considerar-se a ação penal sempre pública, se, em determinados “casos, fica subordinada, na sua promoção e *seguimento*, ao mero “arbítrio do particular ofendido? Referindo-se à querela do direito “italiano, diz justamente o já citado LANZA (*Principii di diritto pro- “cessuale*, 1914, pág. 149): “...*per i reati, per i quali l'azione può “essere promossa dai privati offesi, trattassi di una azione che, nel “suo momento iniziale, è azione penale privata*”. Ai está: um ra- “clocínio lógico leva a reconhecer a persistência, ainda que residual, “da ação penal privada no próprio direito italiano! E note-se que “LANZA não culdou da faculdade, por parte do ofendido, de deter “o *curso* da ação penal, que, afinal, não passa de uma ação privada “exercida por intermédio do Ministério Público (para que não fique “afetada, ainda que por meras palavras, a sagrada prerrogativa do “Estado Todo-Poderoso!)... É de acentuar-se que as idéias do “Prof. CANUTO foram por este levadas ao Congresso de Advogados, “reunido, o ano passado (1943), nesta Capital, e tiveram o repúdio “da quase unanimidade de votos na seção de direito penal e pro-

vítima como simples majorante ou condição de maior punibilidade. O fundamento da exasperação da pena, em qualquer das hipóteses previstas no texto legal, é evidente: o crime sexual, em tais hipóteses, é praticado por aqueles mesmos que tinham o dever de vigilância, guarda ou especial respeito para com a vítima (notadamente quando entre esta e o ofensor há vínculo de sangue). Há um intolerável abuso de relações domésticas, de intimidade, de confiança, de sujeição ou de autoridade, o que acresce a gravidade do crime e traduz maior perversidade do agente.

O *parentesco* consanguíneo (nos casos taxativamente previstos) tanto é o *legítimo* quanto o *natural*, ainda quando resulte de *adultério* ou *incesto*. A *autoridade*, a que se refere a cláusula final do inciso, é não só a de *direito* (exemplo: a do carcereiro em relação ao recluso ou reclusa) ou de *fato* (exemplo: o chefe de família em relação ao menor a quem, *sponte sua*, tirou do abandono e recolheu à sua casa).

A última causa de especial aumento de pena é a circunstância de ser o agente *casado*. A razão da majorante está na impossibilidade, por parte do agente, de reparar o mal pelo subsequente matrimônio. Como acertadamente adverte NORONHA, a especial agravante subsiste ainda no caso de ser o agente *desquitado*, pois o desquite não rompe o vínculo conjugal; mas, no caso de ser o agente de origem estrangeira, divorciado a *vínculo* perante lei estrangeira, de mulher também estrangeira, não se poderá reconhecer a majorante (mesmo em face do *ultra-reacionário* § 6.º do artigo 7.º da nova Lei de Introdução ao Código Civil).

**72. Subsequente casamento.** O Código cuida, na parte geral (art. 108, n.º VII), de uma causa de extinção de punibilidade privativa dos crimes sexuais previstos nos capítulos

---

“cessual penal. Seria de todo desaconselhável alterar os recentes “Códigos, que têm dado os melhores resultados e colhido gerais “aplausos, para *recepção* de critérios alienígenas, em gritante contraste com as tradições do direito pátrio, além de ilógicos, impositivos e antidemocráticos.”

que estamos comentando. É claro que, na conformidade da lei civil, o casamento dependerá do livre assentimento da ofendida ou de seu representante legal, ressalvado, no caso de injustificada recusa deste, o suprimento judicial (*a proposta de casamento não aceita é irrelevante, salvo quanto à medida da pena — art. 42*).

Trata-se de uma espécie de *arrependimento eficaz*, a que a lei penal, por utilidade política, atribui o efeito de eliminar a punibilidade, não obstante a plena consumação do crime. O *subsequens matrimonium* extingue a punibilidade, quer antes, quer depois de condenação irrecorrível. É causa extintiva de caráter, senão puramente *objetivo*, pelo menos *misto*, afetando simultaneamente, como *arrependimento eficaz post factum*, o elemento subjetivo e o elemento objetivo do fato; de modo que *aproveita aos co-participes* (artigo 26, princ.).

A superveniente anulação do casamento faz reviver a punibilidade, devendo notar-se, porém, que a anulação não pode ser decretada sob o pretexto de que o receio de sofrer a pena constitui *coação*, no sentido do inciso IX do art. 183 do Código Civil, pois seria desmarcado contra-senso que a lei civil proibisse onde a lei penal permite, servindo a um superior interesse social. O direito é um conjunto harmônico, e não a *banda do bei de Tunes* com as suas dissonâncias.

O casamento subsequente, na hipótese do art. 223 (crime sexual qualificado por *lesão corporal grave*), ou quando precede a *morte* da vítima, na hipótese do parág. único do mesmo artigo, não extingue a punibilidade quanto ao *majus delictum* (art. 108, parág. único), isto é, a punibilidade subsiste quanto ao resultado letal ou gravemente lesivo da integridade corporal ou saúde da vítima. Como já foi acentuado, no comentário ao art. 223, os resultados *qualificativos* aí previstos são imputados a títulos de *culpa*; assim, extinta a punibilidade do crime sexual, o *resíduo* só poderá ser punido como *lesão corporal culposa* ou *homicídio culposos*.

Se já interveio condenação passada em julgado, o *subsequens matrimonium* impede ou faz cessar a execução da pena, mas aquela persiste para o efeito de reconhecimento e declaração de *reincidência* e *negação da suspensão condicional da pena*, em caso de novas infrações que venha a cometer o condenado. É o que já sustentávamos no regime da legislação penal anterior: “O parág. único do art. 276 da Consolidação das Leis Penais, como se sabe, considera causa de imunidade penal, nos *delicta carnis*, o *subsequens matrimonium* do ofensor com a ofendida: “Não haverá imposição “de pena se se seguir o casamento, a aprazimento do representante legal da ofendida, ou do juiz de órfãos, nos casos “em que lhe compete dar ou suprir o consentimento, ou a “aprazimento da ofendida, se for maior.” Este critério de solução, que remonta ao direito intermédio (*aut dotet, aut nubat, aut ad triremes*), suscita a seguinte questão: o *subsequens matrimonium* extingue somente a pena, ou extingue, também, o crime? Não se trata de uma questão puramente acadêmica, mas de relevante interesse prático, notadamente se entre o momento consumativo do crime e o ulterior casamento já sobreveio uma sentença condenatória, irrecorrível, pois importa saber, então, se tal sentença deve ser cancelada dos *antecedentes judiciais* do agente ou se, ao contrário, subsiste para o reconhecimento de eventual *reincidência* ulterior, ou para a denegação, *in futurum*, do benefício da *suspensão condicional da pena*. Se se admite que o *subsequens matrimonium* anula o crime, é claro que a sentença condenatória passa a ser juridicamente nenhuma; mas, se se entende que somente é excluída a aplicação da pena, é óbvio que a sentença persistirá com relevância jurídica no *curriculum vitae* do agente. Cortando cerce o debate doutrinário e as vacilações da jurisprudência, o atual Código Penal italiano preceitua, na espécie, que o casamento “extingue il reato... e se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali”. Perante a nossa lei penal, porém (o Código de 40 não alterou o critério da lei revogada), a questão continua aberta, e não vacilamos em resolvê-la no sentido

de que o casamento não exclui o crime, mas tão-somente a pena. O texto legal é restritivo: *não haverá lugar a imposição de pena* (e o Código vigente apenas diz: “extingue-se a punibilidade”). Nenhuma referência à exclusão da *criminosidade* do fato anterior. Salvo disposição especial, toda vez que a lei penal isenta de pena um fato criminoso em razão de outro fato *ulterior* ou *sucessivo*, o que se dá é, apenas, uma manifestação de clemência do legislador, determinada por motivos de política criminal, e não uma *retroativa* licitude do fato ilícito já consumado. A violação da lei penal, uma vez *acontecida*, não pode ser dada como *não acontecida*. *Factum infectum fieri nequit*. Se é certo que este axioma pode ser abstraído por uma *fictio juris* ou por um *jus singulare* (“*quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem introductum est*”), não é menos certo que, para tanto, é imprescindível o pronunciamento *expresso* da lei. Entre os penalistas italianos, no regime do Código ZANARDELLI (que, no caso *quo agitur*, preceituava, simplesmente, que “*il colpevole... va esente da pena*”), BONUCCI e MASSARI, entre outros, opinavam que a *exclusão da pena* importava a *exclusão do crime*. Assim se pronunciava BONUCCI (in *Rivista di Dir. e Proc. Penale*, 1919, parte 1.<sup>a</sup>, pág. 186): “Para que subsista um crime, isto é, um fato jurídico..., “cumpre que subsista a sua idoneidade ou possibilidade jurídica de produzir um efeito jurídico, ou seja, na espécie, a aplicação da sanção.” No mesmo sentido, MASSARI (*Le dottrine generali del diritto penale*, págs. 65-66): “Há “quem pretenda restringir os pressupostos gerais do crime “tão-somente ao *preceito*. Não aceitamos tal opinião, pois “que, se a norma abrange um elemento sancionador e um “elemento preceitual, não podemos conceber que um fato “possa apresentar-se como crime se falha a sanção... En- “tendemos que, toda vez que a pena não seja aplicável, o “fato deixa de constituir um crime.” Ora, a ilicitude penal de um fato não deriva da *sanctio*, mas do *praeceptum* da norma penal. Neste é que se encerra o *juízo de reprovação* que inspira o legislador na incriminação de tal ou qual fato.



O preceito é um *prius* em relação à sanção, de modo que, quando, por uma questão de *oportunidade* (e não pelo fato em si mesmo), é suprimida a sanção, não desaparece a ilicitude penal do fato. Invoquemos a lição de STOPPATO (*Com. al Cod. di Proc. Penale*, vol. IV, págs. 932-933): "... uma coisa "é o fato não constituir crime, outra é ser declarado isento "de pena por motivos vários de conveniência ou oportuni- "dade política... ou seja para suscitar o arrependimento... "ou porque a promessa de impunidade possa, em certos "casos, preservar a sociedade ou o indivíduo de algum dano, "ou atenuá-lo, porque se tenha em vista a reparação, con- "seqüente a uma resipiscência eficaz ou de natureza a afas- "tar o prejuízo decorrente de um crime, como seja a com- "pensão que possa ser dada à vítima... Mas em todos "estes casos, quer predomine uma razão de caráter subje- "tivo, quer de caráter objetivo, o fato *constitui crime*, por "isso que se apresenta íntegro em todos os seus *extremos*. "E, assim sendo, não é possível equiparar o caso de isenção "de pena com o de não existência do crime... De fato, exi- "mir de pena significa não *aplicá-la*, e só se pode falar em "não aplicá-la quando, abstraídas as condições negativas le- "gais, deveria ter sido aplicada; e se deveria ter sido aplicada "como sanção, quer isto dizer que a violação da norma era "perfeita nos elementos que a constituem". Para chegar a conclusão idêntica, assim disserta ANGIONI (*Le cause che escludono l'illiceità obbiettiva penale*, págs. 49-50): "As causas "que implicam a proibição de punir o fato cometido, mas "consistentes na ocorrência de fatos *sucessivos* (sejam estes "queridos pelo autor, ou sobrevenham à sua revelia, ou mes- "mo contra sua vontade), não são causas de exclusão de "ilicitude do fato. E não o são porque não podem impedir "a manifestação de uma ilicitude que já se manifestou, nem "a apresentação de um crime que já aconteceu." A lógica deste ponto de vista é indissimulável.

Todas as vezes que a insenção da pena não deriva do fato em si mesmo, mas da superveniência de um fato novo,

a ilicitude penal permanece, a não ser que a lei explicitamente decida de modo diverso. Rejeitar esta ilação é incidir, inevitavelmente, na incoerência do raciocínio. Na hipótese de que ora se trata, não há razão alguma para solução diferente. Não há argumentar que o *subsequens matrimonium* pressupõe necessariamente o perdão da ofendida. Este, sobre ter eficácia somente nos casos de exclusiva ação privada, não anula o crime, senão unicamente a pena imposta. Por outro lado, considerando-se o *subsequens matrimonium* como um *arrependimento eficaz* por parte do agente, ainda terá de persistir o mesmo critério de decisão. Inteiramente abandonadas as chamadas *teorias jurídicas* sobre a *resipiscência eficiente* (*teoria da anulação, teoria de nulidade, teoria da presunção, etc.*), a que se refere M. E. MAYER como “curiosas velharias” (*kuriose Antiquitäten*), predominou o ponto de vista defendido por VON LISZT: a imunidade penal decorrente do *arrependimento eficaz* é um artifício de política criminal, que, se exclui a pena (como uma *ponte de ouro* para a contramarcha do agente), não extingue retroativamente a ilicitude do fato. O *arrependimento eficaz* pertence à categoria das circunstâncias que os autores alemães denominam *Strafaufhebungsgrunde*, isto é, circunstâncias que, embora deixando subsistir plenamente o crime, tornam-no apenas não punível (ou, como diz MAYER, “*Umstände, die den bereits entstandenen Strafanspruch nachträglich wieder aufheben und somit Verwirklichung hindern*”).<sup>66</sup> E ainda mesmo que se adotasse, de *jure condendo*, o critério da *qualidade dos motivos psicológicos*, sugerido por FLORIAN, na avaliação do *arrependimento* em cada caso concreto, que favor além do que já lhe concede o direito vigente, mereceria o *Lovelace* que, não por um *arrependimento sincero*, mas, na realidade, tangido pelo fim egoístico de eximir-se à imposição de pena, desposa a sua vítima? A consecução

<sup>66</sup> É o critério expressamente acolhido pelo nosso Código atual: as referidas circunstâncias são explicitamente consideradas causas extintas tão-somente da *punibilidade* (art. 108), não podendo ser confundidas com as causas *excludentes do crime* (art. 19).

de um fim utilitário não pode fazer abstrair um estado de *periculosidade* subjetiva, em detrimento do interesse da defesa social. Finalmente, não se pode atribuir ao *subsequens matrimonium* o efeito de extinguir o crime porque importa *reparação do dano*, pois a nossa lei penal (referíamos-nos ao Código de 1890), adstrita ao critério das fontes romanas, não empresta à reparação do dano (salvo no caso excepcional do *peculato culposo*) nem mesmo o efeito de atenuar a pena cominada *in abstracto* ao crime. É força, portanto, esta conclusão: a sentença condenatória de réu de um crime sexual não é extinta pelo *subsequens matrimonium*, senão no tocante à *imposição da pena*, persistindo para o efeito da computação da reincidência e da negação de *sursis* em caso de novas infrações penais que venha o réu acaso a praticar.

Questão que já foi trazida aos tribunais, com o advento do Código de 40, é a de saber se, sendo menor de 21 anos o réu de crime sexual, pode ser-lhe concedida a suspensão condicional da pena (em face do art. 30, § 3.º), não obstante negar-se ao casamento com a ofendida. No Distrito Federal, alguns juízes da primeira instância têm decidido no sentido afirmativo; mas o Tribunal de Apelação, cassando tais decisões, acentuou justamente que, se uma das causas de revogação do *sursis* é a de que o beneficiário *frustre a reparação do dano* (art. 59, n.º II), não se compreende que se outorgue o favor legal ao réu que, mesmo antes de obtê-lo, se recusa, não obstante *solutus*, e sem motivo excepcionalmente grave, a desposar a ofendida, isto é, a reparar adequadamente o mal praticado.

Outra questão, já existente no regime do Código de 90 e ainda suscitada sem razão alguma perante o Código atual, é a de saber se o *subsequens matrimonium* da ofendida com terceiro (não co-autor) extingue a punibilidade do crime sexual. A resposta negativa se impõe, de modo categórico e iniludível, em face do Código vigente. O art. 108, n.º VIII, declara explicitamente que a punibilidade se extingue “pelo casamento do *agente* com a ofendida”. No caso do art. 225, § 1.º, n.º I, já provocada, mediante representação, a ação do

Ministério Público, pouco importa que o *terceiro*, casado com a ofendida, se oponha ao prosseguimento do processo, pois a representação é *irretratável* (art. 104) e a ação tem caráter *público*, isto é, a sua seqüência não depende do arbítrio da pessoa ofendida ou de seu representante legal. Comentando um julgado do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, já assim nos externamos: "O casamento da ofendida com *terceiro* nenhuma influência exerce no curso da ação penal promovida pelo Ministério Público ou na execução da subsequente sentença condenatória. Em sentido contrário, entretanto, decidiu, em acórdão recente, a 1.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal. Foi relator do julgado o desembargador EDGAR COSTA, que, depois de sustentar que em tal caso o processo não deve prosseguir sem que o marido (como representante legal da mulher) o requeira, ou represente, assim disserta: "Não se trata — é bem de ver — de *perempção* da ação, que é coisa diversa, e de que cogita o art. 108, ns. IV e VII (?), do Código Penal vigente, invocado na discussão do recurso; a hipótese é de *ilegitimidade de parte* para prosseguir no processo, ou seja, do Ministério Público. Na espécie, o casamento da ofendida verificou-se após a sentença condenatória; desde então está paralisado o processo. O Dr. procurador-geral, por seu ilustre delegado, bem se apercebeu da hipótese e pô-la em seus devidos termos, ao concluir assim o parecer a fls. 22: "... do interesse que a ofendida tenha em que prossiga, ou não, a ação já decidida em primeira instância, por sentença transitada em julgado para o Ministério Público, só quem pode dizer é o seu representante legal, o marido, cuja audiência com petição ao recorrente, e não ao Ministério Público, ou ao juiz *ex officio promover* (art. 5.<sup>o</sup> do Dec.-Lei n.<sup>o</sup> 3.931, de 11 de dezembro de 1931, Lei de Introdução do Código de Processo Penal)." *Data venia*, é manifesto o equívoco do acórdão. A *miserabilidade* da ofendida, como condição da ação pública, referida ao tempo do crime, nada tem a ver com o casamento da ofendida com outrem que não o seu ofensor. Uma vez averiguada a dita condição de *publicidade*

da ação (e, de acordo com o Código, oferecida a *representação*, que é *irretratável* depois de iniciada a ação), nenhum fato ulterior fará cessar a competência do Ministério Público. A mudança de representante legal da ofendida não produz a *metamorfose* da ação pública em ação privada. Desde que intentada aquela, o seu prosseguimento não fica subordinado à continuidade da condição de *miserabilidade*. Decidir o contrário levará a consequências intoleráveis. Estaria, por exemplo, criado livre ensejo aos “testas de ferro”, em benefício e gozo dos sátiros financeiramente aptos a fazer calar escrúpulos. Nem mesmo seria necessário esse recurso. Bastaria que o autor do crime fizesse uma certa doação à ofendida, para que, deixando esta de ser *miserável*, cessasse a ação pública! Declarou o acórdão que, dado o casamento da ofendida com terceiro, o Ministério Público deixou de ser o seu representante legal, que passa a ser o marido. Ora, no exercício da *ação pública*, o Ministério Público não é representante legal da ofendida, mas da sociedade ou do Estado. Não se trata, no caso, de *ação privada* que o Ministério Público promova em substituição à parte ofendida, mas de *ação pública* autêntica, conceitualmente tal. Nem se diga que, com o prosseguimento da ação, vai-se manter o *strepitus iudicii* em torno do lar que se forma. O escândalo já se produziu com a propositura da ação, e o objetivo sentimental de poupar vexames a esse lar não pode sobrelevar o interesse social, que é o de punir um delinquente perigoso e evitar que outros lhe imitem o exemplo, seguros da impunidade que lhes proporcionará o *arranjo* do casamento da ofendida com terceiro.”

73. *Dote à ofendida.* O Código vigente não reproduziu o preceito do art. 276 do Código anterior, isto é, não se refere à obrigação de *dotar* a ofendida, por parte do réu de crime sexual, no caso de condenação. O caso está devidamente regulado no lugar próprio, que é o Código Civil. Dispõe este, no seu art. 1.548: “A mulher agravada em sua honra tem “direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não qui-



“ser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado: I) Se, virgem e menor, for deflorada (bastaria que dissesse: “se menor, for deflorada”). II) Se, mulher honesta, for violentada, ou atarrada por ameaças. III) Se for seduzida com promessas de casamento. IV) Se for raptada.”

## CAPÍTULO V

## Do lenocínio e do tráfico de mulheres

Mediação  
para servir  
à lascívia de  
outrem

**Art. 227.** *Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:*

*Pena — reclusão, de um a três anos.*

§ 1.º *Se a vítima é maior de 14 e menor de 18 anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:*

*Pena — reclusão, de dois a cinco anos.*

§ 2.º *Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:*

*Pena — reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência.*

§ 3.º *Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00.*

Favoreci-  
mento da  
prostituição

**Art. 228.** *Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone:*

*Pena — reclusão, de dois a cinco anos.*

§ 1.º *Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1.º do artigo anterior:*

*Pena — reclusão, de três a oito anos.*

§ 2.º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

*Pena — reclusão, de quatro a 10 anos, além da pena correspondente à violência.*

§ 3.º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa, de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 15.000,00.

**Casa de prostituição**

*Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição, ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:*

*Pena — reclusão, de dois a cinco anos, e multa, de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 15.000,00.*

**Rufianismo**

*Art. 230. Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:*

*Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa, de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 15.000,00.*

§ 1.º Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1.º do art. 227:

*Pena — reclusão, de três a seis anos, além da multa.*

§ 2.º Se há emprego de violência ou grave ameaça:

*Pena — reclusão, de dois a oito anos, além da multa e sem prejuízo da pena correspondente à violência.*

**Tráfico de mulheres**

*Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha*

*exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro:*

*Pena — reclusão, de três a oito anos.*

§ 1.º *Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1.º do art. 227:*

*Pena — reclusão, de quatro a 10 anos.*

§ 2.º *Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de cinco a 12 anos, além da pena correspondente à violência.*

§ 3.º *Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa, de Cr\$ 5.000,00 a Cr\$ 10.000,00.*

*Art. 232. Nos crimes de que trata este capítulo, é aplicável o disposto nos arts. 223 e 224.*

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: francês, art. 334 (modificado por leis de 27-5-1885, 3-4-1903, 27-12-1916 e 20-12-1922); suíço, artigos 198 a 202; alemão, §§ 180 e 181, *a* (leis de 5-6-1900, chamada lei *Heinze*, e 24-11-1933); norueguês, §§ 200 a 206; italiano, arts. 531 a 537; austríaco, §§ 132 e 133 (lei de 24-5-1885); holandês, art. 250 e 251; belga, arts. 379 a 381 (lei de 27-11-1891); húngaro, § 247 (lei de 1908, §§ 43 a 47); soviético, art. 155; turco, art. 201; iugoslavo, arts. 187 e 188; português, arts. 405 e 406 (lei de 15-12-1894); polonês, arts. 208 a 212; dinamarquês, arts. 228, 229 e 231; japonês, § 182; espanhol, arts. 431, 2.º, 3.º e 4.º, 432, 438 e 439; mexicano, arts. 206, 207 (modificado por lei de 26-5-1940) e 208; colombiano, arts. 327 a 332; chileno, arts. 367 e 372; boliviano, arts. 426 e 427; peruano, arts. 206 a 208; uruguaio, art. 274 (leis ns. 9.155 e 8.080); argentino, arts. 125 e 126 (e lei n.º 12.331, de 1937).

**BIBLIOGRAFIA** — Além da citada anteriormente: BLOCH, *Die Prostitution*, 1912; STENGLEIN, *Die polizeische Reglementierung der Prostitution*, in *Der Gerichtssaal*, vol. LXII, 1903; HERR (Paul), *Der Begriff des Zuhälters*, in *Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft*, vol. 21, 1901; PUJARRAUD, *Les malfaiteurs de profession*, 1900; HALDY (W.), *Die Wohnungsfrage der Prostitution*, 1914; ELSTER (Alex.), *Zuhälter (Rufião)*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, fasc. 19, 1936; DONDINA (M.), *Prostituzione*, in *Nuovo Digesto Italiano*,

vol. X; *Trattato di donne e minori*, idem, vol. XII, parte 2.<sup>a</sup>; CORREDO (P.), *Lenocínio*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VII; VIDONI (G.), *Prostitutas y prostitución*, trad. esp., 1931; ALENDY (R.), *Le crime et les perversions instinctives*, 1942; COMMENGE, *La prostitution clandestine à Paris*, 1904; FIAUX (L.), *La police de mœurs*, 1902; MORSELLI, Prefácio a *Prostitutas e prostituição*, de VIDONI, 1931; MORAIS (Evaristo de), *Ensaio de patologia social*, 1921; SANTOS (Abadie), *Represión del proxenetismo*, 1932; CAMPOS JÚNIOR, *Do lenocínio e do tráfico de mulheres*, in *Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público*, 1943; HAGERMANN (Max.), *Kuppelei (Proxenetismo)*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, de ELSTER-STIER, IV, 1927; DUFOUR, *Histoire de la prostitution chez tous les peuples du monde*, 1851; REUSS, *La prostitution au point de vue de l'hygiène et de la administration*, 1889; MIREUR, *La syphilis et la prostitution*, 1875; FERREIRA DA ROSA, *O lupanar*, 1896; FROTA AGUIAR (Anésio), *O lenocínio como problema social no Brasil*, 1940; DUARTE, (José), *Lenocínio*, separata de *Direito*, 1940; VEILLARD, *La prostitution*, 1918; SCHNEIDER, *Der Mädchenhandel und seine Bekämpfung* (O tráfico de mulheres e sua repressão), 1928; APPLETON, *La traite des blanches*, 1903; FERDINANDO-DREYFUS, *Rapport sur la traite des blanches*, in *Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal*, vol. 8.º, 1900; LAYRAC (L.), *La traite des blanches et l'excitation à la débauche*, 1904; LINDEMAN, *Das internationale Verbrechen und seine Bekämpfung* (A criminalidade internacional e sua repressão), in *Bulletin de l'U. I. D. P.*, vol. 13; KOHLER (J.) (*Internationale Strafrecht*, 1917; ALBERT LONDRES, *Le chemin à Buenos Aires (La traite des blanches)*, 1927; COELHO (Ad.), *Ópio, Cocaína e Escravidão Branca*, 1934; FEUILLOLEY (G.), *Communication sur la traite des blanches*, in *Bulletin de l'U. I. D. P.*, vol. 10; HACHFELD, *Der Mädchenhandel und seine Bekämpfung im Völkerrecht*, 1913; DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'étude de droit pénal international*, 1922; HAFTER, *Frauen und kinder Handel* (Tráfico de mulheres e menores), in *Schweizerisches Zeitschrift f. Strafrecht*, 1932; Sociedade das Nações, *Rapport du Comité spécial d'experts sur la question de la traite de femmes et des enfants*, apresentado em 1927; HATZIG, *Der Mädchenhandel*, in *Zeitschrift der Strafrechtswissenschaft*, XX, págs. 511 e segs.; BOHNE, *Mädchenhandel*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de STIER-ELSTER, IV, 1927; BAUMANN (F.), *New York Kadetten* (Os rufões de Nova Iorque), 1905; NORDHAUSEN, *Mädchenhandel*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, fasc. X, 1932; GUNZBURG (Niko), *Les transformations récentes du droit pénal interne et international*, 1938; KUPRIN (Alex.), *Yama* (O bordel), trad. port., sem data; MC COLL (E. A.), *Legislación sobre proxenetismo y sus delitos afines*, 1932; ASÚA (L. J.), *El criminalista*, I, 1941.



## COMENTARIO

74. **Histórico.** Desde remota antiguidade, o lenocínio tem sido objeto de repressão penal. Em Atenas, a legislação de SÓLON, segundo uma citada de ESCHINO, foi ao extremo de cominar a pena de morte aos agentes da prostituição. Em Roma, com a *lex Julia de adulteriis*, figurava entre os *crimina publica* o *lenocinium quaestuarium*, isto é, a exploração lucrativa da prostituição (*sive autem principaliter hoc negotium gerat, sive alterius negotiationis accessione utatur*), sendo equiparado aos *lenones* o marido que tirasse proveito do adultério da própria esposa (*qui de adulterio uxoris suae quid coeperit*) ou não repudiasse a adúltera colhida em flagrante (*qui in adulterio deprehensam retinuerit*). Enquanto o lenocínio profissional era crime *sui generis*, consideravam-se as demais formas como cumplicidade (por assistência) no *adulterium* ou no *stuprum*. A pena aplicável era, a princípio, arbitrária. Ao tempo de Teodoro e Valentiniano, porém, foram decretados o confisco, o exílio ou o trabalho nas minas, contra os pais ou senhores que prostituíssem suas próprias filhas ou escravas. Como tais sanções fossem ainda julgadas insuficientes, chegou-se a pronunciar a pena de morte, desde que ficassem provados o fim de lucro e a habitualidade ou o emprego de insídias na prática do lenocínio.

Na Idade Média, vemos o lenocínio punido nas *Capitulares* de CARLOS MAGNO e na *Glosa* ao *Speculum Saxonicum*. Sob o pontificado de SIXTO V, foi decretada a pena última contra o *lenocinium qualificatum*, isto é, exercido pelos pais ou maridos sobre as próprias filhas ou esposas (*Pater, aut mater, vel maritus, qui suae filiae virginis pudorem, aut propriam uxorem alterius libidini tradiderit, et reipsa prostituerit, aut induxerit, et adulteria, quaestus, aut alia causa palam exercent poena ultima supplicii puniatur*).

Em Portugal, desde o reinado de Afonso IV, eram aplicadas as penas de açoites e *degredo* para o Brasil aos réus de lenocínio qualificado, bem como a todo aquele que *alcovitasse* freira, virgem, mulher casada ou viúva honesta.

FARINACIO assim conceituava o agente do lenocínio: "*leno dicitur qui quaesturias feminas habet, in illisque quaestum exercet*". BAJARDUS (ad JULIUS CLARUS) ensinava: "*lenones dicuntur, qui habent quaesturia mancipia, vel sub alterius nomine exercent lenocinium, ut qui praetextu tabernae habent mancipia quaesturia*". Os práticos, em geral, seguindo a tradição romanística, inseriam no conceito do *lenocinium*, além do fim de lucro (*lucri faciendi animus*), a *habitualidade* (*consuetudo, reiteratio*), isto é, condicionavam a consumação do crime ao *trinum actum*: *non dicitur leno, nec lenocinii poena punitur, qui semel tantum lenocinium fecit: requiritur enim consuetudo saltem per trinum actum*.

Em tempos mais próximos, CARMIGNANI já fixava o conteúdo do crime em questão menos restritamente, dispensando o requisito da *habitualidade*: *prostitutio alienae pudicitiae animo lucrandi facta*. Nas ulteriores codificações de direito penal, variou o critério de identificação do lenocínio: umas exigem como elemento integrante a *habitualidade*, abstraindo o fim de lucro; outras exigem alternativamente os dois elementos; e ainda outras, finalmente, alheiam-se a estes, ou lhes atribuem o papel de *agravantes especiais* ou *condições de maior punibilidade*. Este último critério tornou-se o prevalente. Ao lado das modalidades tradicionais do lenocínio, foram, modernamente, reconhecidas e incriminadas outras: o fazer-se sustentar por prostituta, a pretexto de protegê-la ou a outro título (*rufianismo*), e o tráfico de mulheres destinadas à prostituição (cuja punição foi iniciada pela Inglaterra, com a *Criminal Law Amendment Act*, de 1885).

Entre nós, o Código de 1830 não cogitava do lenocínio, que só veio a ser incriminado pelo Código de 1890, nos seus arts. 277 e 278, posteriormente alterados pela chamada lei MELO FRANCO (Lei n.º 2.992, de 25 de setembro de 1915), conseqüente ao compromisso assumido pelo Brasil na Conferência de Paris, de 1902, sobre o tráfico de mulheres.

**74-A. Generalidades.** O Código de 40 não teria sido baldo de técnica se tivesse empregado, no presente capítulo, como

rubrica geral, tão-somente o vocábulo “lenocínio”. Com este nome, tomado em sentido lato, pode designar-se não só a atividade criminosa dos *mediadores* ou *fautores*, como a dos *aproveitadores*, em geral, da corrupção ou prostituição. Assim, o “tráfico de mulheres” (recrutamento e transporte, de um país a outro, de mulheres destinadas à prostituição), a que o Código faz destacada menção, não é senão uma modalidade do lenocínio, do mesmo modo que o *proxenetismo* (“mediação para servir à lascívia de outrem”, “favorecimento à prostituição”, manutenção de “casas de prostituição”) e o *rufianismo* (aproveitamento parasitário do ganho de prostitutas). Lenocínio é o fato de prestar assistência à libidinagem de outrem ou dela tirar proveito. A nota diferencial, característica do lenocínio (em cotejo com os demais crimes sexuais), está em que, ao invés de servir à concupiscência de seus próprios agentes, opera, em torno da lascívia alheia, da prática sexual *inter alios*. E esta é uma nota comum entre *proxenetas*, *rufiões* e *traficantes de mulheres*: todos *corvejam* em torno da libidinagem de outrem, ora como mediadores, fomentadores ou auxiliares, ora como especuladores parasitários. São moscas da mesma cloaca, vermes da mesma podridão. No extremo ponto da escala de indignidade, porém, estão, por certo, os que agem *lucri faciendi causa*: o proxeneta de ofício, o rufião habitual, o “marchante” de mulheres para as feiras de Vênus Libertina. De tais indivíduos se pode dizer que são os espécimes mais abjetos do gênero humano. São as *tênias* da prostituição, os *parasitas* do vil mercado dos prazeres sexuais. Figuras típicas da *malavita*. Constituem, como diz VIAZZI, um *peso morto* na luta solidária para a consecução dos fins coletivos. As meretrizes (segundo o tropo do padre VIEIRA) “comem do próprio corpo”, e essa ignóbil caterva de *profiteurs* disputa bocados e nacos no prato de tal infâmia.

Talvez se afigure, *prima facie*, que nos países, como o nosso, em que não se proíbe a prostituição em si mesma, seja injustificável a repressão dos lenões, pois, se tal ou qual

fato é permitido ou penalmente indiferente, não se deveriam, coerentemente, incriminar os que lhe são famulativos ou acessórios (*accessorium sequitur suum principale*). Este raciocínio, porém, estaria abstraindo que a política criminal muitas vezes desatende à lógica, para seguir critérios de oportunidade e conveniência. A prostituição é tolerada como uma *fatalidade* da vida social, mas a ordem jurídica faltaria à sua finalidade se deixasse de reprimir aqueles que, de qualquer modo, contribuem para maior fomento e extensão dessa chaga social.<sup>67</sup> Se a prostituição é um mal deplorável, não deixa de ser, até certo ponto, em que pese aos moralistas teóricos, *necessário*. Embora se deva procurar reduzi-la ao mínimo possível, seria desacerto a sua incriminação. Sem querer fazer-lhe o elogio, cumpre reconhecer-lhe uma função preventiva na entrosagem da máquina social: é uma válvula de escapamento à pressão de irrecusável instinto, que jamais se apaziguou na fórmula social da monogamia, e reclama satisfação antes mesmo que o homem atinja a idade civil do casamento ou a suficiente aptidão para assumir os encargos da formação de um lar. Anular o meretrício, se isso fora possível, seria inquestionavelmente orientar a imoralidade para o recesso dos lares e fazer reverter a libido para a prática de todos os crimes sociais. Carão, cuja austeridade se fez provérbio, disse as seguintes palavras a um jovem romano que, confuso, fora por ele surpreendido a sair de um prostíbulo: “Muito bem! Quando a ignóbil luxúria intumesce as veias, é justo que os moços venham a lugares como este e não perturbem as esposas alheias.” (HORÁCIO, *Sátira*, II, livro I.) Insuspeitíssima também é a opinião de SANTO AGOSTINHO: “*Aufer meretrices de rebus humanis, turbaveris*

<sup>67</sup> O lenão, diz VIAZZI, “*eccita e favorisce la prostituzione perchè di essa fa suo profitto, crea il male, ne coltiva e aiuta l'incancrenare, perchè da questa persistenza ha vantaggio*”.

O caso de lenocínio não é o único em que a lei penal incrimina o *accessorium*, não obstante a imunidade do *principale*. Também o suicídio escapa à sanção penal e, no entanto, é punida a instigação ou assistência ao suicídio.

*omnia libidinibus.*” No mesmo sentido, SANTO TOMÁS DE AQUINO: “A prostituição é comparável à cloaca de um palácio: removida aquela, torna-se este um lugar fétido e impuro.” É força reconhecer com JEANNEL que “*les prostituées dans une ville sont aussi nécessaires que les égouts, les voiries et les dépôts d'immondices*”.\* Devemos, sem, dúvida, coibir a prostituição nos seus transbordamentos, estreitá-la quanto possível nas suas fronteiras; mas será crassa imprudência tentar suprimi-la. Não é impunemente que se procura evitar o determinismo de certos fatos humanos. Temos, a tal respeito, no Brasil, uma advertência palpitante de atualidade: os contragolpes da expulsão do meretrício que, no Rio, vivia tradicionalmente alojado, sem maior escândalo, nas cercanias do canal do Mangue. Um chefe de polícia puritano, aproveitando-se de um regime ditatorial, entendeu de acabar com aquele “atentado à nossa civilização”: enxotou as meretrizes para *além do Tibre*, e dormiu satisfeito,

---

\* Se há um fenômeno social contra cujo livre exame se acumulam irreduzíveis preconceitos é o da prostituição. Quem quer que não reconheça nele um grave mal contra os costumes arrisca-se a ser considerado como um defensor da impudícia e do despreço à moral. Continua sendo atrevido paradoxo o dizer-se que a prostituição é um “mal necessário”, um preventivo contra a corrupção generalizada, um meio indireto de salvar a pureza de costumes no seio das famílias, um *substituto* da criminalidade sexual, uma espécie de ilha de Sapucaia a sacrificar-se em benefício da Cidade.

Quando LECKY afirmou que a meretriz é uma vítima que a sociedade imola nas aras da moral doméstica, ou quando WEINIGER declara que a mulher prostituta é a salvaguarda da mulher mãe, há pigarreios escandalizados entre os da guarda pretoriana da moral convencional. E vem o tremendo libelo contra Vênus Libertina: é o espetáculo do despudor; é a chaga purulenta da imoralidade, o seminário das moléstias venéreas, a perdição da juventude, o marcado encontro cotidiano para a *malavita*.

E vem, a seguir, o ingênuo preconceito do remédio heróico: a castidade, a abstinência sexual *extra matrimonium*. Pretende-se que, na fase mais imperiosa do instinto genésico, mas que não corresponde à capacidade social indispensável para assumir as responsabilidades do casamento, o homem se abroquele naquela inibição fi-



como certo imperador antigo depois de haver decretado a abolição das tempestades no seu reino. Os resultados não podiam ser mais desastrosos. O meretrício infiltrou-se, sub-repticiamente, por todos os bairros e quarteirões da cidade, mesmo os residenciais. O que era um *abcesso de fixação* tornou-se *septicemia generalizada*. O que estava confinado a uma conveniente distância do centro urbano passou a entremostrarse a um tiro de espingarda da avenida Rio Branco, na Lapa e adjacências. As decaídas mais afoitas já estão batendo o *trottoir* em pleno coração da cidade. Os *dancings* fizeram-se foco de prostituição. Difundiram-se as casas de *rendez-vous* e de *passe*, disfarçadas, preferentemen-

---

siológica de que dão edificante exemplo os eremitas, anacoretas e santos. Postula-se a abolição radical da prostituição, mas com a mesma simplicidade de raciocínio dos médicos que supõem debelar uma infecção subjacente com o suprimir-lhe os sintomas. E como se pode exigir a castidade numa época, como a atual, em que se multiplicam e se requintam os estímulos ao sensualismo e à concupiscência? A literatura, a arte, o teatro, o cinema, a moda feminina, a licenciosidade das praias e salões mundanos, as festivas exhibições de seminudismo nos concursos de "rainhas de beleza", tudo compete à primazia no desafio à lascívia, na provocação aos desejos eróticos, no convite ao amor sexual. Não se podem prender as pedras quando a cainçalha está solta. Como falar-se em castidade, notadamente entre nós, sob o sol dos trópicos, em que o homem madura para o intercâmbio sexual, muito antes da maturidade civil ou social? Como se podem reclamar misóginos, notadamente em países como o Brasil, economicamente desorganizados, onde 90% dos varões não podem casar-se antes dos 25 ou 30 anos e onde, depois dessa idade, o celibato se apresenta inevitável em 90% de casos? Suprima-se a prostituição, e as conseqüências serão lamentáveis, os *derivativos* serão alarmantes: ou as "saturnais do onanismo", a ronda dos vícios ocultos, ou o recrudescimento dos adultérios, dos estupros e das seduições, a exacerbação da libidinagem, o aliciamento à depravação clandestina, o desrespeito à incolumidade dos lares. É o a que, aliás, estamos assistindo nesta cidade mesma, depois que a violência policial tentou acabar com a feira-livre do amor sexual nas cercanias do *Mangue*.

Sobre o "Problema da prostituição", assim discorreremos, em conferência proferida, recentemente, na Faculdade de Direito de São Paulo:

te, sob a aparência de *ateliers* de modas. A *lanterna vermelha* e o *vaso de manjerição*, dos tempos de antanho, nas vielas escusas e ruas de pouco trânsito, foram substituídos por um *manequim*, entre as galas do próprio bairro de Copacabana!

No mesmo passo, enquanto não se restabelece o anterior equilíbrio entre a *oferta* e a *procura*, no mercado do amor carnal, os estupros, as seduções, os atentados ao pudor (notadamente contra menores impúberes), os adultérios e os incestos multiplicam-se alarmantemente. Alastrou-se em ricochete a corrupção, como deixou perceber o Carnaval (1955), o mais impudente de quantos já se assistiram nesta

---

“Em torno do problema da prostituição, três soluções se apresentam: proibição radical, permissão irrestrita e liberdade controlada. A primeira delas, pleiteada pelo moralismo reacionário ou pelo jesuitismo santarrão, disfarçados sob a máscara de “neo-idealismo”, abstrai as múltiplas e profundas causas do fenômeno social da prostituição e cuida ingenuamente que, com a intervenção repressiva do poder de polícia do Estado, contra o meretrício de “porta aberta”, estará debelado o mal e salvaguardada a moral social. Não prevê os contragolpes, que seriam a prostituição clandestina, o *mercado negro* do amor sexual fora do matrimônio, a inflexão da imoralidade para o recesso dos lares, os desvarios e crimes do sexo intumescido pela abstinência, as perturbações psíquicas decorrentes do forçado ascetismo ou das práticas sexuais unilaterais, o tremendo derivativo do homossexualismo nos lóbregos e esconsos recantos de Sodoma. Pregar, como fazem os *guardas pretorianos* do pudor, a castidade dos moços e celibatários, numa época em que, a cada esquina, se encontra a tentação de Vênus afeiçoada à moda da escassez de roupas; numa época em que, nas praias, nos teatros, nos *films* de cinema, nos concursos de beleza, nos desportos femininos, os *bikinis*, os porta-seios e os calções se fazem cada vez mais minguados, para a crescente exposição daquelas formas cujo esferoidismo vem provocando os varões desde o Paraíso; numa época em que a literatura e as artes figurativas se comprazem sistematicamente na sugestão para o erotismo e jogos do amor; e, notadamente, propor a castidade num país como o Brasil, em que o sol dos trópicos faz arder o sangue nas veias, é o mesmo, é comparativamente o mesmo que pretender debelar a fome nas “favelas” ou nos antros da miséria, preconizando a prática do jejum quaresmal ou instalar a política de se soltarem

Capital, quer nas ruas, quer nos clubes. E ainda mais: propagação de moléstias venéreas aumentou de maneira assustadora. Redobrou a clientela masculina dos postos antivenéreos. Nem era de esperar outra coisa: antigamente, a prostitutas, aglomeradas no Mangue, haviam-se habituado a freqüentar o vizinho ambulatório antivenéreo do Hospital Gaffrée-Guinle, que, assim, exercia uma benéfica ação curativa e preventiva; mas, atualmente, as mercadoras do amor dispersadas e forçadas à clandestinidade, desertaram do benemérito Hospital. Para salvar aparências de moralidade e por imitação simiesca de outros países (sem mesmo averi-

---

os cães e prenderem-se as pedras. Se a maturidade sexual não corresponde à maturidade social ou econômica, impedindo-se a precocidade dos casamentos, e se há homens temperamentalmente avessos ao matrimônio ou sempre financeiramente inadequados para este, ou congenitamente incapazes de afeiçoamento à monogamia imposta pelo vigente regime matrimonial, como se arranjarão os moços, os celibatários *enragés*, os insofridos hipersexuais? Para impor-lhes a continência sexual, seria preciso encerrá-los num claustro de convento ou na gruta de Santo Antônio, onde se estiolariam, desnormalizando-se, nas saturnais do onanismo ou nas orgias do amor socrático. De outro modo, abolida a função preventiva a que serve a prostituição tolerada, estariam eles, sob o látigo do imperioso instinto, competindo na provocação dos adultérios ou na prática dos estupros, carregando o miasma deletério da libidinagem para o seio das famílias. A experiência em tal sentido vem dos mais antigos tempos.

Quando SÓLON instituiu em Atenas a liberdade do meretrício as casas de prostituição aí surgiram como autênticos estabelecimentos de utilidade pública. Com a fundação do *dictæon* — mercado de amor sexual sujeito à vigilância e tributação do Estado — o grande legislador não teve em mira somente criar uma fonte de receita para o tesouro público, senão também, e principalmente impedir de modo indireto os adultérios, os estupros, os atentados ao pudor, que eram, a esse tempo, de alarmante freqüência nos lares atenienses. O poeta FILEMON, numa entusiástica invocação chegou a exaltar a iniciativa de SÓLON como um título de glória: “Ó SÓLON, tu te fizeste um benemérito da pátria, porque o *dictæon*, correspondendo ao teu designio, serviu à tranqüilidade do povo. Era “uma instituição que se impunha numa cidade como Atenas, em “que a ardente mocidade não pode eximir-se às solicitações da

guar-se qual o resultado aí produzido pela intolerância do confinamento das casas de prostituição franca), aboliu-se o *vazadouro* do Manguê;<sup>68</sup> mas os *choques de retorno* não se fizeram esperar: instalação furtiva do meretrício por toda a cidade, recrudescimento dos crimes da carne, disseminação incontrolável dos males venéreos. Bela colheita!

Estamos a merecer a causticante ironia de ALBERT LONDRES (*Le chemin à Buenos Aires*), ao referir-se à hipócrita política de costumes dos Estados Unidos, que foi ao extremo de considerar a prostituição como um crime em si mesma: "*Que de pays à mentalité primitive, comme les Etats Unis d'Amérique, nettoient la façade et ramènent la saleté à l'in-*

---

<sup>68</sup> Ao que parece, a medida policial contra a *zona estragada* no Manguê, inspirou-se na extinção do meretrício *regulamentado* no bairro Boca, de Buenos Aires; mas abstraiu-se que, na capital argentina, se foi abolida a *regulamentação*, não foi impedida, quanto ao alojamento do meretrício, a limitação no espaço.

---

"natureza. Preveniste enormes desgraças, colocando, em casas apropriadas, as mulheres que compraste para as necessidades públicas" e que eram obrigadas, por sua condição e ofício, a conceder seus "favores a quem quer que os pagasse."

A meretriz não era então, como veio a ser após o predomínio da moral judaico-cristã, uma criatura que a sociedade exila, como a uma pestilenta, para os seus porões e águas-furtadas. Naquela época, Frinéia, acusada de corrupção dos costumes, foi absolvida pelo Areópago, porque não era culpada do fascínio irresistível do seu corpo, que atestava o "triunfo imortal da Carne e da Beleza!" Entre as alfombras e aléias floridas do Cerâmico, Laís — a hetaira siciliana, que no seu leito concilia a apurada galanteria de Aristipo com a sordice nauseante de Diógenes,

*Helíostes e Eupátridas sagrados,  
Artistas e oradores eloquentes  
Leva ao carro de glória acorrentados...*

Em Roma, Catão, o austero e incorrutível, dizia estas palavras a um jovem que, confuso, se vira surpreendido por ele, ao sair de um prostíbulo: "Muito bem! Quando a ignóbil luxúria intumescce as veias, é justo que os moços venham a lugares como este e não perturbem as esposas alheias." Os próprios doutores da Igreja não opinam di-

*terieur, installent l'intolérance en croyant supprimer la tolérance; tant mieux pour eux s'ils n'ont besoin que d'apparence."*

A prostituição é um mal inextirpável. *Ignorada, tolerada, regulamentada ou proibida*, sempre existiu e há de existir sempre. É inútil tentar extingui-la. Dizia, com toda razão, o médico francês MIREUR: "A história dos séculos passados será "a história dos séculos porvindouros. A prostituição sempre "existiu e jamais deixará de existir. Destinada a sobreviver "a todas as perseguições de que venha a ser objeto, continuará pegada à humanidade como uma chaga incurável.

versamente. É bem conhecido este pensamento de SANTO AGOSTINHO, que, aliás, na sua mocidade, segundo sua própria confissão, foi um despejado libertino: "*Aufer meretrices de rebus humanis, turbaveris omnia libidinibus.*" O seráfico TOMÁS DE AQUINO, embora estigmatizando a prostituição, reconhecia a sua triste necessidade, comparando-a à cloaca de um palácio: removida aquela, torna-se este um lugar fétido e impuro.

A prostituição exerce uma baixa e aviltante função, mas, como quer que seja, *função social*, ligada a um dos primordiais e inelutáveis instintos do homem. É tão necessária quanto as *ilhas de Sapucaia* e as galerias de esgotos. Certo que cumpre limitá-la a um *minimum* de amplitude e escândalo; mas pretender coibi-la radicalmente é querer fomentar ainda mais a degradação dos costumes, nesta época em que o Impudor parece diagnosticar uma decadência idêntica à da civilização romana. Não santifiquemos a *traviata*, como fez DUMAS FILHO, mas reconheçamos que ela preserva de lixo grosso e corrosiva sujeira o lar familiar. Já se disse dela, e não sem razão, que, mais do que culpada, é uma vítima, que a sociedade imola ante o altar da moral doméstica. Não transformemos as tendas venusinas, como outrora, em santuários, nem voltemos ao tempo em que se considerava sagrado o ganho das meretrizes, para com ele construir-se a pirâmide de Quéops; mas convenhamos que elas são tão úteis quanto as sentinas e os mictórios da cidade.

LECKY, na sua *História da Moral Européia*, escreveu este aparente paradoxo: "A prostituta é o tipo do vício e é a custódia da virtude; é a eterna sacerdotisa da Humanidade, sacrificada pelos pecados do povo."

WEINIGER disse, lapidariamente, que "a mulher prostituta é a salvaguarda da mulher mãe".

Como observa o ilustre MORSELLI, em prefácio a um livro de



“Resignemo-nos, portanto, a considerá-la uma necessidade lamentável, mas indestrutível.”

Na Alemanha, depois que a Lei KOCH aboliu a tolerância dos *Bordelle*, deu-se em Berlim, segundo informa HAGEMANN, o mesmo fenômeno que ocorreu no Rio, em seguida à eliminação da zona reservada ao meretrício: a prostituição mercadejada foi aboletar-se nas vizinhanças das famílias honestas e infestou a cidade. E o mesmo informante pondera: “Se isso não justifica que se volte ao *casernamento* (do sistema de regulamentação), pelo menos reclama uma certa limitação no espaço à aglomeração das prostitutas” (“*eine gewisse räumliche Zusammenfassung von Prostituierten*”). Era precisamente este o nosso sistema (confinamento do meretrício em bairro distante das zonas residenciais e desprovido de linhas de bonde ou de ônibus), que a imprevidência de um Javert indígena veio arrasar.

---

VIDONI sobre *Prostitutas e Prostituição*, quando gritamos contra o instalado amor venal, preocupamo-nos somente com o seu lado mau — relaxação da moralidade pública, difusão de moléstias venéreas, servilismo bestial das marafonas, freqüente associação da prostituição com o crime, a vadiagem, o alcoolismo e a toxifilia —, mas esquecemos que o seu infame serviço de vazadouro da concupiscência não é sub-rogável senão por medidas cujos contragolpes seriam, eles, sim, verdadeiramente calamitosos. É inútil que se mostrem escandalizados os puritanos e patamazes, quando há a insuportável pressão contrária das leis fisiológicas e o intratável determinismo dos fenômenos sociais. Esses moralistas teóricos (cujos escrúpulos rebarbativos já foram ao extremo de fazer campanha para que se pusesse *tanga* no *Mannecken Piss*) olvidam que “pão e amor são as duas grandes e fundamentais necessidades da vida”. A necessidade de pão e a necessidade de amor, quando reprimidas ou não saciadas, levam, ambas, ao *assalto do alheio* e, quando generalizadas, põem em grave perigo as próprias instituições sociais. Não percebem esses pudentes censores e beatarrões de sacristia que estão, com o seu *odium* e o seu veto à prostituição instalada, trabalhando para o dismantelo moral da própria *celula mater* da sociedade, que é a família, que é o lar doméstico, cuja indenidade contra a invasão da luxúria, para que seja (pelo menos como um programa) qual um rochedo por entre as ondas bravias, tem de ser defendida o mais possível e a todo custo. Ignoram ou fingem

Na Itália, tais foram os desastres consecutivos à Lei CRISPI (anti-regulamentarista), que se teve de revogá-la.

Nos Estados Unidos, apesar da proibição do meretrício, continuou este invadindo os centros urbanos, organizado e explorado pelos Al Capone *et concomitante caterva*. São de arrepiar as páginas em que FERRI PISANI (*Les souvenirs d'un gangster*) descreve a "cidade do prazer", instalada em Stickney, nas proximidades de Chicago.

Na Argentina, não teve melhor êxito a recente política anti-regulamentarista: lá, também, já se lamenta a abolição do antigo sistema, e é com calor que os intérpretes da lei n.º 12.331 impugnaram o aresto da Suprema Corte que entendeu *proibida* e mesmo *incriminada* a prostituição.

Não há de ser com medidas diretas contra a prostituição que se conseguirá, sequer, a sua atenuação. Os pontos e meios de ataque são outros. Estas palavras do já citado ALBERT LONDRES deviam ter sido meditadas por aquele que, entre nós, conquistou o título de "vencedor do Manguê": "*Tant*

---

ignorar que a relativa moralidade do núcleo familiar tem sido preservada, em todos os tempos, precisamente porque a prostituição lhe tem servido de fosso de circunvalação, para conter o ímpeto das hordas desse Átila ou Tamerlão, sem fé nem lei, que é o instinto sexual insatisfeito.

A segunda das soluções, isto é, a completa liberdade de movimentos ao meretrício é, também, inaceitável, pois seria a *carta de corso* concedida à impudícia e à libertinagem, e estaríamos de retorno às priscas eras em que se sacrificava ao deus Phallus ou à deusa Vênus, em plena via pública e à luz do meio-dia, ou a emparelhar-nos com as tribos selvagens que não cuidam de velamento à atividade sexual.

A solução única, pelo menos nos países ainda afeitos ao tradicional código de moral semita-cristão, é a terceira acima citada: a da liberdade vigiada da prostituição. Não a *regulamentação oficial* ou *regime de casernamento*, que já se demonstrou de péssimas conseqüências, criando ambiente propício ao incaroável cativo das decadas e ao proxenetismo parasitário; mas, sim, o confinamento das meretrizes deixadas à sua própria iniciativa, em locais discretos ou a coberto de maior escândalo. É a prudente solução do *meio-termo*, a solução pela tolerância do "terreno-cinza", a solução acomodaticia entre critérios diametralmente antagônicos e

*qu'il y aura de chômage. Tant que des jeunes filles auront froid auront faim. Tant qu'elles ne sauront où frapper pour aller dormir. Tant que la femme ne gagnera pas suffisamment pour se permettre d'être malade. Pour se permettre même, royiez jusqu'où va sa prétention, de s'offrir un manteau chaud l'hiver. De faire manger, parfois, les siens. Et son enfant. Tant que nous laisserons le ruffian se substituer à nous et lui tendre l'assiette de soupe. Brûlez les maisons, excommuniez leurs cendres. Vous n'avez fait que du feu et des grands gestes. La responsabilité est sur nous. Ne nous en déchargeons pas."*

A prostituição não é, nem pode, razoavelmente, constituir crime. Como adverte CORRADO PERRIS (*Lenocinio, in Nuovo Digesto Italiano*, vol. VII), a prostituição, embora repre-

desaconselháveis pelo seu próprio extremismo. Era o sistema tradicionalmente adotado no Brasil, pelo menos nos grandes centros urbanos, até que um dia, na Capital da República, um chefe de polícia, desatendendo à sábia advertência da *quieta, non move*, achou de enxotar para "além do Tibre" as meretrizes de "porta aberta". Foi suprimida a "vasa da esterqueira", a grande "vespasiânica" que era o "Mangue", a pretexto de incompatível com o art. 229 do Código Penal, como se este tivesse proibido a prostituição em si mesma, ainda que sem a vermina ou piolheira do castismo. O que veio a ocorrer, como *coup de retour*, era de esperar: a prostituição clandestina insinuou-se por todos os balços da metrópole; o que era um "abcesso de fixação", tornou-se septicemia generalizada; o coeficiente dos crimes sexuais, notadamente contra menores impúberes, aumentou de dobro; multiplicaram-se os assaltos coletivos a mulheres incautas, cruel e torpemente submetidas às chamadas "curriolas"; a clientela dos ambulatórios antivenéreos cresceu de 200%, pois as prostitutas clandestinas já não podiam acertar com o caminho deles; a libertinagem malthusiana, a preços alliciantes, tornou banal o tipo das semivirgens de Prévost; a disputa das "mulatinhas" domésticas era exercida, a sabre e a punhal, entre marinheiros e soldados, entre "bambas" de morro e gente da *malavita*; o homossexualismo assumiu proporções alarmantes, chegando ao cúmulo de se realizarem festivamente, *intra muros*, "casamentos" de incubos e súcubos da pederastia... Foi tal o descabro, que se teve de contramarchar, e a própria Polícia, indiretamente, tapando os olhos com peneira, contribuiu para restauração do "Mangue", para o retrocesso à feira do amor sexual, nas humildes e velhas

sente um sistema de conduta imoral, "*non può dirsi che nel campo della funzione sessuale leda alcun diritto, nè individuale, nè sociale*". Ao contrário, o lenocínio, por isso mesmo que é uma causa de iniciativa e de incremento da prostituição, não passando de uma atividade puramente parasitária, representa uma grave lesão à disciplina social, uma conduta subversiva da organização da vida sexual e incompatível com a própria ordem econômica. Plenamente justificada, portanto, é a sua incidência *sub poena*. Costuma-se distinguir o lenocínio em *principal* e *acessório*: no primeiro, o agente *determina*, por qualquer meio, ou *toma a iniciativa* da corrupção ou prostituição da vítima; no segundo, *accede*, adere a um pre-existente estado de imoralidade, favorecendo-o, provendo à sua continuidade, explorando-o.

---

casas de rótula, na quase escondida parte central da freguesia de Santana. Restabeleceu-se o que, há tempos, o futurista MARINETTI, em visita ao Brasil, reconhecia como uma nota de originalidade e encarecia como o mais flagrante e autêntico "documento humano" que até então conhecera.

Aqueles que, entre nós, vivem de "olhos compridos" para o que se passa, em matéria de costumes, entre outros povos, estão atualmente advogando que imitemos os Estados Unidos, onde se proibiu, sob sanção penal, o exercício da prostituição profissional. Como os Estados Unidos acenderam fogo, nós temos de emitir fumaça... Mas, que é que está ocorrendo no país dos ianques, com a mentalidade criada pelos tremendos desajustes conseqüentes às duas Grandes Guerras, de que nós outros, brasileiros, não participamos senão quase que esportivamente?

A crer-se nas estatísticas de KINSEY, os americanos do norte romperam, em matéria de sexualidade, com o código moral imposto pela civilização judaico-cristã, e já não têm, a tal respeito, a Bíblia como orientação. Entre 8.000 mulheres, de todos os setores sociais, que se prestaram à *enquete* de KINSEY e seus companheiros de pesquisa, foi averiguado que 50% haviam praticado o coito pré-conjugal, entre a idade de 20 a 25 anos, não se limitando a fazê-lo como *adiantamento* aos próprios noivos, pois 34% delas o haviam feito com 2 até 5 parceiros e 13% com mais de 6! Feitos os cálculos na mesma proporção, chegar-se-ia à conclusão de que, nos períodos interbélico e pós-bélico entre as novas gerações que se sucederam, mais de metade das mulheres americanas praticaram o coito *ante matrimonium*; e segundo atesta KINSEY, a percentagem tende a aumen-

O nosso Código vigente, nos arts. 227 e 228, primeira parte, contempla hipóteses de lenocínio principal (induzimento, aliciamento, constrangimento à corrupção ou prostituição), e nos arts. 228, segunda parte, 229 e 230, configura modalidades de lenocínio acessório (favorecimento, prestação de local à prostituição ou libidinagem de outrem, exploração lucrativa da prostituição alheia).

No “tráfico de mulheres” (art. 231), pode igualmente apresentar-se uma atividade *principal* (promover o transporte da vítima, que o próprio agente induziu ou aliciou) ou uma atividade *acessória* (facilitar o transporte de mulher por outrem aliciada, ou já prostituída, que, *spon-te sua*, se tenha

---

tar com a simplificação e maior eficiência dos meios de evitar a gravidez e com o advento da penicilina, que veio amaiorar o receio de contágio dos males venéreos. Dentro em pouco, já não teria cunho anedótico a probabilidade de que cairia a ponte de Brooklyn no dia em que sobre ela passasse uma mulher sexualmente intata... A inferência dos dados de KINSEY é verdadeiramente chocante: “Pode dizer-se que, nos Estados Unidos, atualmente, as atividades pré-conjugais de coito são realizadas pelas mulheres com intensidade quase igual à exercida pelos homens.” E acha-se isto muito natural: generalizou-se a tolerância, o conformismo fatalista, mesmo entre as gerações vindas do começo do século.

Venham então, agora, os discípulos de LOIOLA no Brasil, para que me respondam: será que pretendem transplantar semelhante estilo de vida para o nosso meio, onde ainda vigora o tradicional código ético, segundo o qual incide em irremediável desvalorização social a moça que se deixa desvirginar fora do casamento, pois ainda persiste, entre nós, o fetichismo muçulmano do hímen íntegro na noite nupcial? Explica-se que a República norte-americana se abalancasse à aventura de reprimir a prostituição de “porta aberta”: a relativa desnecessidade do meretrício de carreira foi alcançada à custa da condescendência pré-conjugal da juventude feminina. Será que este mesmo deplorável sistema deva ser importado pelo Brasil, segundo a prédica dos pudibundos abolicionistas da prostituição profissional? Não se dão conta, esses moralistas de gabinete, que a política de “limpeza de fachada” conduz à “sujeira dos fundos”, posto que a castidade, por eles apregoadada, é disciplina anti-humana de alguns psicopatas místicos do *Flos Sanctorum*. E é um redondo engano supor-se que se resolve o problema com o arrasamento dos alcoices da prostituição de ofício. Com isto apenas



prestado ao tráfico). Passemos a analisar cada uma das variantes do mais torpe dos crimes.

**75. Mediação para servir à lascívia alheia.** É esta a primeira modalidade do lenocínio (como atividade dos *alcovi-teiros* e *proxenetas*) prevista no Código (art. 227), apresentando-se, quanto ao seu meio de execução, sob uma forma *simples* e uma forma *qualificada*: na primeira, a vítima é *induzida* (*caput* do art. 227), na segunda é *constrangida* ou *enganada pela fraude* (§ 2.º do art. 228). O *induzimento* consiste no emprego de suasões, promessas, engodos, dádivas, súplicas, propostas reiteradas, numa palavra: todo expediente (não violento ou fraudulento) que tenha sido idôneo ou eficiente para levar a vítima a *satisfazer a lascívia de outrem*. O *constrangimento* é a rendição da vítima obtida pela vio-

---

se suprime um *sintoma*, pois a *enfermidade* continuará lavrando, e com mais intensidade, no interior do organismo. Será terapia de quínino, que faz desaparecer a febre, mas não estanca o foco de infecção.

Nos Estados Unidos, mesmo com o teor de costumes que favorece a frequência da posse sexual da mulher *extra matrimonium*, não se extinguiu o meretrício de profissão; clandestino ou dissimulado, persiste em atividade, lucrativo e difuso como o *câmbio negro* dos gêneros de primeira necessidade. Não tem locais marcados, mas vai acoitar-se, segundo o testemunho de KINSEY, em quartos de hotel ou aposentos de acaso, ou, notadamente, em automóveis, à noite, pelas cercanias dos centros urbanos.

Referindo-se ao abolicionismo na América do Norte, ALBERT LONDRES faz este comentário causticante: "Que países de mentalidade primitiva, como os Estados Unidos, limpem a fachada e "carreiem o esterco para o interior, ou instalem a intolerância, supondo anular a tolerância, tanto melhor para eles, se não têm "necessidade senão de aparência."

Não julgueis que estou fazendo a apologia da prostituição tolerada como um bem em si mesma. Considero-a um mal deplorável, mas, desgraçadamente, um mal necessário, um mal justificado pela santidade do fim, que é a imunidade do lar doméstico à luxúria invasora e fagedênica.

Dizia SÃO PAULO, é certo, que o bem, como fim, não justifica o mal, como meio. *Non faciunt mala ut eveniant bona*. Mas isto é um princípio de moral religiosa, e não de moral prática, cujo

*lência* (física) ou *grave ameaça* (violência moral) (veja-se n.º 32). Finalmente, a *fraude* é a *magna calliditas*, cujo êxito é assegurado por uma *mise en oeuvre* de coisas ou pessoas, que dissimula a verdadeira situação de fato ou faz a vítima supor uma situação diversa da real. Não bastam, aqui, refalsadas promessas ou meios que, embora cavilosos, não excluam a ciência da vítima quanto ao fim do agente. Constituiria *mediação* fraudulenta, por exemplo, o fato de o agente que, para colocar a vítima à mercê da lascívia do *tertius*, dispusesse as circunstâncias de modo a fazê-la crer que estava sendo entregue a um médico, para fim de tratamento. Já não se daria, porém, a *qualificativa* em questão, senão a forma simples do *induzimento*, se o agente se limitasse, *in exemplis*, a fazer crer à vítima, falsamente, que a sua submissão à concupiscência do *tertius* lhe iria porporcionar riqueza ou vida faustosa.

O sujeito passivo pode ser “mulher” ou “homem” (“alguém”). Se é maior de 14 e menor de 18 anos, a mediação, somente por tal circunstância, torna-se *qualificada* (art. 227, § 1.º, primeira parte). Se a vítima não é maior de 14 anos, presume-se a violência (art. 232). Sobre a prova da idade, veja-se n.º 53.

De modo geral, pode dizer-se que a *participação* em crime sexual de outrem, posto que não se trate de auxílio prestado ao próprio ato consumativo do crime, deve ser considerada ou reconhecida como “mediação para servir à lascívia alheia”

---

acento tônico, cujo *leit motiv* é o *útil social*. A sociedade não pode ser como a perseguida armelina, que prefere a morte a atravessar o lameiro que lhe vai conspurcar os níveos pêlos: tem de palmilhar o atascal para prosseguir no caminho e salvar-se. A sua pele ficará com laivos de tijuco, mas isso é o preço de sua sobrevivência. Deixemos que as prostitutas continuem nos seus “cortiços” de *ban-lieue*, a comer do próprio corpo, como dizia padre VIEIRA: são elas a “válvula de escapamento” à pressão da *libido estuante*, que, quando reprimida, se entrega a todos os desregramentos e crapulagens, de portas adentro no lar doméstico. Não arrasemos o monturo para que os seus detritos se espalhem *tota urbe*, envolvendo na putrilagem e no fedor o já vacilante sacrário da honra das famílias!”

(simples ou qualificada), ao invés de ser tratada segundo a regra do art. 25. Advirta-se que o *tertius*, ainda quando haja instigado o *mediador*, não é réu de lenocínio (que não existe sem o fim de servir à lascívia alheia), mas, eventualmente, de outro crime sexual contra a vítima (estupro, atentado violento ao pudor, sedução, etc.).

Pouco importa que a vítima seja pessoa já orientada no caminho do mal, desde que não francamente *prostituída*, pois, neste caso, como é claro, não há necessidade de induzimento, violência ou fraude para que se preste à lascívia de outrem.

No caso de emprego de força, haverá concurso material entre o resultado lesivo desta e o crime de mediação (art. 227, § 2.º), salvo se tal resultado for *ultra voluntatem* ou preterdoloso, pois, então, aplicar-se-á o art. 232, que se reporta ao art. 223.

Igualmente *qualificado* é o crime, se o agente (art. 227, § 1.º, segunda parte) é *ascendente, descendente, marido, irmão, tutor* ou *curador* da vítima (*lenocínio familiar*), ou esta lhe esteja confiada para fim de *educação* (exemplo: diretor de colégio em relação ao aluno), de *tratamento* (exemplo: enfermeiro de hospital em relação ao doente internado) ou de *guarda* (exemplo: carcereiro em relação ao prisioneiro). A enumeração legal é *taxationis causa*. Assim, a *qualificativa* não compreende, *v. g.*, o pai adotivo, o padrasto ou o empregador (salvo quando a vítima esteja sob sua *guarda*). É de advertir que, além da pena majorada, o agente ficará sujeito à pena acessória de *interdição de direitos* (ou de *perda de função pública*, se com abuso desta for o crime praticado) (Capítulo V do Título V da Parte Geral).

Deve entender-se que a mediação é exercida para satisfazer a lascívia de pessoa determinada, pois se a vítima é destinada a pasto da lascívia de indeterminado número de pessoas, o crime passa a ser o de *favorecimento à prostituição* (art. 228). A existência do crime, em qualquer de suas formas, independe da *habitualidade* ou do *fim de lucro* (*v. Exposição de motivos*, n.º 75). Se este ocorre (*alcovitice*

lucrativa), o agente, além da pena privativa de liberdade, sofrerá a de multa (de mil a 10 mil cruzeiros). Com este acréscimo de punição, o alcaíte é *atingido na algibeira*, cuidando a lei, como diz GAUTIER, de “*frapper à l'endroit sensible, en lui faisant rendre gorge*” (isto é, fazendo-o vomitar o que infamemente *deglutiu*).

O crime consuma-se desde que a vítima efetivamente se preste ou seja submetida à lascívia do *tertius*. Não basta o emprego de meios para *induzir*, *coagir* ou *fraudar* a vítima: se, por um motivo qualquer, independente da vontade do agente, não vem a realizar-se a *satisfação da lascívia alheia*, o que pode ocorrer é a simples *tentativa*. Com todo acerto, comenta CAMPOS JÚNIOR (*Do lenocínio e do tráfico de mulheres*, in *Anais do 1.º Congresso do Ministério Público*, volume 4.º): “O crime, para usarmos as próprias palavras do “artigo (227), se verifica quando o sujeito ativo *induz* alguém a satisfazer a lascívia de outrem. “Induzir”, esclarece o dicionarista AULETE, consiste em “levar ou persuadir a fazer algum ato”. Todavia a idéia de *persuadir*, “que importa obter a adesão mental de alguém, não se casa com o dispositivo em tela. Para demonstrá-lo, basta um raciocínio simples. O crime de mediação pode ser cometido com a agravante especial da violência. A violência exclui o meio executivo psíquico da persuasão. Logo, devemos chegar à conclusão de que o verbo “induzir”, empregado no artigo, de acordo com definição de AULETE, não significa “persuadir a fazer algum ato”, mas apenas “levar a fazer algum ato”. E, para que se integre o delito, é suficiente que o seu autor leve, determine o sujeito passivo “a servir à concupiscência alheia.” Na hipótese do art. 227, *caput*, é necessária muita cautela no reconhecer-se o crime em fase de tentativa, pois de outro modo, como pondera ALIMENA, “*si correrebbe il rischio d'incriminare ogni parola*”. Somente no caso de inequívocos atos de aproximação entre a vítima (já indubitavelmente aliciada) e o *tertius*, será identificável o *conatus*. Se a vítima não chegou a deixar-se aliciar, nem mesmo se poderá falar em *começo de execução*.

É indiferente o modo por que venha a desafogar-se a *lascívia de outrem* (cópula normal ou outro qualquer ato libidinoso, inclusive a simples contemplação lúbrica). A jurisprudência italiana já reconheceu o proxenetismo até mesmo no caso em que o agente se limita a tirar fotografias da vítima em atitude impudica, para, com elas, excitar a lascívia alheia. Perante o nosso Código, porém, é iniludível a necessidade de uma relação direta entre a vítima e o terceiro, de modo que tal fato não configura o lenocínio *mediador*, podendo, dadas as circunstâncias, constituir o crime de corrupção de menores ou atentado violento ao pudor. O elemento subjetivo do crime em questão (como nas demais modalidades do lenocínio) especifica-se pelo fim de “satisfazer à lascívia de outrem”.

**76. Favorecimento da prostituição.** É esta a mais grave forma do proxenetismo. Já aqui, o agente não se limita a servir à lascívia de pessoa determinada: *induz* ou *atrai* a vítima à *prostituição* (extremo grau da corrupção), ou *lhe facilita* o exercício desta, ou *impede que ela o abandone* (art. 228). “Induzir” e “atrair” são verbos de significação quase idêntica: a diferença está apenas em que “induzir” supõe uma atividade mais *franca* ou mais *direta* do que “atrair”. “Facilitar” a prostituição é prestar qualquer auxílio ao seu exercício (promover a instalação de prostituta, angariar-lhe clientes, até mesmo tolerar coniventemente, contra o próprio dever jurídico, que alguém exerça a prostituição). Finalmente, “impedir” que alguém abandone a prostituição é opor obstáculo ou embaraço à interrupção do infame ofício, mas, entenda-se: obstáculo ou embaraço não *violento* ou *fraudulento*, pois, do contrário, o crime se torna *qualificado* (§ 2.º do art. 228). Deve entender-se por *prostituição*, em sentido próprio, segundo a definição de COMENGE, “o ato pelo qual a mulher, fazendo comércio habitual de “seu corpo, se entrega sexualmente a quem quer que seja, “mediante remuneração, e não tem outros meios de vida senão os que lhe proporcionam as relações nassageiras que



“mantém com maior ou menor número de indivíduos”. Mais resumidamente: é o comércio habitual que uma mulher faz de seu corpo, sem escolha de clientes.<sup>69</sup> Advirta-se para logo, no entanto, que o art. 228 não faz distinção de sexo do sujeito passivo, de modo que este pode ser, também, pessoa do sexo masculino. Em face do preceito penal, o conceito de prostituição abrange, portanto, o exercício habitual ou profissional da pederastia passiva.

Igualmente no “favorecimento da prostituição” é dispensada a *reiteratio* (habitualidade) ou o *animus lucri faciendi*. O nosso legislador penal de 40 manteve o ponto de vista já adotado pelo direito anterior e em cuja defesa assim se exprimia ZANARDELLI na sua *Relazione* sobre o projeto de Código italiano de 1889: “Seria absurdo e repugnante à consciência pública que tivesse de ficar impune o proxeneta “que se prevalece da necessidade ou inexperiência de uma “rapariga para induzi-la a prostituir-se, somente porque o “ato infame tenha sido por ele praticado uma só vez; por “outro lado, não é raro que um miserável, mesmo sem visar “à paga, se entregue ao torpíssimo comércio da impudicícia “alheia, na esperança de futuras vantagens, ou por abjeção “moral, ou apenas por instintiva maldade.”

Se o motivo impelente é o lucro (proxenetismo lucrativo, *gewerbmässig Kuppelei*, do Código suíço), o agente (tal como ocorre na “mediação” lucrativa) fica sujeito (§ 3.º do art. 228), além da pena de privação de liberdade, à pena pecuniária (multa de dois mil a 15 mil cruzeiros).

Do mesmo modo que na “mediação”, o crime é *qualificado*: a) se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude (§ 2.º do art. 228); b) se a vítima é maior de 14 e menor de 18 anos (se não maior de 14, é presumida a violência, *ut* artigo 232); c) se o agente é ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador da vítima, ou pessoa a que está confiada para fins de educação de tratamento ou de guarda

<sup>69</sup> “Prostituição” deita raízes no grego *prostasai*, palavra com que se designavam as mulheres que se expunham à venda nos bordéis.

(§ 1.º do art. 228). Veja-se sobre tais qualificativos o comentário ao art. 227.

77. Casa de prostituição (*Wohnungskuppelei*). No art. 229, depara-se uma forma de proxenetismo que, ao contrário do que faz supor, *prima facie*, um conceito inadvertidamente genérico formulado pela *Exposição de motivos* (relativamente à dispensa da *habitualidade* na configuração do lenocínio), só se integra com a *reiteratio*. Em acórdão que relatamos, como juiz do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, já assim sustentamos este ponto de vista: "... O verbo "manter", empregado no art. 229 do Código Penal, está obviamente a indicar que, para a existência da modalidade de lenocínio ali prevista, é indispensável o elemento "habitualidade". O que o texto legal incrimina é a *manutenção* de local destinado, permanentemente, habitualmente, ao agasalho de casais para fins sexuais... A vigente lei penal dispensa, para a caracterização da modalidade em questão, a "mediação direta" e o "fim de lucro", mas não a "habitualidade", a constância da destinação específica do local a encontros para fim libidinoso. É o que, aliás, se deduz da leitura atenta da *Exposição de motivos* do ministro CAMPOS, no ponto em que trata do assunto. Ali se explica que, "na *prestação de local* a encontros para fim libidinoso, é taxativamente declarado que o crime existe independentemente *de mediação direta* do agente para esses encontros ou *de fim de lucro*". Nenhuma referência, porém, à dispensa da *habitualidade*. E não há dizer-se que tal dispensa se acha implícita, ou que o trecho acima citado se prende a outro em que se declara a irrelevância da *habitualidade* nas modalidades em geral do lenocínio. Não se pode interpretar um dispositivo legal ao arrepio de seu texto claro e inconfundível. Para enquadramento de um fato no "molde" penal, segundo a justa lição de BELING, deve ter-se principalmente em vista o sentido do "verbo" que preside à configuração do crime. Ora, na espécie, o verbo "manter" (correspondente ao *unterhalten* do art. 180 do Código Penal alemão), a que é subordi-

nada a definição da ação incriminada, faz pressupor, necessariamente, a *habitualidade*.” Já anteriormente um *voto vencido* do desembargador JOSÉ DUARTE (do citado Tribunal) sustentara idêntica opinião (v. *Jurisprudência*, 1944, vol. XXII). Defende-a igualmente BENI CARVALHO (*Crimes contra a religião, os costumes e a família*, pág. 273): “Não é possível “manter qualquer coisa sem a idéia de permanecer, isto é, de “perseverar, de insistir, de continuar a existir; e, em tais condições, *manter* uma casa de prostituição, ou lugar *destinado* “a encontros para fim libidinoso, será perseverar nessa finalidade, insistir nela, o que requer, logicamente, para objetivá-la, a *habitualidade* daquelas práticas. Não será igualmente possível reconhecer-se ser um lugar *destinado a encontros* para fim libidinoso, se estes, realmente, não forem, “aí, habituais. Como se poderia provar essa *finalidade*, ou, “melhor, essa *destinação*, senão mediante a reiteração desses “encontros?”

Conforme expressamente declara o texto legal, a configuração do crime não está condicionada à *mediação direta* ou ao *animus lucri faciendi*. Este pode existir (e normalmente existe), mas a lei não o erige em *elemento constitutivo*. A explicitude do Código vigente visou a cortar cerce a controvérsia suscitada no regime do Código anterior. Participando do litígio, assim nos pronunciávamos: “A identificação da modalidade de prestação de local à prostituição suscitou interessante dissídio de exegese no seio da magistratura do Distrito Federal. A Corte de Apelação entende que é indispensável, na espécie, além de outros requisitos, a *mediação direta* dos *tenanciers*. Alguns juizes, no entanto, entre os quais BURLE DE FIGUEIREDO, recusam semelhante critério. *De jure condito*, a razão está, irretorquivelmente, com os últimos. Se se exige como elemento do lenocínio, nessa sua variante, a *mediação direta* ou, seja, a *alcovitice*, é claro que escapariam à censura legal todas as casas e locandas de hospedagem de casais amorosos, o que vale dizer: ficariam reduzidos a um *caput mortuum* os dois primeiros períodos do art. 278 (da Consolidação Penal), pois

que, nas raríssimas vezes em que tal mediação ocorresse, seria de prova difícilíssima. A jurisprudência da Corte, entretanto, atende a uma recomendável conciliação *política* entre o radicalismo da lei no seu *odium* ao lenocínio e a desconcertante exigência dos fatos. A esse propósito de *temperamento* do texto legal pode ser igualmente relacionado o ponto de vista da mesma Corte ao incluir entre os *essentialia* da *species* de lenocínio em questão o *intuito de lucro*, e isto não obstante o silêncio do artigo penal e, o que é mais, contra a manifesta intenção do legislador, facilmente verificável nos *Anais* do Congresso (quando do projeto que veio a tornar-se a Lei MELO FRANCO). No seio deste, prevaleceu a opinião do deputado ALBERTO SARMENTO, que assim se pronunciava: “A nova concepção do lenocínio já não exige o elemento lucro ou remuneração para caracterizar o delito, o que é fácil verificar em muitos Códigos modernos. A condição de venalidade do ato intermediário não deve ser exigida como elemento constitutivo do crime; sob o ponto de vista jurídico, a figura do delito não deixa de ser completa sem aquele elemento. Por outro lado, a prática de julgar demonstra que é muitíssimo difícil e, às vezes, impossível fazer a prova da existência do “lucro.” A tendência legislativa a que aludia o deputado SARMENTO pode dizer-se que atingiu a sua mais nítida expressão no atual Código Penal soviético, que define o lenocínio com esta fórmula sintética: “O induzimento ao meretrício e a manutenção de locais de corrupção, bem como o recrutamento de mulheres para a prostituição.”

Atualmente, a questão não pode ser, sequer, suscitada. Nenhum sofisma exegético poderá fazer abstrair o enunciado explícito do preceito penal.

Como se vê do art. 229, a incriminação não se limita à manutenção de casa de *prostituição*: entende-se, de modo geral, à manutenção de qualquer lugar destinado a encontros para fim libidinoso. Não só o *pensionato* de meretrizes, o conventilho, o bordel, o prostíbulo, o lupanar, o alcoice, a casa de *rendez-vous* ou de *passe*, o *hotel* de cômodos à hora,

senão também todo e qualquer local destinado a encontros lascivos, sejam ou não com *prostitutas*, propriamente tais.

Não se deve, porém, emprestar à lei uma excessiva amplitude. Assim, não será reconhecível o crime em questão no fato, por exemplo, de prestar habitualmente local para relações sexuais de um casal de *amantes* ou desquitados *arrendidos*.

**78. Rufianismo (Zahälterei, sfruttamento della prostituzione, manutenismo, alphonsisme).** O Código vigente (artigo 230), ao contrário do anterior, incrimina especialmente o ofício de *rufião* (*souteneur, louis, alphonse, maquereau, barbeau, bully, strizi, Zahälter, cadete, chulo, cáften*), isto é, o fato de quem “tira proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça”. É a mais repugnante forma do lenocínio acessório. Há duas espécies de rufianismo: o *passivo* e o *ativo*. No primeiro caso, o agente recebe dinheiro ou vantagem da pessoa prostituída, porque esta lhe devota afeição. É o *amant du cœur* ou *gigolo* (dos franceses) ou o *cafinflero* (dos argentinos), a quem a prostituta, segundo diz ALBERT LONDRES, “*donne sa bourse comme une mère son sein à son enfant: jusqu'à l'épuisement s'il le faut*”. No segundo caso, o rufião atribui-se *direito* a uma paga ou tributo, a título de proteção da meretriz, ou *suga* o dinheiro ou vantagem mediante continuada coação (*rufianismo qualificado*). É o *cáften* que faz da prostituta sua *sócia de indústria*.

Entre o proxenetismo lucrativo (art. 228, § 3.º) e o rufianismo a diferença é a seguinte: naquele, o agente recebe o ganho e afasta-se, enquanto neste há uma *continuada* percepção de lucros.

Na atualidade, devido ao cerrado combate que tem sofrido e ao diverso teor de vida das prostitutas, o rufião *ativo* está rareando. Pode dizer-se que já não existe, senão excepcionalmente, a figura sinistra do rufião descrita por RESTIF DE LA BRETONNE: “As prostitutas não podem viver sem um protetor,



“e ordinariamente sua escolha recai sobre o mais celerado, “o que inspira mais terror aos outros, para obter dele um “apoio contra todos. Quando uma prostituta elege o seu rufião, não pode desfazer-se dele: tem de mantê-lo na sua variedade, nas suas orgias, no seu vício de jogo, nas suas “farras” com outras prostitutas... Muitos desses homens costumam, para sua própria reputação, ter várias amantes simultaneamente, e se uma dessas mulheres não pode mais resistir à tirania, o único recurso para livrar-se dele é arranjar outro rufião mais temível ainda e, por isso mesmo, mais “déspota e mais tirano.” Nos dias que correm, outra é a mentalidade das prostitutas e mais rigorosa é a vigilância ou ação policial, de modo que o rufião, ao invés da violência extorsiva, prefere assumir, habilmente, um papel de protetor paternal, de amigo obsequioso, quando não de servidor cinicamente submisso, que, segundo o relato de ALLENDY (*Le crime et les perversions instinctives*), vai ajudar até nos misteres de cozinha do prostíbulo.

Entre nós, FROTA AGUIAR, no seu interessante opúsculo *O lenocínio*, carregou demasiadamente as tintas, fazendo supor a sobrevivência do rufião brutal e chegando mesmo a atribuir a uma sociedade secreta de *cáfens* o misterioso assassinio (real ou presumido) da meretriz conhecida pelo apelido de *Pierrot*, a qual se teria revoltado contra o jugo de seus “empresários”. Está evidentemente imbuído de recontos de uma época já superada e vale-se de meras conjecturas. A sombria *camorra*, que ele diz intitulada *Zwig Migdal*, com sede na Argentina e agência no Brasil, será, por certo, uma daquelas mesmas associações que, segundo o inquérito mandado proceder pela Sociedade das Nações em 1923, existem entre rufiões e traficantes judeus para melhor êxito de interesses comuns na exploração de prostitutas, mas sem qualquer fim de violência extorsiva ou sanguinária opressão. As sinagogas desses *maus judeus*<sup>70</sup> é que serviriam, preferentemente, de ponto de reu-

<sup>70</sup> FERREIRA DA ROSA (*O lupanar*) já escrevia em 1896, sobre o quase monopólio do rufianismo pelos judeus, esta página candente:

nião dos associados.<sup>71</sup> Ao que nos informa um velho professor de hebraico, *Zwig Migdal* era o nome de uma antiga localidade da Palestina, onde viviam criminosos, prostitutas, gente de má fama. Assim, se a referida sociedade (dado que realmente exista) traz esse nome, teria sido atribuído, pejorativamente, pelos *bons judeus*.

O rufianismo, *per definitionem*, pressupõe a *habitualidade* e o *fim de lucro*. Pode consistir na continuada participação direta nos ganhos da prostituta ou em fazer-se o agente sustentar por esta, total ou parcialmente. Na primeira hipótese, o rufião é um empresário ou *sócio oculto* da meretriz; na segunda, contenta-se com o papel de lombriga no *intestino* da prostituição. O *sustento* tanto pode concretizar-se em

---

<sup>71</sup> ALBERT LONDRES, que privou de perto com os *caftanes* da Argentina, não faz a menor referência, no seu *Le chemin à Buenos Aires*, a semelhante associação.

---

“... não admira que dessa raça, que o vilipêndio de séculos tanto desfigurou, e de que hoje poucos representantes se conservam fiéis “ à lei e puros diante do seu Deus; dessa raça experimentada no “ sofrimento e douta na arte de conseguir o bem-estar material, “ embora a consciência viva estrangulada pela necessidade de fingir; “ dessa raça, hoje, portanto, decadente, brote um ramo degenerado, “ para constituir o *cáften* que assola as cidades sul-americanas... “ O israelita degenerado quer dinheiro, e não faz questão de meios “ para obtê-lo. Na frente já ele tem o estigma dos séculos. Na cons- “ ciência dormem cinzas frias da proibidade dos hebreus. A América “ é campo vasto para os seus negócios imundos; para a América “ ele remove a sua tenda nefanda.” E o mesmo FERREIRA DA ROSA conta-nos o que era o *cáften* naquela época. Depois de recrutar na Europa a sua vítima, trazendo-a para o Rio, colocava-a numa casa de *aprendizagem*, por oito a 15 dias, segundo o espírito ou decisão da *educanda*. E prossegue o cronista: “Uma vez preparada a me- “ retriz, ou continua na casa de *aprendizagem*, se há lugar para ela, “ ou o *cáften* lhe arranja, noutro lugar, porta ou janela, depois de “ ter pago à alcofa que a ensinou. Nos primeiros dias, fiscaliza ele “ próprio a conduta da mulher, passando por junto dela, e repreen- “ dendo-a, se ela não procura chamar a atenção sobre si; depois, “ à uma hora ou duas da madrugada, quando lhe vai tomar contas, “ chega a esbordoá-la, se é pequena a soma das espórtulas ganhas “ na profanação do corpo. Assim continua a infeliz a ser explorada

dádiva de dinheiro, como em fornecimento da alimentação, vestuário, utilidades ou qualquer outra vantagem ou prestação econômica.

Não é necessário que a *iniciativa* parta do agente; o crime existe ainda que haja oferecimento espontâneo da prostituta. É indiferente que o rufião disponha de outras fontes de receita.

Não é reconhecível o crime se há apenas prestações sexuais gratuitas, assim como se a prostituta, tendo acumulado pecúlio, já não exerce atualmente o ignóbil ofício, ou se o sustentado, segundo a lei civil, tem direito a *alimentos* por parte da decaída.

Tal como ao proxenetismo *lucri faciendi causa*, é cominada ao rufianismo, além da pena privativa de liberdade, a de multa (dois mil a 15 mil cruzeiros), e nos mesmos casos em que é *qualificado* o proxenetismo, também o é o rufianismo (§§ 1.º e 2.º do art. 230).

79. Tráfico de mulheres (*Mädchenhandel*, *tratta di donne*, *traite des blanches*, *white slave trafic*). Como já ficou dito, a primeira lei incriminadora do tráfico de mulheres foi a *Criminal Law Amendment Act*, publicada na Inglaterra em 1885. Posteriormente, a infame atividade, difundindo-se pelas cinco partes do mundo, tornou-se um *crime internacional* <sup>72</sup> e adquiriu tão alarmante relevo, que provocou uma

<sup>72</sup> *Crime internacional*, define LINDEMAN, é "todo aquele cujo conteúdo apresenta, na sua etiologia, elementos internacionais, isto é, que surge sob a influência causal de relações internacionais, seja pela qualidade dos agentes, seja pelos caracteres externos". Outra definição, esta de FEUILLOLEY: "*Est qualifié crime ou délit international toute action criminelle de droit commun qui aura été préparée, facilitée, consommée ou qui aura produit effet dans des*

"pelo judeu. Cai um dia doente, e o malvado não lhe dá baixa: conserva-a firme na linha; pede-lhe contas todas as noites; até que, esfacelada, podre, cheia de úlceras, a desgraçada é conduzida para o hospital, donde raramente volta para o mesmo ponto. Se se cura, segue para outra parte, com outro dono."

série de Congressos internacionais para ajustes em torno de medidas repressivas. Resultou daí que as legislações dos países civilizados, num movimento de solidariedade contra o flagelo, cuidaram especialmente de lhe dar combate.

Os traficantes de mulheres são os “fornecedores” dos mercados do amor sexual. São eles que vão aliciar ou recrutar (*embaucher, anwerben, to procure*), nas regiões adequadas (principalmente, pelo menos outrora, Polônia, Hungria, Galícia e Rússia), mulheres destinadas à prostituição. Para isso empregam todos os expedientes (sedução, fraude, violência), até mesmo o de se casarem com suas vítimas.<sup>73</sup> Em seguida, cuidam do transporte destas para os lugares de destino, recebendo o preço da *mercadoria*. Muito se tem falado de uma perigosa associação internacional entre esses traficantes. HARTZIG informa: “Para o tráfico internacional de

---

<sup>73</sup> O recurso ao *casamento* é o mais antigo. Há cinquenta anos, FERREIRA DA ROSA (ob. cit., pág. 23) já se referia a ele como de uso tradicional: “O processo empregado para iludir as incautas famílias “de aldeias pobres é ainda hoje o mesmo, com pequenas variantes. “O *câften* dirige-se à Rússia, à Áustria ou à Alemanha, escolhendo “as imediações da capital para efetuar a sua conquista ou antes “para alcançar a sua presa. Em qualquer desses pontos, apresenta-se como negociante de fazendas e modas na América do Sul; “exibe-se nos lugares públicos com os brilhantes que daqui leva, “arrota riquezas, e explica a sua viagem como exigência do seu “comércio. Encontra israelitas, diz-se viúvo e desgostoso com o celibato a que é obrigado no Rio de Janeiro por falta de mulheres “dignas. Val, então, sendo apresentado a algumas famílias, que se “honram com a sua visita, e a quem oferece roupas de pequeno valor, mas muito mais importantes que a serapilheira grossa que “vestem. Ao fim de alguns dias tem designado a sua vítima, a quem “propõe casamento, às pressas, porque tem de partir. Todos anuem, “e o consórcio realiza-se num abrir e fechar de olhos. Se isto se “passou na Rússia, ele dirige-se para a Áustria; esconde a mulher “em um hotel, e vai servir-se dos mesmos meios para descobrir “outra, enquanto persuade a russa de que ali veio comprar fazendas

*pays différents, alors même que les divers actes qui sont les éléments constitutifs de l'infraction auraient été accomplis dans des pays différents.”*

“mulheres existem vastas e ramificadas associações, que trabalham com grandes capitais e extensas ligações. Os associados são quase sempre judeus galícios ou russos.”<sup>74</sup> Têm a seu serviço grande número de auxiliares chamados *agentes*. O relatório da Comissão especial da Sociedade das Nações, de 1927, entretanto, chegou à seguinte conclusão: “Não existe verdadeira organização internacional tendo por objeto favorecer o tráfico. O que existe, em grande número de países, são as associações locais de traficantes, cada qual com seu agrupamento e lugares de reunião.” Segundo afirma BOHNE, *há muita fantasia* em torno das notícias sobre o desenvolvimento atual do tráfico de mulheres (*“sind mehr oder weniger Phantasienprodukte, propagandistisch gefärbt und darum wenig zuverlässig”*). No mesmo sentido, NORDHAUSEN: “Em nenhum caso concreto a polícia teve conhecimento dos novelescos

<sup>74</sup> Entretanto, ALBERT LONDRES afirma que *“la traite des blanches, la véritable, la chose que le terme évoque à l’imagination populaire, ce sont les hommes polaks qui la pratiquent”*.

“e contratar uma empregada para o seu estabelecimento... Ao cabo de alguns dias, o *câften* conta-lhe que arranjou uma tola, uma sujeitinha que para assinar o contrato faz questão de que ele lhe prometa casamento. Se não arranjar outra, tomá-la-á, mesmo sob essa promessa, de cuja realização ela depois não terá remédio senão prescindir. Feito este preparo, o *câften* casa com a austríaca, dizendo-lhe por sua vez que tem no hotel uma russa muito estúpida, que contratou para o seu estabelecimento, sob a promessa de casar com ela, porque é uma costureira muito hábil, e estava com medo de vir sozinha. Ambos riem; e os três reúnem-se. Quanta perfídia!... Vão embarcar em Marselha, que é o entreposto comercial de todos os *câftens*. Aí, sob pretextos que variam ao infinito, porque é fértil o engenho desta gente, há a divisão das mulheres, duas ou três, que pelo processo acima descrito ele tenha arrastado de suas aldeias natais. Algumas vezes o *câften* vende as que lhe sobram; e o desejo de conservar o luxo em que se iniciaram fá-las se conformar com as transações, que têm uma aparência viável, mas que de fato são o que há de mais perverso e ignominioso. Outras vezes o *câften* deixa-as em Marselha, aos cuidados de um “cavalheiro distinto”, que lhas remeterá depois, fazendo-se ele de viagem com a que, por mais inteligente, requeira mais astúcia para ser enganada.”



“processos e da formidável organização tantas vezes atribuídos aos traficantes de mulheres e seus agentes.” Data de 1881 o esboço da campanha contra o tráfico de mulheres. Já então a Holanda propunha à França, Alemanha e Inglaterra uma Conferência para decidirem sobre medidas de auxílio recíproco contra os traficantes. A tentativa falhou, mas o *desideratum* não esmoreceu, encontrando desde logo o apoio de Congressos não oficiais. O Congresso Penitenciário de Paris, em 1885, chegou às seguintes conclusões: “1.º *L'embauchage par réclame ou par fraude pour la prostitution, l'emploi des mêmes moyens pour contreindre une personne même majeure à se livrer à la prostitution, doivent être sévèrement réprimés, avec aggravation de la peine en cas de recidive* (proposta BERANGER); 2.º *Il y a lieu de provoquer une Conférence des délégués des Gouvernements pour prendre des mesures internationales contre la traite des blanches* (proposta JULES GUYOT).” Seguiu-se o *International Congress on the white slave trafic*, reunido em Londres (1899); e também tratou do assunto a Assembléia Geral da União Internacional de Direito Penal, realizada em Budapest. Finalmente, por iniciativa de BERANGER, sob os auspícios do Governo francês, teve lugar a Conferência de Paris de 1902, de que participou o Brasil. O art. 1.º da Convenção (ratificada entre nós pelo dec. n.º 5.591, de 13 de julho de 1905), ali aprovada, assim rezava: “*Doit être puni quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, a embauchée, entraînée ou détournée, même avec son consentement, une femme ou fille mineure en vue de la débauche, alors même que les divers actes qui sont les éléments constitutifs de l'infraction auraient été accomplis dans des pays différents.*” Esta última cláusula teve a seguinte justificação: “*Ce qui caracterise le délit c'est qu'il est continu: les actes successifs dont il peut se composer s'accomplissent, soit entre les frontières d'un pays unique, soit dans plusieurs pays. Il n'y a pas unité de lieu. Ce trafic criminel est international, la personne humaine est mise dans le commerce et traitée comme une marchandise; les trafiquants ont leurs agentes, leurs entrepôts, leurs correspondences, leurs comptoirs*

*d'exportation et jusqu'à leur vocabulaire. Pour les atteindre il faut que la main de la justice s'abatte sur eux partout, où a été commis un acte délitueux. La victime embauchée dans un pays du Nord, transportée à travers un pays du Centre, a été livrée dans un pays du Midi: le délit a été commis dans les trois pays, la passage d'une frontière à l'autre ne sera pas une garantie d'impunité; l'entente international n'est pas efficace qu'à une condition, c'est que les délits seront punissables, alors même que les divers actes qui en sont les éléments constitutifs on été accomplis dans des pays différents."*

Em 1910, realizou-se nova Conferência em Paris, tendo sido a respectiva Convenção ratificada no Brasil pelo dec. n.º 4.756, de 28 de novembro de 1923. Posteriormente, por iniciativa e patrocínio da Sociedade das Nações, foram firmadas em Genebra (1921 e 1933) novas Convenções internacionais (promulgadas no Brasil por decretos de 1934 e 1938), nas quais se acentuou a necessidade de rigorosa punição da tentativa e até mesmo dos atos preparatórios do crime em questão.

A nossa Lei n.º 2.992, de 25 de setembro de 1915 (Lei MELO FRANCO, assim chamada por ter sido o respectivo projeto apresentado pelo deputado AFRÂNIO DE MELO FRANCO), adotou as conclusões da Conferência de Paris de 1902, inspirando-se na lei francesa de 3 de abril de 1903. Depois de referir-se ao aliciamento e outras formas de favorecimento da prostituição, dispunha que tais crimes "serão puníveis no Brasil ainda que um ou mais atos constitutivos das infrações... tenham sido praticados em país estrangeiro".

O Código vigente não reproduz esta regra, ao tratar do tráfico de mulheres. Era desnecessário, pois no seu art. 4.º adotou, quanto aos crimes *à distância* (*Distanzverbrechen*), a teoria da *ubiquidade*,<sup>75</sup> dispondo que se aplica "a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito

<sup>75</sup> Várias são as teorias aventadas para resolver o caso dos chamados crimes *à distância* ou *de trânsito* (em que parte ocorre em um país e parte em outro):

“internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no “território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado”. Em tais condições, o tráfico internacional de mulheres, como um todo, entende-se praticado no Brasil, desde que no território nacional se realize qualquer dos seus elementos constitutivos, quer quanto à *atividade*, quer quanto ao *resultado*. Assim, por exemplo, se o agente, vindo de um porto europeu para a Argentina, transporta a “escrava” pelo território brasileiro, fica sujeito, pelo crime de tráfico de mulheres, à lei penal brasileira. CAMPOS JÚNIOR (*loc. cit.*), louvando-se num comentário de CARLOS XAVIER, incide no mesmo equívoco deste, ao censurar o Código por não ter admitido a extraterritorialidade da lei brasileira para punir o nacional que pratique o tráfico de mulheres no estrangeiro, ainda quando não seja tal fato incriminado no país em que foi cometido. E argumenta que o Bra-

---

*Teoria do resultado (Erfolgstheorie)*: o lugar do crime é aquele em que o resultado (dano ou perigo de dano) se produziu. Assim, se um indivíduo, achando-se em Santana do Livramento, mata, com um tiro de fuzil, a outro, que se acha em Rivera, será processado e punido no Uruguai.

*Teoria da atividade (Tätigkeitstheorie, Handlungstheorie, Aufenthaltstheorie)*: o lugar do crime é aquele em que o agente se acha ao praticar a ação. No caso acima figurado, deveria ser processado e punido no Brasil.

*Teoria do efeito intermédio (Zwischenwirkungstheorie)*: o lugar do crime é aquele em que a energia posta em movimento pelo agente alcançou a vítima. Se o tiro desfechado do lado brasileiro atingiu a vítima no território uruguaio, neste deve ser punido, ainda que o resultado letal ocorra na Argentina, para onde foi conduzida, posteriormente, a vítima.

*Teoria da “longa manus” (der langen Hand theorie, théorie de l’action prolongée)*: o crime, como um todo, entende-se praticado quer onde o criminoso age, quer onde ocorre o efeito intermédio.

*Teoria pura da ubiqüidade (reine Ubiquitätstheorie)*: lugar do crime tanto é o da atividade quanto o do resultado ou o do efeito intermédio. É a teoria adotada pelo Código brasileiro.

*Teoria limitada da ubiqüidade (beschränkte Ubiquitätstheorie)*: o crime, como um todo, entende-se praticado quer no lugar da atividade, quer no lugar do seu resultado característico.

sil assumiu a obrigação de reprimir incondicionalmente tal crime, "não perante os Estados isoladamente, senão em face de Congressos internacionais". Ora, isto não é exato. O Brasil comprometeu-se a reprimir, pela sua justiça, o tráfico de mulheres *quando em seu território fosse praticado, pelo menos, um dos atos constitutivos do crime* (regra firmada desde a Convenção de Paris, de 1902). Nada mais. O princípio incondicionado da *universalidade*, aliás, não foi jamais adotado no direito positivo, não passando de uma utopia.

O Código atinge o tráfico de mulheres somente na fase de *transporte* da vítima, não o considerando na fase preparatória do *recrutamento* (*embauchage*). Não adotou, portanto, o conceito amplo do crime, que é assim fixado no "Relatório" do Comité especial da Sociedade das Nações (1927): "*La traite internationale a été considérée comme se rapportant au premier chef à l'embauchage direct ou indirect, et au transport, aux fins de lucre, de femmes et de jeunes filles à destination d'un pays étranger, en vue de les faire servir à l'appétit sexuel, d'une ou de plusieurs personnes.*"

Só é especialmente incriminado o tráfico *internacional*: o tráfico *nacional* constituirá modalidade do *proxenetismo* (atrair à prostituição, com o fim de lucro — art. 228).

O crime consuma-se desde que se realize a *entrada* ou *saída da mulher*, em ou de ponto de território brasileiro, independentemente do efetivo exercício da prostituição. Não deixa de existir o crime ainda quando preceda consentimento da vítima. Como diz GAUTIER, "*le trafic des femmes est assez ignoble et assez dangereux par lui-même, pour rester punissable même quand la femme a dit oui*". Ao que, aliás, observa ADA VON POTENSTEIN, é de ter em atenção que "não seria tão difícil refrear o tráfico se a vítima não se entregasse, quase sempre, de boa vontade".

Se há emprego de violência (física ou moral) ou fraude, o crime é *qualificado* (§ 2.º do art. 231), o mesmo acontecendo se ocorre qualquer das hipóteses previstas no § 1.º do artigo 227 (§ 1.º do art. 231). Também aqui, se o agente é mo-

vido por fim de lucro, fica sujeito, de par com a pena privativa de liberdade, a multa (de cinco mil a 10 mil cruzeiros).

É indiferente se a mulher é *honestas* (mesmo *virgo intacta*) ou já *prostituída* (salvo no tocante à medida da pena, nos termos do art. 42).

**80. Qualificação pelo resultado e violência ficta.** Segundo o art. 232, aplica-se ao lenocínio violento a regra do art. 223 (majoração da pena ou qualificação do crime quando sobrevém à vítima, como resultado preterdoloso, morte ou lesão corporal grave), e a violência presume-se nos mesmos casos enumerados no art. 224.



## CAPÍTULO VI

## Do ultraje público ao pudor

Ato obsceno

*Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:*

*Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 3.000,00.*

Escrito ou  
objeto  
obsceno

*Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno.*

*Pena — detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 5.000,00.*

*Parág. único. Incorre na mesma pena quem:*

*I, vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo;*

*II, realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;*

*III, realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.*

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: francês, arts. 287 (alterado por leis de 2-8-1882, 16-3-1898 e 7-4-1908) e 330; alemão, §§ 183 e 184 (alterado por lei de 18-12-1926); suíço, arts. 203 e 204; italiano, arts. 527 a 529; norueguês, §§ 211 e 212; português, art. 390; dinamarquês, arts. 232 a 234; polonês, arts. 213 e 214; holandês, artigos 239 e 240; húngaro, §§ 248 e 249; belga, art. 383; espanhol, arts. 431 e 567, 3.º; austríaco, § 516; turco, art. 202; argentino, arts. 128 e 129; peruano, arts. 209 e 210; mexicano, art. 200 (alterado por lei de 26-1-1940); boliviano, arts. 416 a 418 e 420 a 423; uruguaio, artigos 277 e 278; chileno, arts. 373 e 374.

**BIBLIOGRAFIA** — Além da já citada sobre os crimes contra os costumes, em geral: VICINI, *Oltraggio al pudore*, in *Digesto Italiano*, XVII; FABREGUETTES (M. P.), *Des outrages aux bonnes moeurs*, 1894; D'AUTREC, *L'outrage aux moeurs*, 1923; GRISPIGNI, *Offese al pudore ed all'onore sessuale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IX; *Atti osceni*, idem, vol. I; *Pubblicazioni e spettacoli osceni*, idem, vol. X; PAPPAGALLO, *Il dolo nel reato di offesa al pudore*, in *Rivista Penale*, supl., IX; RIGOLA, *Oltraggio al pudore*, idem, sup., VII; SANTI BERTINO, *In tema di atti osceni*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1935, págs. 561 e segs.; RENDE, *Il bacio violento ed il Codice Penale*, in *Rivista di dir. e proc. penale*, 1912; DE LUCA (E.), *Quale reato può costituire il bacio violento*, idem, pág. 658; LORETO (Sev.), *Il bacio nel diritto penale*, in *Foro Italiano*, 1928; II; CASSINELLI (B.), *Il luogo esposto al pubblico nell'oltraggio al pudore*, in *Scuola Positiva*, 1929, II, págs. 45 e segs.; ZEGRETTI (L.), *Bacio*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II; EYQUEM (Alb.), *La pornographie*, 1905; SANDULLI (Alfr.), *I delitti nell'arte*, 1927; *Oscenità ed opera d'arte*, in *Scuola Positiva*, 1935; ROTH, *Die strafrechtliche Bekämpfung der unsittlichen Litteratur (A repressão penal da literatura obscena)*, 1928; GAUTIER, disc. in *Protokoll der Zten. Expertenkommission* (de revisão do projeto de Código Penal suíço), III, páginas 259-260; CHASSAN, *Des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 1846; LE POITTEVIN (G.), *Traité de la presse*, 1903; CORDOVA (A.), *L'osceno nel delitto di oltraggio al pudore nell'arte*, in *Revista Penale*, 1916; LOGUERCIO (L.), *L'osceno delle opere d'arte come reato*, idem, 1933; BERFORD (Álvaro), *A pornografia*, in *Anais da Conferência Judiciária Policial*, vol. I, 1918; LAZARUS, *Das Unzüchtige und die Kunst (O obsceno e a arte)*, 1909; DANNENBAUM, *Unzüchtige Schriften (Escritos obscenos)*, 1917; MARCIANO (G.), *L'oltraggio al pudore e l'opera d'arte*, in *Rivista Italiana di Dir. Penale*, 1932; BATTAGLINI, *L'arte e la tutela penale al pudore*, in *Rivista Penale*, 1931; DE SANCTIS, *Opera d'arte o di scienza e pornografia*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1935, págs. 297 e segs.; PIETRIBONI (E.), *L'arte, il pudore e il Codice*, in *Scuola Positiva*, 1935, fasc. 1-2;

*La tutela giuridica penale del pudore nell'opere d'arte*, 1933; STOPATTO, *Relazione* ao projeto ORLANDO de 1917; GILLES (Alb.), *La presse devant le jury*, 1938, págs. 350 e segs.; MAZZANTI, *L'osceno e il diritto penale*, 1956.

### COMENTARIO

81. **Histórico.** Pode dizer-se que só a partir da lei francesa de 19 de julho de 1791, o “ultraje público ao pudor”, como entidade criminal autônoma, teve ingresso na legislação penal. Quer no direito romano, quer no direito intermédio, não era esse fato incriminado especialmente. Até o século XVIII ainda não fora nitidamente elaborada a noção do *pudor coletivo*, como um bem imaterial tutelável por si mesmo. O que hoje se considera ultraje à *moral pública*, ou entrava no conceito genérico da *injúria*, ou no de certos *delicta carnis*. A *adtentatio pudicitiae* e o *convicium contra bonos mores*, de que nos falam ULPIANO e PAULO, embora punidos *contemplatione morum et causa publicae honestitatis*, eram considerados como violação de um direito individual, antes que como lesão de um interesse público. A lei penal francesa de 1791, a que precedera uma ou outra lei de polícia de costumes, somente incriminava o ultraje ao pudor das *mulheres*, mediante *atos desonestos* ou exposição ou venda de *imagens obscenas*. O Código de NAPOLEÃO (1810) generalizou a incriminação e passou a distinguir entre *atos obscenos*, de um lado, e as *canções, panfletos, figuras ou imagens* contrários aos bons costumes, de outro, contemplando os primeiros no art. 330, entre os *attentats aux mœurs*, e os últimos no art. 287, como subespécie dos crimes *contre la chose publique*. Os primitivos artigos foram sucessivamente modificados por leis de 1819, 1863, 1881, 1882 e 1908, referindo-se atualmente o art. 287 a “*écrits, imprimés autres que le livre, affiches, dessins, gravures, peintures, emblèmes, objets ou images obscènes ou contraires aux bonnes mœurs*”.

Os antigos Códigos sardo e toscano puniam o ultraje ao pudor de que resultasse *pubblico scandalo* ou *commesso in luogo pubblico* e com *pubblico scandalo*, sendo que o Código

toscana ainda incriminava o fato de *“chiunque offende il pudore per mezzo di canti o discorsi osceni, o di oscene scritture a mano o stampate, o rappresentazioni figurative, affisse, diffuse, esposte o in altra guisa portate a notizia comune”*.

As legislações em geral receberam influência do direito francês.

Com a difusão, cada vez mais extensa, da pornografia e produções afins, o problema de sua repressão tornou-se de interesse mundial e deu causa a consecutivos Congressos internacionais. O primeiro deles, reunido em Losana, em 1893, instituiu, com sede em Genebra, um *Bureau* internacional de ação contra as publicações impudicas. Em 1904, outro Congresso teve lugar em Colônia, prevalecendo desde então a idéia de que a disseminação da pornografia devia ser considerada um *crime internacional* (do mesmo modo que o *tráfico de mulheres*). Ainda outros Congressos e Conferências se realizaram em Bordéus (1905), Paris (1908 e 1910) e, de novo, sob os auspícios da Sociedade das Nações, em Genebra (1923), estabelecendo-se as bases para uma legislação, em cada país, ajustada ao recíproco interesse dos povos civilizados. Na Conferência de Paris, de 18 de abril a 4 de maio de 1910, tomou parte o Brasil, que, pela lei n.º 4.756, de 28 de novembro de 1923, aprovou o Ajuste ali assinado pelo nosso representante (J. C. DE SOUSA BANDEIRA). A Convenção de Genebra, de 1923, foi ratificada e promulgada entre nós, respectivamente, por decretos de 21 de julho de 1931 e 22 de março de 1932. Alterado o texto da Convenção firmada na Conferência de Paris, para maior especificação das modalidades do crime, ficou assentado que devia ser punido o fato: “1.º, de fabricar “ou ter em seu poder escritos, desenhos, gravuras, pinturas, “impressos, estampas, cartazes, emblemas, fotografias, fitas “cinematográficas ou outros objetos obscenos, com o fim de “com eles fazer comércio, de os distribuir ou de os expor “publicamente; 2.º, de importar, transportar, exportar, ou “fazer importar, transportar ou exportar, para os fins acima “mencionados, os ditos escritos, desenhos, gravuras, pinturas,

“impressos, estampas, cartazes, emblemas, fotografias, fitas cinematográficas ou outros objetos obscenos ou de os pôr em circulação de qualquer maneira; 3.º, de com eles fazer comércio, mesmo não publicamente, de efetuar toda operação que, de qualquer maneira, lhes diga respeito, de os distribuir, de os expor publicamente ou de negociar com o seu aluguel; 4.º, de anunciar ou fazer conhecer, como e por intermédio de quem, os ditos escritos, desenhos, gravuras, pinturas, impressos, estampas, cartazes, emblemas, fotografias, fitas cinematográficas ou outros objetos obscenos, possam ser obtidos, quer direta, quer indiretamente.”

Em nosso direito penal positivo, o Código de 1830, nos seus arts. 279 e 280 (este último criticado por CARRARA), incluía entre os “crimes policiais” o fato de “ofender a moral pública em papéis impressos, litografados ou gravados, ou em estampas e pinturas, que se distribuírem por mais de 15 pessoas, e bem assim, a respeito destas, que estejam expostas publicamente à venda”, e também “qualquer ação que, na opinião pública, seja considerada como evidentemente ofensiva à moral e bons costumes, sendo em lugar público”. O Código de 1890, art. 282, punha o fato de “ofender os bons costumes com exhibições impudicas, atos ou gestos obscenos, atentatórios do pudor, praticados em lugar público ou freqüentado pelo público, e que, sem ofensa à honestidade individual da pessoa, ultrajem e escandalizem a sociedade”. O preceito, como se vê, era palavroso e pleonástico, mas omitia a modalidade das publicações impudicas e circulação de objetos obscenos. Esta lacuna, porém, veio a ser, em parte, suprida pela primeira Lei de Imprensa (decreto n.º 4.743, de 31 de outubro de 1923), que atendeu ao compromisso assumido pelo Brasil na Conferência de Paris de 1910 e às conclusões da Conferência Judiciária Policial realizada no Rio em 1918 (tendo sido relator da tese sobre “pornografia” o saudoso desembargador ALVARO BERFORD), e assim dispunha: “Art. 5.º A ofensa à moral pública ou aos bons costumes, feita de qualquer modo pela imprensa, é punida, etc. Parág. único. É proibido, sob a mesma pena



“deste artigo, vender, expor à venda ou, por algum modo, “concorrer para que circule qualquer livro, folheto, periódico “ou jornal, gravura, desenho, estampa, pintura ou impresso “de qualquer natureza, desde que contenha ofensa à moral “pública ou aos bons costumes.” Com ligeiras diferenças de redação, tais dispositivos foram mantidos pela segunda Lei de Imprensa (dec. n.º 24.776, de 14 de julho de 1934) e pela atual (lei n.º 2.083, de 12 de novembro de 1953), que, depois de incriminar (art. 9.º, letra e) o fato de “ofender a moral pública e os bons costumes” (quando praticado por meio de imprensa — *jornais e outros periódicos*), acrescenta (art. 53): “não poderão ser impressos, nem expostos à venda ou importados, jornais ou quaisquer publicações periódicas de caráter “obsceno, como tal declarados pelo Juiz de Menores (?!), ou, “na falta deste, por qualquer outro magistrado (!!)). Sobre o incrível *imbroglio* que a respeito faz a vigente Lei de Imprensa, veja-se vol. VI destes Comentários (*Apêndice*).

**82. Generalidades.** O ultraje público ao pudor é uma dessas entidades criminais cuja identificação prática nos dá a conhecer o quanto a *consuetudo* é uma força viva na esfera do direito penal. A interpretação deste, na espécie, não pode abstrair os *usos e costumes*, pois aí é que o exegeta tem de buscar o sentido e o valor do texto da incriminação legal. Para a fixação do conceito de *pudor público*, objetividade jurídica do crime em questão, é imprescindível que se consultem os hábitos sociais variáveis, no espaço e no tempo, no seio de um mesmo povo e até no âmbito de uma mesma cidade. Assim, se uma mulher, na praia de Copacabana, exhibe à crua luz tropical a sua provocante seminudez, somente incorrerá na reprovação dos moralistas caturras ou *démodés*; mas, se tiver o arrojo de fazer o mesmo na avenida Rio Branco, será uma infratora do art. 233 do Código Penal. Nos três dias de Carnaval, como é sabido, a imoralidade obtém um *armistício*: impunemente, sob o olhar indiferente dos policiais, praticam-se, de público e raso, impudicícias que, nos outros dias do ano, fariam corar a um fuzileiro naval, incidindo abertamente

na sanção penal. A relatividade da moral pública ainda mais se evidencia quando cotejamos usanças de um povo com as de outro. Segundo observa M. E. MAYER, o que entre certos povos é uma exibição impudica, já entre tais outros é um fato normal. Assim, nos templos da Sulíndia é exposta, em tamanho gigantesco, a imagem do *phallus*, como um objeto de adoração. O decote das damas, que é um requinte de elegância entre os povos cristãos, constitui uma intolerável desvergonha entre as gentes maometanas. A lei penal não pode preocupar-se com uma moral *ideal* ou rigidamente estandardizada, pois, de outro modo, estaria fatalmente condenada à *desuetudo*. Incumbe-lhe apenas salvaguardar a mutável e relativa moralidade média no seio da comunhão civil. O juiz penal não pode perder de vista que, ao incriminar o "ultraje público ao pudor", o legislador propôs-se a tutelar a *moral coletiva*, não segundo um tipo puro ou abstrato, mas como o *sentimento* (aspecto interno) e a conduta (aspecto externo) *comuns* ou *normais* em torno da sexualidade na vida social. A lei protege não só o pudor público, que é o sentimento médio de moralidade sob o ponto de vista sexual (pudicícia do *homo medius*), como assegura os bons costumes, que dizem com o decoro, conveniência e reserva *usuais*, no tocante aos fatos sexuais (conduta ético-social do *homo medius*).

O nosso Código distingue quatro modalidades do "ultraje público ao pudor", tendo em vista a variação do meio executivo: mediante *ato*, mediante *escrito* ou *objeto* (figurativo), mediante *espetáculos* em geral e mediante *audição* ou *recitação*.

**83. Ato obsceno.** Este é o *nomen juris* com que o Código contempla a primeira modalidade do crime (art. 233): "Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público."

Por *ato* deve entender-se, aqui, um movimento corpóreo voluntário (um *agere*). Não o constitui a simples *palavra* ou *dito*. O *turpilóquio*, ainda que proferido em lugar público,

poderá representar *injúria*, *contravenção* (art. 61 da Lei das Contravenções) ou mera infração de postura municipal, mas não o crime de que se trata. Note-se, porém, que as *audições* ou *recitações* obscenas são especialmente previstas como *material* de uma das formas do crime (art. 234, parágrafo único, n.º III) .

Diz-se *obsceno* o ato que atrita, abertamente, grosseiramente, com o sentimento médio de pudor (*Shamgefühl des Normalmensch*, como dizem os autores alemães) ou com os bons costumes. A obscenidade deve ser apreciada *objetivamente*. Insustentável é a distinção que faz MANZINI entre atos *inequivocamente* (absolutamente) obscenos e atos *equivocamente* (relativamente) obscenos. O ato é obsceno *ictu oculi* ou não é obsceno. Nenhuma *subjetividade* ou circunstância *aliunde* pode intervir, como quer MANZINI, para completar o que o ato não exprime, inequivocamente, por si mesmo. Não se pode prescindir do ponto de vista estritamente objetivo: o *momento impudico* deve estar inserto, ineludivelmente, na materialidade do ato. Tome-se, por exemplo, o gesto do *fetichista*, acariciando os cabelos de uma mulher: é *subjetivamente* impudico, mas, na sua materialidade, não ofende o pudor público, não é uma exteriorização obscena.

Não é indispensável que o ato represente uma expansão erótica ou vise à excitação da lascívia alheia: desde que, sob o prisma objetivo, se apresente em colisão com o pudor público, ou idôneo a suscitar o sentimento comum de vergonha (*verecundia*), pouco importa que o agente, embora deva ter a consciência disso, haja procedido, por exemplo, *jocandi animo* ou *demonstrandi causa*, ou para exercer uma vingança, sem qualquer intuito de lubricidade.

Outra condição do crime é que seja praticado em “lugar público, ou aberto ou exposto ao público”. É preciso que o ato obsceno *possa* ser visto (independentemente da circunstância de ter sido realmente visto) por um indeterminado número de pessoas. A publicidade do *ubi* é a característica

central do crime. Sem ela, o ato obsceno (que não seja crime em si mesmo) é penalmente indiferente. Há casos em que a própria obscenidade de um ato só se apresenta com a sua prática em lugar público ou acessível ao público, isto é, existem atos que, lícitos e naturais em si mesmos, só adquirem cunho de obscenidade em razão dessa circunstância. Assim, a cópula entre cônjuges, o desnudamento próprio, a exibição do pênis para o ato de urinar, etc. Outros casos há em que o ato, apesar de obsceno em si mesmo, não entra na órbita da ilicitude penal senão quando executado de portas afora (exemplo: a automasturbação).

A publicidade refere-se exclusivamente ao local, pouco importando que o ato seja efetivamente praticado *coram multis personis* ou na ausência ocasional de qualquer pessoa (a presença de outrem será necessária somente para o efeito da prova). Não se faz mister, portanto, a nota de escândalo (como parecia exigir o art. 278 do Código anterior): basta que o ato seja *potencialmente* escandaloso.

Segundo a clássica distinção de CHASSAN, os lugares públicos podem ser tais: a) *por natureza*; b) *por destino*; c) *por acidente*. Lugar público *por natureza* é o livre e permanentemente acessível a qualquer pessoa e a qualquer hora: as ruas, as praças, os cais, etc. Lugar público *por destino* é o acessível a *tout venant*, mas a certas horas ou sob certas condições (pagamento de um preço, cartão transferível de convite, etc.), *in exemplis*: os templos, os museus, as bibliotecas públicas, as ante-salas de repartições oficiais, as salas dos tribunais, os teatros, circos e cinemas, os veículos de transporte de passageiros, os campos desportivos, os restaurantes e cafés, as farmácias, os *dancings*, cassinos e cabarés, as salas de exposição, etc. Lugar público *por acidente* é o eventual e temporariamente franqueado ao público, como, por exemplo, uma casa particular cedida para uma reunião eleitoral ou representação teatral.

O art. 233 é mais compreensivo que a classificação acima, distinguindo entre *lugar público*, *lugar aberto ao público*

e *lugar exposto ao público*. O primeiro é o absolutamente público, ou público por natureza. O segundo compreende não só o relativamente público ou por destino, como o eventualmente público ou por acidente, e mesmo aquele em que todos podem ir *de fato*, ainda que *sine jure* (exemplo: um campo ou caminho particular transitado por toda a gente, embora sem consentimento do respectivo proprietário). Finalmente, o terceiro é o que, embora não admitindo a acessibilidade física de qualquer pessoa (isto é, não sendo público por natureza, por destino ou por acidente), é, no entanto, acessível à *vista* de quem quer que seja. A jurisprudência francesa tem dado excessiva amplitude à *publicidade* decorrente da *acessibilidade de vista*. Decide que o ultraje ao pudor é *público* não só quando o *lugar privado*, onde ele é praticado, seja visível de lugar público, como quando seja visível de outro *lugar privado*, ainda que não interceda um lugar público ou aberto ao público. Perante o texto do nosso Código, tal critério é inadmissível, pois exige que o lugar esteja exposto ao *público* (e não a um limitado número de pessoas). A Suprema Corte francesa vai ao extremo de declarar público o ultraje "*lorsqu'accompli dans un lieu privé, il a été aperçu par des tiers, à défaut des précautions suffisantes prises par ces auteurs pour le tenir secret*" (v. GARÇON, *Code Pénal annoté*, pág. 828). Com semelhante extensão de critério, a publicidade poderia decorrer até mesmo da *indiscrição* grosseira de *voyeurs*. O próprio ato impudico, praticado, de janela e porta fechadas, numa sala de frente do rés-do-chão, mas surpreendido por transeuntes através do buraco da fechadura ou bandeira da porta, seria ultraje público ao pudor. É evidente o exagero. A acessibilidade de vista deve ser tal que não dependa de nenhum artifício por parte de quem passa. Assim, um jardim contíguo à rua, um vestíbulo, uma varanda fronteira, um corredor ou pátio aberto de habitação coletiva, são lugares *expostos ao público*. Já não assim, por exemplo, o cômodo que, embora adjacente a lugar público ou aberto ao público, tem a interceptar a

vista da rua qualquer obstáculo, mesmo simples cortinas (com suficiente espessura); nem o quintal separado da rua por muro alto; nem mesmo o compartimento cujo interior seja visível da rua, mas que se ache, devido à noite, em tal escuridão que não possa ser devassado sem auxílio de luz artificial; nem a própria cozinha de um restaurante, desde que não haja vista direta entre ela e a sala de refeições.

Pressupõe-se que o lugar seja normalmente freqüentado ou, quando não, esteja, por um motivo qualquer, ocasionalmente freqüentado. Assim, não é público o ultraje ao pudor praticado numa praia erma e distante da via pública. Quando o lugar é público por natureza ou por destino, não importa a escuridão reinante, desde que o ato obsceno pode ou podia ser percebido por alguém, ainda que casualmente. Mesmo o interior de um táxi estacionado, à noite, em rua não iluminada, é local *adequado* ao crime, pois alguém pode aproximar-se e surpreender o ato obsceno.

Trata-se de *crime de perigo*: basta a *possibilidade* de ofensa ao pudor público, e ainda que esta não seja intenção do agente. A consumação ocorre com a prática do ato obsceno, pouco importando que não houvesse testemunhas ou que uma só pessoa o tenha presenciado e esta não se tenha sentido lesada no seu pudor. Quanto à tentativa, dificilmente se poderá reconhecer um *começo de execução* de ato obsceno que não tenha em si mesmo a marca da obscenidade. De modo geral, pode dizer-se que ou o ato obsceno se realiza, e o crime se consuma, ou não se realiza, e o fato é penalmente imponderável.

O ultraje público ao pudor só é punível a título de dolo (direto ou eventual), que compreende a vontade de praticar o ato, que se sabe obsceno, e a consciência da publicidade (absoluta ou relativa) do lugar em que o fato ocorre. Em face do nosso Código (que desconhece a responsabilidade objetiva), não se pode dizer que a publicidade do local seja uma *condição objetiva de punibilidade*, isto é, que não precise de estar incluída no dolo do agente. BENTO DE FARIA



(ob. cit., pág. 158) entende que, na espécie, pode configurar-se um *delito culposo*. Não se sabe, porém, a que propósito vem essa observação. Dir-se-ia que o ilustre comentador, por um *lapsus mentis*, alude ao Código italiano, e não ao nosso, em que o ultraje público ao pudor não é punível a título de culpa *stricto sensu* (ilação imposta pela regra geral do parágrafo único do art. 15).

Como já se disse, não é necessária a intenção específica de ofender o pudor público. É de todo indiferente o fim do agente. Assim, o desnudar-se em lugar público, ainda que para o fim higiênico de *banhos de sol*, não deixará de concretizar o crime. Deixará este, porém, de existir, se o agente procede em *estado de necessidade* (arts. 19, I, e 20), como no caso de alguém que, para salvar-se de um incêndio ou escapar a uma agressão, sai à rua em completa nudez, ou no de um prostático que, na falta de um mictório, se *alivia* junto à primeira árvore que encontra na via pública (acórdão da 2.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal). Também descrimina o fato o *cumprimento de dever legal* (art. 19, III), *v. g.*: a apalpação indiscreta de uma mulher por um guarda aduaneiro, como medida preventiva de contrabando.

Um dos casos típicos e não infreqüentes de ultraje público ao pudor é o chamado *exibicionismo* (exibição em público das partes genitais ou vergonhosas). É de notar-se, porém, segundo advertem os psiquiatras, que, muitas vezes, o *exibicionista* é um doente ou anormal psíquico (epiléptico, paralítico geral, débil mental, personalidade psicopática), impondo-se, assim, sistematicamente, o exame de sanidade mental do acusado. A propósito, observa GARÇON: “Nem a condição social do acusado, nem seu estado de reincidência, nem sua aparente saúde mental, nem a consciência que possa ter de sua própria imoralidade devem dispensar essa medida de instrução, pois somente ela pode evitar deploráveis erros judiciários.”

Discute-se se o *beijo*, dado em lugar público, constitui, ou não, o crime em questão. A resposta não pode deixar de

ser afirmativa, posto que o beijo seja daqueles que representam, inequivocamente, um ato libidinoso ou desafo de lascívia (veja-se n.º 39). É a decisão dos tribunais italianos: o beijo é ultraje público ao pudor desde que *“sia dato in luogo pubblico o apperto al pubblico, con forma scorretta tale da essere verosimilmente interpretato come un atto impudico, violando così il diritto che compete ad ogni cittadino, di non essere turbato nel suo senso morale con spettacoli inverecondi”*.

Se o ato obsceno constitui em si mesmo um crime (estupro, atentado violento ao pudor, sedução, corrupção de menores), dá-se um *concurso formal* de crimes (art. 51, § 1.º), e não um crime único. O ultraje público ao pudor não tem o carácter suplementar que lhe atribui, entre outros, GALDINO SIQUEIRA. Tal critério é tanto mais de rejeitar-se quanto o crime em questão é de *ação pública*, não podendo ser absorvido por crimes de *ação privada*, como são, de regra, os demais de carácter sexual.

84. **Escrito ou objeto obsceno.** Outra modalidade do ultraje público ao pudor é a prevista no Código com a rubrica lateral “escrito ou objeto obsceno”. Consiste em “fazer, “importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para “fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, “escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto “obsceno”, bem como o fato de quem “vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos” (art. 234 e seu parág. único, n.º I). Trata-se, em ambos os casos, de um crime de conteúdo variado (*Mischtatbestand*): múltiplas são as formas de sua execução, múltipla é a *matéria* que lhe pode servir de instrumento, múltiplo é o possível fim do agente.

*Fazer* é produzir, fabricar, elaborar, dar forma a alguma coisa. *Importar* é introduzir em qualquer ponto do território nacional. *Exportar*, ao contrário, é fazer sair do nosso para outro país. *Adquirir* é obter alguma coisa *ut*

*dominus*, seja a que título for (pouco importando que a *res* não incida imediatamente na efetiva posse do agente). *Ter sob sua guarda* é deter ou possuir, ter a *res*, própria ou alheia, em depósito ou à sua imediata disposição. *Vender* é transferir, dispor ou entregar, mediante um preço. *Distribuir* é entregar a outrem, com ânimo definitivo ou não, a título gratuito ou oneroso (exemplo: locação lucrativa), franca ou clandestinamente, de modo direto, ou mediante despacho, ou por via postal.<sup>76</sup> *Expor à venda* é colocar a *res* à vista de possíveis compradores. *Expor ao público* é exhibir ou mostrar em lugar público ou em que, embora somente para fim de conhecimento da exposição, se permita o acesso a *tout venant*.

Na forma de detenção (ter sob sua guarda) ou exposição à venda ou ao público, o crime é *permanente*: enquanto perdura, acha-se o agente em estado de flagrante delito.

As sucessivas *feituas*, *importações*, *exportações*, *aquisições* ou *distribuições* do mesmo escrito ou objeto obsceno não constituem *crime continuado*, mas *único*, pois, em face do texto legal, tanto faz a unidade como a multiplicidade de exemplares.

Também haverá um crime único se o réu se entrega, *progressivamente*, a mais de uma das atividades previstas no preceito legal, como se, por exemplo, faz e vende, adquire e expõe ao público, etc.

*Escrito* é toda produção gráfica (à mão, ou por meio mecânico ou químico), assinada ou anônima (ou com pseudônimo), exprimindo o pensamento. É o manuscrito, o papel dactilografado, o livro, o jornal, a revista, o pasquim, o panfleto, o cartaz, etc. *Desenho* é a representação de um objeto por meio de linhas e sombras (em original ou reproduzido mecanicamente). *Pintura* é a representação colorida de imagens (com ou sem as regras da arte). *Estampa* (o mes-

<sup>76</sup> Entenda-se: de modo dissimulado, pois o regulamento dos Correios proíbe a expedição ou distribuição de "artefatos, desenhos e publicações obscenas" (art. 5.º, § 5.º).

mo que *gravura*) é a figura ou imagem impressa, seja qual for o processo empregado.<sup>77</sup> Na expressão genérica “qualquer objeto” compreende-se todo objeto *figurativo* (esculturas, medalhas, fotografias, marmotas, bonecos, berloques, etc.).

O cunho de obscenidade, impresso a qualquer das produções ou objetos referidos no texto legal, é condição essencial do crime, mas este tem o seu *acento tônico* no fim ou atividade de *divulgação* da *res* obscena. Tal fim ou atividade é que faz surgir o crime. São taxativamente enumerados os meios de divulgação: comércio, distribuição ou exposição pública. Sem a destinação do escrito ou objeto obsceno à publicidade ou sem o perigo de publicidade, o fato escapa à reprovação ético-penal. Assim, o indivíduo que possui ou detém o referido escrito ou objeto para fim de *coleção*, não incide no art. 234. Como lembra MOLINARIO, em todas as grandes bibliotecas existe uma seção que os bibliólogos denominam “inferno”, onde se guardam, com especial cuidado, produções impudicas, cuja consulta só se permite a pessoas selecionadas, a que não inspire a curiosidade lasciva. Evidentemente, não se poderia reconhecer, no caso, um *corpus delicti*. No tocante às produções *literárias, científicas* ou *artísticas*, o tema da obscenidade fez-se, dentro e fora da doutrina e jurisprudência penais, um *caput tempestarum*. Há opiniões radicalmente antagônicas ao lado das moderadas. A jurisprudência belga assim se pronuncia: “O crime (ultraje público ao pudor) existe a despeito da perfeição da obra e da beleza que encerra.” Na França, o Tribunal do

<sup>77</sup> A atual Lei de Imprensa dispõe no § 2.º do art. 53: “Aquele que vender ou expuser à venda ou distribuir jornais, periódicos, livros, ou quaisquer outras impressões, cuja circulação houver sido proibida, perderá os exemplares que forem encontrados em seu poder e incorrerá na multa de Cr\$ 50,00 por exemplar apreendido.” Numa estranha confusão, foi dado, assim, caráter genérico ao disposto no art. 67 da anterior Lei de Imprensa, que só cuidava dos impressos obscenos em língua estrangeira. Deve notar-se que só escaparão ao Código Penal, para incidirem sob a Lei de Imprensa, os escritos, desenhos, pinturas ou estampas reproduzidos pelo meio mecânico da imprensa.

Sena, embora absolvesse FLAUBERT, pela autoria de *Madame Bovary*, não se absteve da seguinte reprimenda: *“La mission de la littérature doit être d'orner et de recréer l'esprit en élevant l'intelligence et en épurant les mœurs, plus encore que d'imprimer le dégoût du vice en offrant le tableau des désordres qui peuvent exister dans la société. Il ne convient pas, sous prétexte de peinture de caractère et de couleur locale, de reproduire dans leurs écarts les faits, dits et gestes de personnages qu'un écrivain s'est donné mission de peindre... Un pareil système, appliqué aux oeuvres de l'esprit aussi bien qu'aux productions des beaux arts, conduirait à un réalisme qui serait la négation du Beau et du Bon.”* Também a jurisprudência alemã decide que “a perfeição técnica e o valor artístico não excluem uma produção obscena” (*“Technische Vollkommenheit und der Kunstwert schlossen nicht eine unzüchtige Darstellung aus”*).

FABREGUETTES formula a seguinte opinião: *“Il y aura outrage dès qu'on constatera: la recherche, l'analyse, la description, la peinture, soigneusement détaillé de scènes impudiques et lascives destinées, par la nature même des choses, à séduire, à pervertir l'imagination. Le dialogue licencieux, la brutalité écoeurante, qui, voulues, donnent satisfaction aux passions sensuelles, à l'esprit de débauche, tomberont sous le coup de la loi. L'auteur aura nécessairement cherché à éveiller des idées obscènes.”*

VICINI é incisivo: *“L'arte non può mai giustificare l'oscenità.”* COCURULLO assim disserta: “A convicção de produzir “uma obra de arte não elimina o elemento intencional do “crime, elemento que consiste precisamente na voluntariedade e consciência de pôr-se em contraste com o sentimento de pudor que a sociedade protege... Não há razão “alguma para considerar-se a arte, e com ela os artistas, “subtraída às leis sociais. Que diferença pode ser reconhecida entre quem descreve uma obscenidade de modo vulgar “(diga-se assim) e quem a descreve em forma artística? “que quer dizer a frase a arte purifica? Querer purificar

“a obscenidade é assim como querer transformar seixos em “diamantes. A arte não pode purificar aquilo que é insusce-  
“tível de purificação.”

MANZINI entende que se devem considerar obscenos os livros que contenham descrições *veristas* de coisas e fatos impudicos, qualquer que seja a intenção do autor e qualquer que seja o seu valor literário, e acrescenta: “Frequentemente, os pornógrafos apegam-se, em sua defesa, ao pre-  
“texto de censurar a sociedade, pondo cruamente à mostra as  
“suas injustiças e as suas torpezas; mas, para fazer isso, não  
“há necessidade de ultrapassar os limites da decência, com-  
“prazendo-se em rebuscar aquilo que se deveria deplorar.  
“E tudo isso se pode fazer usando um pouco de elegância  
“e de medida, respeitando-se a si próprio e aos outros.”

Entre os autores suíços, HAFTER opina que o tema é de difícil solução e “somente um juiz com entendimento artístico, isento de *pruderie*, mas também com sólidos critérios de moralidade, pode resolvê-la satisfatoriamente” (“*Nur ein Richter, der künstlerisches Verständnis hat, frei ist von Pruderie, aber auch gefestigte sittliche Anschauung hat, kann sie befriedigend lösen*”). THORMANN e OVERBECK, entretanto, não receiam afirmar que “pelo sincero e verdadeiro tratamento artístico de um assunto pode ser excluído o momento da obscenidade” (“*Durch die ernsthaft und wahrhaft künstlerische Behandlung eines Gegenstand kann das Moment der Unzüchtigkeit ausgeschlossen sein*”).

Vejamos agora os que defendem incondicionalmente a arte.

Dizem os juízes da Corte de Cassação italiana: “Uma obra de espírito, se é verdadeiramente uma obra de arte, não pode jamais ser obscena... Obscenidade e obra de arte são termos que não podem coexistir, pois que, se há obra de arte, não há obscenidade.” Rocco (Alf.), na sua *Relazione* sobre o projeto do atual Código italiano, assim se exprime: “*Per non cadere negli eccessi di un bigotismo incompatibile con lo spirito della civiltà moderna, la legge*



*penale deve, nel tutelare il pudore, non obliterare o conculcare le superiori necessità della scienza e le insopprimibili aspirazioni dello spirito umano verso le bellezze dell'arte. Il vero bello artistico, nella purezza delle sue linee estetiche, non offende mai il sentimento del pudore, perchè l'uomo normale, quando sia preso dal godimento che le manifestazioni dell'arte destano nel suo spirito, non é mosso da desideri impuri. Il legislatore non può tener conto e, anche se potesse, sarebbe opera vana, di quel fenomeno psicologico, a fondo degenerativo, di uomini che hanno l'immoralità nella loro coscienza, e che anche dalla bellezza di un marmo scolpito traggono motivo di basso eccitamento sensuale. La legge deve tenersi lontana dalla concezione acetica e anacoretica della vita in relazione dell'arte, e deve ripudiare quel gretto criterio etico che spinse, in altri tempi, al sacrilegio artistico di coprire figure muliebri o nudità di bambini, che il genio della scultura o della pittura aveva saputo mirabilmente ritrarre in capolavori immortali."*

DE SANCTIS segue no mesmo rumo: "O adjetivo obsceno "não pode anular o substantivo arte. A arte nada tem a ver com a moral. Esteja ou não em harmonia com os sentimentos éticos no seio de um povo, segundo um tipo médio e em dado momento histórico, não deixa de ser arte. . . "Não só o belo, mas também o bruto, o horrível, o obsceno "pode ser objeto da intuição artística ou da reflexão científica. A arte ou a ciência, por sua própria virtude, expungem de qualquer impureza o objeto de sua contemplação, "nobilita-o, como o homem da fábula mudava em ouro tudo "quanto tocava."

EMÍLIO ZOLA dizia: "Quando um escritor tem talento, deve ser-lhe permitido tudo; os livros obscenos são apenas os mal-escritos."

BAYLE (Stendhal) assim discorre: "O livro de um artista "é espelho que caminha por uma estrada. Porque esse espelho reflete o lodaçal, vós o acusais de imoral? Acusai, antes, "a estrada, onde a lama se acumulou, e mais ainda o zela-dor da estrada, que deixou formar-se o pântano."

SIGHELE argumenta: "O artista analisa o mal e a obscenidade, e os reproduz artisticamente, não para exaltá-los, mas para mostrar o seu horror; não para que se imitem, mas para que, revelados, sejam combatidos."

POZZOLINI entende que à arte deve ser concedida "*libertà sconfinata, una volta dimostrato nell'agente l'intendimento artistico*".

PITIGRILLI pondera: "Perguntar a um artista se a obra de arte é moral ou imoral é tão absurdo quanto o perguntar a um juiz se o *falsum* cambial é estético ou antiestético."

RICHEPIN, condenado a suprimir, por obscenos, trechos de sua *Chanson des Gueux*, exaltava-se: "Protesto com todas as minhas forças contra este absurdo: a Justiça controlando a arte. A arte é uma coisa e a moral é outra, e estas duas coisas nada têm a ver uma com a outra."

DESTREE vai ao desaforo: "É preciso ser um magistrado excepcionalmente curto de inteligência para confundir a arte com a pornografia."

Segundo nosso modo de ver, não padece dúvida que cumpre distinguir entre a crassa pornografia ou o escrito fescenino e as manifestações *realísticas* da arte literária, entre a pintura ou escultura torpe, que servem ao objetivo único de excitação erótica, e os quadros ou mármores a que a habilidade do artista, ao fixar nudezas, soube imprimir um tal cunho de beleza, que faz calar a subalterna emoção lúbrica. Do mesmo modo, não se podem colocar em pé de igualdade os imundos livrecos sobre amor sexual, encontrados comumente em *portas de engraxate*, e as lídimas obras científicas sobre sexualidade. Não há confundir a zurrapa com o vinho genuíno. Somente uma ridícula *pruderie* pode qualificar de obsceno, por exemplo, um livro que, apesar de suas irreverências e franquezas, nos proporcione, pelo seu autêntico valor literário, o mais puro e intenso prazer intelectual. Estaria a lei servindo a um moralismo rebarbativo, se se propusesse a interdição de obras literárias só porque repassadas de *verismo* ou de certa graça licenciosa. Com

tal critério, ter-se-ia de renunciar à leitura de livros, quer antigos, quer modernos, indispensáveis a uma mediana cultura literária. Nenhum amigo das belas letras pode deixar de ler, *in exemplis*, a *Arte de amar*, de Ovídio, o *Décameron*, de BOCCACCIO, os *Amores do cavaleiro de Faublas*, de LOUVET DE COUVRAY, a *Mlle. de Maupin*, de GAUTIER, a *Nana*, de ZOLA, a *Mme. de Bovary*, de FLAUBERT, o *Abbé Jules* ou as *Memórias de uma criada de quarto*, de MIRABEAU, a *Rapaza*, de MARGUERITE, o *Sodoma e Gomorra*, de PROUST, o *Si le grain ne meurt* ou o *Corydon*, de ANDRÉ GIDE, o *Amante de Lady Chatterley*, de LAWRENCE, o *Mon cœur au ralenti*, de DEKOBRA, a *Vergine a 18 carati*, de PITIGRILLI, a *Carne*, do nosso JÚLIO RIBEIRO, o *Primo Basílio*, do EÇA, o *Barão de Lavos*, de ABEL BOTELHO, etc. Notadamente, é preciso sempre, como adverte POITTEVIN, considerar a obra no seu conjunto, pesquisar o objetivo visado pelo autor. Pela análise da obra integral, e não de uma ou outra página, mais ou menos escabrosa, é que se poderá aferir do seu verdadeiro caráter. Há, porém, um limite para a tolerância de descrições episódicas de feição realista. Se o autor timbra em evitar qualquer velamento, não recuando ante o próprio vocabulário de parede de sentina, comprazendo-se na miúda narrativa de cenas da mais desabrida sensualidade, não pode escusá-lo o mérito artístico ou finalístico da obra apreciada em globo. Tome-mos, para exemplo, *Os Corumbas*, de AMANDO FONTES, o *Bangüê*, de LINS DO RÊGO, e os *Capitães de Areia*, de JORGE AMADO. No primeiro, as *arestas* de verismo estão suavizadas por uma *névoa* que não deixa, um só instante, quebrar-se a *neutralidade* sexual com que acompanhamos o desdobrar do entrelcho dolorosamente humano. O segundo, do mesmo modo, não deixa aflorar no leitor, pelo encanto e habilidade do estilo, ainda quando relata cenas árduas, o desintegrante pensamento lascivo. Já o mesmo, entretanto, não acontece com o livro de JORGE AMADO. Não se pode recusar o seu valor literário, nem a maestria com que o autor estuda um tema social na realidade palpitante; mas contém páginas que fariam tremer, no arrepio da concupiscência, as barbas

de Xenócrates. O episódio de *Pedro Bala* com a negrinha na praia é pornografia grossa. Nada foi poupado ao leitor: nem mesmo o chulismo de linguagem do bodesco rapazola. Longe de nós o intuito de expor às iras da Justiça a JORGE AMADO ou a seus editores ou livreiros; mas tenho para mim que a citada página devia ser destacada e levada, senão para o "inferno" das bibliotecas (a que acima nos referimos), pelo menos para algum escaninho que se denominasse "limbo"...

Entre nós, quando foi da edição portuguesa de *La Garçonne*, de MARGUERITTE, houve alguém que se lembrasse de instaurar processo-crime contra um dos livreiros que tinham à montra os exemplares. O juiz (hoje desembargador) VIEIRA BRAGA, a quem coube sentenciar no feito, absolveu, porém, o acusado, emitindo conceitos de irrepreensível justeza: "O romance incriminado, evidentemente, não desperta no *homem normal a curiosidade malsã*, característica sobre que, iterativamente, insiste a jurisprudência francesa; não excita e impele o leitor ao vício e à degradação, nem, por outro lado, foi com esse objetivo escrito, pois, na copiosa bagagem literária de VÍTOR MARGUERITTE, tudo concorre para demonstrar justamente o contrário, e, diga-se de passagem, um livro de arte não deve ser sumariamente julgado por uma palavra, uma frase ou episódio mais ou menos lúbrico, mas pelo sentido de beleza encerrado na sua complexidade e até mesmo, se existem outros do mesmo autor, compreendido, impresso e integrado na totalidade da sua obra... Pouco importa que erotômanos, nunca saciados, rebusquem na produção artística apenas motivos concupiscentes, excitação e satisfação para os sentidos exaltados e a imaginação doentia ou depravada, porquanto, conforme bem acentuava STOPPATO, defendendo perante a Câmara dos Deputados, na Itália, um projeto destinado exatamente a reprimir de modo mais severo e eficiente os excessos e abusos da pornografia, *"noi parliamo dell'uomo normale perchè non certamente avvisiamo di concedere una singolare protezione a degenerati e perversi, i quali si sen-*

*"tano sensualmente commossi davanti a un nudo artistico e vedono in essi meri motivi sessuali".*<sup>78</sup> Ao escritor, cientista, filósofo, moralista, romancista ou literato, é impossível recusar inteira liberdade e independência para desenvolvimento do seu estudo ou criação, tanto na substância quanto na forma."

Também na Argentina *La Garçonne* foi levada ao banco dos réus, mas a Câmara Criminal de Buenos Aires não lhe reconheceu caráter atentatório ao pudor, expendendo argumentos que coincidem com os do juiz brasileiro: "... *la existencia, dentro de un libro, de episodios licenciosos, aun cuando parezcan excesivos, non puede servir, por si sólo, para calificar la obra de obscena, si de la finalidad ideológica del mismo, del género de la obra con relación a esos episodios, de la forma sincera de la expresión artística y de la propia posición, a veces, del autor, en las letras o en el arte, surge sin dificultad que se trata de una obra de ciencia, de estudio, o de poesía.*" E acrescentava o mesmo aresto: "*En cambio, el disfraz, bajo la apariencia de una obra de arte o de estudio, de un libro pornográfico, teniendo en cuenta los mismos elementos de juicio, no sería susceptible de quitarle su carácter delituoso.*"

<sup>78</sup> Merece mais ampla transcrição o arrazoado de STORPARO: "Reconhecemos que nem sempre é fácil discernir, em uma obra de arte ou de literatura, entre o que merece condenação e o que merece, ao contrário, já não diremos escusa ou tolerância em homenagem à liberdade do artista, mas respeito à arte. A pornografia, porém, que é exibida ao alcance de todos, mediante opúsculos, livros, desenhos, fotografias, imagens, escritos ou outros objetos obscenos, não é forma ou manifestação de arte. A literatura pode ser amena, vivaz, picante, alegre, sem ofender o bom costume e o pudor, sem propor-se à excitação dos sentimentos eróticos. A representação, com sentido artístico, da beleza pura, é sempre sã e moral, porque o belo, intelectualmente concebido e fixado na matéria, é essencialmente moral; mas a representação propositadamente grosseira de formas sensualmente provocantes é sordície moral, jamais uma expressão de arte. A verdadeira arte, ao revés, associa-se à moral, para negar à pornografia, a caluniadora do belo, qualquer direito de fraternidade. A represen-

85. **Espetáculos obscenos.** É a modalidade de ultraje público ao pudor prevista no inciso II do parág. único do art. 234: realização, em lugar público ou acessível ao público, de *representação teatral* ou *exibição cinematográfica* de caráter obsceno, ou *qualquer outro espetáculo*, que tenha o mesmo caráter. *Representação teatral* é o espetáculo em que uma ou mais pessoas (atores profissionais ou amadores), gratuita ou onerosamente, se propõem recrear o público. Há várias espécies de representação: dramática, lírica, cômica, coreográfica, pantomímica, acrobática, etc. O espetáculo circense é uma variante da representação teatral. Não é necessário que esta se faça num teatro: pode realizar-se em casa particular cedida para esse fim e até mesmo a céu aberto. Nas chamadas “revistas de costumes”, é de estilo insinuar-se a piada “picante”. A própria censura oficial dei-

“tação do belo não excita no sentido do mal, nem por via de sedução  
“sugere a torpe imitação. A pornografia não é mais que a pros-  
“tituição impressa, desenhada ou fotografada, e, se a prostituição  
“pode ser penosamente tolerada em determinadas condições, não  
“pode ser exibida e ensinada sem ofender o direito social da decência  
“e do bom costume, sobre que se concentra tanto a energia moral  
“como a física dos cidadãos. Não se trata, de modo algum, de ins-  
“taurar uma disciplina anacorética, nem de restringir a arte ou a  
“literatura a meras concepções ascéticas, nem mesmo, digamo-lo sem  
“hesitação, de impedir a viva representação da natureza mediante  
“formas ousadas, inspiradas em puros motivos de beleza. DANIEL DE  
“VOLTERRA justamente mereceu a alcunha sarcástica de *Santarrão*  
“por se haver prestado, no tempo do papa Paulo IV, ao sacrilégio  
“artístico de disfarçar a nudez de algumas figuras femininas da  
“Capela Sistina. É bem de ver que não se quer aplaudir ou enco-  
“rajar o misticismo aberrante que fazia o mesmo Paulo IV mandar  
“cobrir o prodigioso *Juízo* de MIGUEL ANGELO, ou que levou Paulo V  
“e Clemente XII a imitarem o seu antecessor, ou que moveu Ino-  
“cência X a forçar PEDRO DE CORTONA a velar a nudez de um *bambino*  
“de GUERCIÑO, colocando aquele na grotesca necessidade de escrever,  
“envergonhado, ao seu colega uma carta em que protestava ter sido  
“coagido, pois reconhecia que nenhuma nudez é obscena. Não se  
“reclama uma pudicícia de beatos, que se alarmam diante de uma  
“expressão de beleza ou de amor, como aquela rapariga que, no  
“célebre *fresco* de Giotto na Capela *degli Scrovegni*, em Pádua,



xá-a passar. É de notar, porém, que a tolerância da censura não poderá isentar de caráter criminoso a obscenidade grosseira.

O outro meio destacado pelo texto legal, como idôneo à difusão da obscenidade, é a *exibição cinematográfica*. O cinema, na atualidade, é, talvez, o mais eficiente difusor de idéias, de critérios de vida, de hábitos, de cultura. Sua influência pode ser altamente benéfica, como pode ser extensamente perniciosa. Se se propõe a especular com a lascívia dos espectadores, descendo à baixa imoralidade, não pode escapar à repressão penal, ainda que falhe a ação preventiva da censura oficial.

---

"tapa... um olho para não assistir ao escândalo do abraço de Joaquim e Ana. O que se reclama e impõe é a adaptação às leis e aos hábitos da convivência civil. Não raramente, a imoralidade não está na obra de arte, mas, sim, nos olhos de quem a contempla. Diziam ARISTÓTELES que a tragédia purifica as paixões. Do mesmo modo, pode dizer-se que a verdadeira arte, mesmo nas suas ousadias estéticas, não dissolve os bons costumes, nem embrutece o pensamento, mas opera a sua purificação. A arte finaliza precisamente quando o homem normal se sente perturbado, por isso que uma pretensa manifestação dela, não se inspirando no belo, ao invés de confortar o sentimento artístico, elevar o espírito à admiração contemplativa da beleza, apenas suscita desejos impuros, somente sugere a perversão ou a miséria moral. Falamos do homem normal, porque, evidentemente, não cuidamos de conceder uma especial proteção a degenerados e perversos, que se sentem movidos de sensualidade diante de um nu artístico, ou neste somente vêem motivos sexuais. CORREGIO, que superou grandes artistas ao imprimir uma morbidez sensual a vários tipos inesquecíveis, como o *São João Batista da Madonna del San Giorgio*, e o *São Sebastião da Madonna* do mesmo nome, soube também, com mão caprichosa, desnudar o seio da Virgem da *Madonna del latte*, e ninguém jamais ouviu chamar corrutoras as suas telas. Estas e outras congêneres, como a *Madalena*, de VAN DYCK, e a *Virgem da Santa Família*, de REMBRANDT, inspiram admiração intelectual, não excitam o fascínio da corrupção sexual... De resto, não é difícil assinalar praticamente a diferença entre a pornografia e a arte, e estabelecer qual seja, propriamente, a que excite, simultaneamente, por um lado, a corrupção e, por outro, o senso do pudor, que é a defesa contra a corrupção. Se o juiz não tem competência para decidir do real

86. **Audição ou recitação obscena.** Esta é a última forma do ultraje público ao pudor (inciso III do parág. único do art. 234). No sentido do preceito penal, *audição* ou *recitação* é o ato de fazer ouvir a um indeterminado número de pessoas algum discurso, conferência, prédica, canção ou leitura de qualquer produção literária ou notícia de acontecimentos. Há, porém, uma diferença entre *audição* e *recitação*: aquela pode ser feita de lugar diverso daquele em que é recebida (mediante radiodifusão, alto-falante, etc.), ao passo que a última é feita diretamente *coram populo*.

87. **Dolo.** O elemento subjetivo, nas modalidades do crime previsto no art. 234 e seu parág. único, é a vontade de praticar a ação descrita na lei, conhecendo a obscenidade do escrito, objeto, espetáculo, etc. No *caput* do art. 234, o dolo especifica-se pelo *fin* "de comércio, de distribuição ou de exposição pública". Devendo a obscenidade, como já acen- tuamos, ser apreciada do ponto de vista objetivo, irrelevante será a *opinião* do agente sobre a inexistência da potenciali- dade ofensiva ou indecência do escrito, objeto, espetáculo, etc., em relação ao sentimento comum do pudor. Não pode

---

"valor artístico, maior ou menor, de uma obra, seja esta uma  
"imagem, um escrito ou um desenho, deve ter, e não pode deixar  
"de ter, suficiente critério para decidir se ela é contrária às exi-  
"gências sociais que palpitam em torno dele, incumbindo-lhe mesmo  
"louvar-se na opinião e na sensibilidade do público. Sabe este, de  
"qualquer modo, antes mesmo do juiz, e sem necessidade de perícia,  
"que a imagem ou o escrito pornográfico não são fabricados, ex-  
"postos, distribuídos ou transmitidos com lícita intenção artística,  
"mas, sim, com a de acariciar, favorecer, aguçar paixões sexuais...  
"Também a liberdade da ciência, em particular (nem era preciso  
"dizê-lo), permanece respeitada tanto quanto a da arte. Há livros  
"escritos com altos objetivos, no interesse da ciência e do bem pú-  
"blico, com tal desenvoltura que se poderiam dizer *objetivamente*  
"obscenos (distinguindo-se da pornografia, porque esta é obscena  
"objetiva e subjetivamente). Podem eles conter sinais, figuras, des-  
"crições, indicações de condições fisiológicas ou sociais, mesmo re-  
"lativas à prostituição, mas não são escritos de maneira pornográfica."

deixar de haver, no caso, pelo menos o dolo eventual. É indiferente que haja, ou não, o intuito de ofensa ao pudor público. Ainda que o agente tenha procedido exclusivamente *lucri faciendi causa*, o crime existirá.



[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

**ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA**

**DOS CRIMES CONTRA A FAMÍLIA**

(Arts. 235 a 249)





## TÍTULO VII

## Dos crimes contra a família

88. **Generalidades.** GEORGES RIPERT, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris, assinalava, em 1936, no seu *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, novo aspecto do desenvolvimento do regime democrático no sentido da *proteção dos fracos*, particularizado na assistência aos *pequeninos*. Aqui, o socorro do Estado não visa à proteção dos *devedores*, como é a regra, mas dos *credores*, porque “não há engano possível quando se protege em bloco uma categoria de pessoas determinadas pela sua própria fraqueza”. “Todos os que, por sua idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou de compreender, são, na sociedade, os mais fracos que os outros, têm direito à proteção legal. Todos estes são os *pequenos*, gratos à democracia, especialmente à democracia francesa.” “Os pequenos são mais numerosos que os grandes: satisfazê-los é assegurar o apoio de uma maioria. O legislador é, por conseguinte, sempre favorável aos pequenos...” “O favor dispensado aos fracos é denominado *justiça*. Justifica-se, com efeito, pela aspiração à igualdade. A democracia não poderia acolher o aristocrático individualismo de um SPENCER ou a moral feroz de um NIETZSCHE. Quem é fraco deve ser protegido.”

Essa proteção dos fracos — ao menor, ao alienado, à mulher —, inerente a todas as legislações, desenvolveu-se no direito clássico através da teoria das incapacidades. Mas a tendência democrática manifestou-se no sentido de *proteção* e de enfraquecimento da idéia de *poder*: a incapacidade

para o fraco deve ser *ajuda*, e não *submissão*. Assim, para o menor, a idéia de *pátrio poder*, desde a Revolução de 1789, evolue para a de *pátrio dever*, perdendo, cada dia, o absolutismo romano em favor da *liberdade* e das *obrigações* impostas ao pai: limitação ao direito paterno de fazer trabalhar o filho, obrigação de instrução primária, restrições ao poder de administrar os bens do menor. Da mesma forma, no que toca ao louco, ao pródigo. Menciona RIPERT grande número de medidas legislativas de proteção aos fracos, na França: lei de 1874, sobre proteção de crianças de primeira idade; lei de 1904, contra o infanticídio; lei de 1912, autorizando a investigação da paternidade ilegítima; lei de 1882, impondo a instrução primária obrigatória; leis de 1913, 1922, 1924, 1931, 1935, de proteção às famílias numerosas; lei de 1892, sobre o trabalho de crianças; leis de 1889, 1898, 1916, 1921 e 1927, regulando o exercício, a suspensão e a perda do pátrio poder e criando figuras criminais para repressão dos abusos; lei de 1912, criando tribunais para menores, etc.

Com relação à mulher, a mesma tendência: de libertá-la do poder marital, dando-se-lhe maior autonomia para exercer profissão, provendo-a contra os abusos do marido na administração dos bens do casal, assegurando-lhe alimentos, concedendo-lhe esse direito contra quem a privou de amparo, mesmo no caso de concubinato (acórdãos da Cassação de 1930, 1931 e 1934),<sup>1</sup> tornando-o exequível *contra a herança do cônjuge premorto* (lei de 1891). O mesmo direito de alimentos, em proveito dos parentes pobres, sofreu grande extensão, facilitando-se o acesso ao Judiciário, tornando-se penhoráveis os salários para sua garantia, e criando-se o delito de *abandono de família* na lei de 7 de fevereiro de 1924, com as extensões que lhe deu a jurisprudência, a seguir sancionada pela lei de 3 de abril de 1928 (DALLOZ, *Sup-*

<sup>1</sup> A jurisprudência reconsiderou essa solução, quanto à concubina, porque o concubinato não lhe confere *interesse legítimo juridicamente protegido*, como se vê dos numerosos acórdãos citados em DALLOZ, *Code Civil*, 1950, nota 7 ao art. 1.383.

*plément*, 1929, ao *Dictionnaire pratique de droit*, verb. *abandon de famille*; RIPERT, ob. cit., n.º 86).

Atuado por motivos eleitorais ou sentimentais, quebrando a autoridade dos pais de família, não obstante o protesto de certas escolas, como a de LE PLAY, que, em nome da *liberdade de testar* e da manutenção da antiga *autoridade paterna*, protestava até contra o Código NAPOLEÃO, que delas conservou quanto pôde, o certo é que a evolução do direito democrático chegou a este resultado: o *da intervenção do Estado na proteção dos débeis e dos numerosos, pela criação de institutos de direito civil e de direito penal que assegurem esta proteção*; e o enfraquecimento do grupo familiar.

Estas e outras tendências demo-liberais, como registra EDOUARD LAMBERT, na sua notável *Introdução* à publicação dos Códigos Cíveis soviéticos pela Biblioteca do Instituto de Direito Comparado de Lião (1925), deviam encontrar pleno desenvolvimento e afirmação no Código russo da Família, de 1918 — tendência também à dispersão da família legítima pela abolição do poder marital, do pátrio poder, do instituto da tutela, em proveito da família natural, da igualdade de direitos entre marido e mulher, independência patrimonial — o que tudo desfechava na dissolução do grupo parental em favor da autonomia individual, a ponto de relacionar-se a obrigação de alimentos à *responsabilidade civil* pela culpa ou pelo risco. Assim, vemos o Código russo realizar a experimentação integral do programa feminista, pela concepção do casamento como simples ajuntamento sexual, sem efeitos patrimoniais, pela anulação completa do poder marital, estabelecida a igualdade absoluta não só entre marido e mulher, como entre pai e mãe. O casamento é trazido à categoria de simples contrato civil, podendo ser dissolvido *ad libitum* dos contraentes, ou até por demanda de um deles, sem que se imponham causas limitativas de divórcio, pontos de chegada preparados pela marcha, como diz LAMBERT, das legislações europeu-americanas sobre o casamento, liberatórias do matrimônio aos laços de controle familiar, pois que, no curso dos séculos XIX e XX, o número das legislações fiéis

ao dogma da indissolubilidade do casamento decresceu constantemente, graças às brechas abertas pelas leis sobre o divórcio e de tal modo alargadas pela interpretação extensiva e facilidades processuais, em alguns países capitalistas, que permitem aos cônjuges, resolvidos à separação, realizar verdadeiros divórcios por mútuo consentimento.

Ao lado da quase abolição do pátrio poder, dispôs-se que os filhos nenhum direito têm sobre o patrimônio dos pais, nem os pais sobre o dos filhos, a não ser no que diz respeito à obrigação alimentar, reduzida a um *minimum* existencial. Se já o Código Civil alemão de 1896 conferia aos filhos naturais os mesmos direitos que aos legítimos (art. 1.705), o Código russo põe por princípio que a base da família está na *filiação de fato* e que “não há nenhuma diferença entre o parentesco no casamento e fora do casamento”, o qual é limitado aos ascendentes, descendentes e irmãos. A instabilidade da família, a redução das relações patrimoniais à simples obrigação alimentar, esta mesma trazida ao limite do salário mínimo, a inteira prevalência do princípio da cognação, fazem com que a grande família desapareça, substituída por “*une poussière de petites familles trop maigres et trop fragiles pour résister à l'absorption dans la vie générale du groupe social*” (LAMBERT). Política deliberadamente dirigida contra a família. Assim, as tendências liberais, em última análise, levam ao individualismo à *outrance* e à supressão da família, à negação de valor a esta *constante social*, que é o agrupamento doméstico, em benefício da superestimação do indivíduo. Não é só o fim eleitoral, o fim sentimental, mas, no fundo, a tendência ao individualismo atomístico inerente ao regime liberal, que levara o legislador da Revolução Francesa a dissolver as associações pela célebre Lei LE CHAPPELLIER e a estabelecer formas de dissolução de casamento pela lei de 20 de setembro de 1792, quase tão expeditas quanto as do Código russo de 1918.

A resistência a tais tendências desagregadoras, neste particular, e a reação, manifestada nas tendências opostas, dos regimes autoritários nacionalistas, que se traduz numa

volta às doutrinas inspiradas no Cristianismo (cf. as célebres encíclicas de LEÃO XIII); o amplo movimento com base na escola de LE PLAY, na sua reação contra “os falsos dogmas de 1789” e na sua preferência pela *famille-souche*, pela autoridade paterna, pela propriedade particular e o patronato; o movimento católico-social pelo cooperativismo, o sindicalismo misto (BUCHEZ, LAMMENAIS e VON KETTELER, bispo de Mogúncia, até o romancista PAUL BOURGET); o protestantismo social, no sentido do restabelecimento da hierarquia, da reorganização da família, do sistema corporativo, em lugar da divisão por classes, para solução da “questão social” (V. CHARLES GIDE, *Histoire des doctrines économiques*, páginas 572 e segs.), visam ao fortalecimento da família legítima, da sua moralidade, do casamento, da proteção aos sentimentos religiosos (cf. Código Penal italiano, títulos IV e XI).

Nos regimes em que se reconhece a crise do liberalismo ortodoxo e a impotência do sindicalismo socialista para solucionar a questão social, e se preconiza a estruturação do Estado na unidade de comando, integrada a vida nacional pela organização harmoniosa do corporativismo, consideradas as corporações órgãos de direito público (G. BOTTAI, *Le corporazioni*, págs. 109 a 113; P. CHIMENTI, *Diritto Costituzionale Fascista*, pág. 230; FRANCISCO CAMPOS, *O Estado Nacional e suas diretrizes*; Constituição de 1937, arts. 38, 57, 61, 135, 138 e 140), em que o Estado é a nação ativa, e a nação toda a realidade social, “organismo de vida, de fim, de meios de ação, superiores aos dos indivíduos isolados, ou agrupados, que a compõem: unidade moral, política e econômica que se realiza integralmente no Estado” (CHIMENTI, ob. cit., pág. 11), em que não há direitos fora do Estado ou contra o Estado, é evidente que as realidades sociais “religião”, “moralidade”, “associação”, “família”, “casamento”, enquanto *constantes sociais*, haviam de receber reconhecimento e proteção jurídicos completos. A própria proteção aos parentes naturais não é desconhecimento à família legítima, ao casamento, mas, ainda, proteção à família (agrupamento natural), e à saúde e ao vigor físico e moral da raça.

Procurando fixar as linhas gerais da “política criminal dos Estados autoritários”, DONNEDIEU DE VABRES assinala que já o ministro Rocco, dirigindo-se à comissão encarregada de examinar o projeto preliminar do Código Penal italiano, acentuava que, das cinco idéias dominantes da Parte Especial, uma delas tem por objeto “proteger a família e a moralidade pública”. “Considerando a família como *instituição pública*, como “corporação” do Estado, reserva o legislador “disposições especiais às infrações que ferem diretamente sua autoridade. O adultério é, sem dúvida, um ato imoral, mas constitui, sobretudo, como dizia GAROFALO, o *delito político da família*.” “A família é protegida, na sua estabilidade, na sua moralidade, pela criação de um delito novo, a *violação das obrigações de assistência familiar*” (art. 570). O abandono de família não se reduz, como na França, à falta de pagamento de uma pensão alimentar; ou, como na Polônia, à falta de assistência material; abrange também o abandono moral, resultante de “conduta contrária à ordem ou à moral das famílias”, da falta “às obrigações inerentes ao pátrio poder, à tutela ou à qualidade de cônjuge”. Fórmulas extremamente amplas. Também, acentua VABRES, é a família salvaguardada na sua integridade física: repressão à embriaguez, ao comércio de certas drogas, à contaminação venérea, ao aborto, ao neomalthusianismo, meios de política criminal tendentes a aumentar o vigor da raça e favorecer a procriação. Na *Exposição de motivos* do Código Penal fascista, acentuou Rocco: “O Estado deve dirigir, consistentemente, e com o máximo interesse, a sua atenção sobre a instituição ético-jurídica da família, centro de irradiação de toda a vida civil. No seio da comunidade familiar, os pais, por suas palavras, e mais ainda pelo seu exemplo, modelam a alma do filho, que será o cidadão de amanhã. Segundo o ambiente moral, sadio ou viciado, que encontrar no lar paterno, verá ele crescer em si a planta do homem de bem, ou, ao contrário, nele deitará raízes a triste e envenenada planta do futuro delinquente. Deve o legislador, por todos os meios ao seu alcance, procurar velar



“guardar na sua existência física e na sua composição moral o organismo familiar: e a tal fim servem também as sanções punitivas com a sua ameaça contra os atentados ao instituto do matrimônio, que representa o fulcro de toda sociedade bem constituída, e ao organismo familiar.” Destes conceitos fundamentais derivam as disposições do Título X do Código fascista, cujo capítulo IV prevê “os delitos contra a assistência familiar” ou lesivos dos deveres de recíproca assistência entre os componentes da mesma família. O reconhecimento de tais deveres no campo penal, registra MANFREDINI, é *coisa nova em nossa legislação*: de fato, as sanções contra os abusos e omissões dos deveres domésticos eram de direito civil ou de ordem moral; a sanção penal limitava-se a casos especificamente previstos, e a violação dos direitos familiares era geralmente considerada agravante da figura fundamental do delito, quando revelasse a maior quantidade política ou a facilitação a delinquir. E ajunta que o ministro Rocco remontou aos conceitos informadores do movimento legislativo no sentido da punição de fatos que, em outra época, pareciam ofensivos apenas da moral e não da ordem jurídica, revelando quanto foi feito nas outras nações, como na França e na Bélgica, e o interesse que a proteção da infância e da juventude suscitou junto à Liga das Nações.

Estudando a concepção dos “deveres e direitos públicos individuais” no regime fascista, registram os doutrinadores que o indivíduo e suas forças associadas devem ser tomados *em confronto* com o Estado, e não *contra* o Estado, como recordava o jurista alemão GERBER. O vínculo de sujeição se põe e vive em uma unidade inscindível com o vínculo que os faz pertencentes à comunidade nacional organizada em Estado. São dois momentos do mesmo fenômeno pelo qual se faz ativa a vida da soberania com relação aos habitantes e às suas forças associadas. A realidade social se forma, ordena e funciona na órbita do Estado, impedindo o absolutismo estatal ou a prepotência de indivíduos ou de classes que atuem por meio de organizações fora do Estado: forma-

ção orgânica que impede os desequilíbrios. O concurso das organizações para fins comuns, com a sua atividade e responsabilidade, a um só tempo, faz com que o Estado, pessoa jurídica soberana, seja tal enquanto opera e comanda com o concurso e colaboração de tais organizações. E quando as organizações compreendem a totalidade dos elementos que vivem e atuam com as mesmas tendências em um dado território, encontraremos constituída a *entidade nacional*, base e fundamento da formação jurídico-política, que, assim, é constituída pelos *homens*, a entidade elementar, pelos *agrupamentos* “que não se podem abolir, ignorar, anular, porque se apresentam como uma realidade instintiva e necessariamente criada pelo homem”, e finalmente o Estado, que impõe sua superioridade aos indivíduos e aos agrupamentos, para curar dos interesses de todos em correspondência com o interesse geral, e disciplinar a vida comum com o concurso de todos os valores existentes (BARTOLOLLO). A família é, precisamente, um desses agrupamentos, um *dado*, um *fato*, uma *instituição*, a cujo ordenamento ético-jurídico o Estado empresta a sua força, sancionando aqueles princípios que os costumes estabeleceram (casamento, indissolubilidade de vínculo, fidelidade, dever de alimentos, etc.). O Estado não a cria: reconhece a existência dessa instituição, desse elemento social, e o cerca de garantias; organiza-o juridicamente. Aí está a diferença de fundamento filosófico para os deveres jurídicos de assistência familiar em regime democrático e em regime de Estado-nação.

É noção evidente, comenta MANFREDINI, que um organismo-parte pode atuar independentemente do organismo-todo, ou contra ele. O direito civil contempla essa situação, exigindo na família determinada conduta no tocante a algumas relações em correspondência da garantia das formas de vida juridicamente protegidas e dos fins preeminentes do Estado: obrigação de manter, educar, instruir os filhos, etc. As sanções civis (nulidades, perda e suspensão de pátrio poder, etc.) o Estado pode juntar sanções jurídico-penais,

a seus fins sociais, dos agrupamentos familiares, atenta a existência normal, natural, do fato social, a família, como “organização” das relações sexuais, na sua longuíssima evolução, desde a horda primitiva, que DARWIN pôs nas origens sociais, e sobre cuja concepção FREUD enxertou a sua teoria das origens da religião mesma (o totemismo), e da formação social (o clã), passando pela família agnática tão fundamentalmente alterada em favor da *cognatio* pela legislação imperial romana, principalmente pela célebre Novela 118 de JUSTINIANO (MAYNZ, ob. cit., § 105), até as modernas concepções da família a que GIDDINGS chamou *romântica*, depois *ética*.

Entre nós, a proteção dos menores incapazes está assegurada juridicamente no Código Civil, estatuidando-se nulidades em seu benefício (arts. 145 e segs.), estabelecendo-se casos de suspensão da prescrição em proveito deles (art. 168), podendo a autoridade judiciária intervir amplamente entre a autoridade paterna e os filhos (arts. 394 e 395) e fiscalizar de perto os tutores e curadores (arts. 406 e segs.). O casamento é base da família legítima (Livro I da Parte Especial do Código Civil), obrigados os cônjuges a fidelidade recíproca, vida em comum, mútua assistência e sustento, guarda e educação dos filhos (art. 231), cercada de garantias a mulher, quanto aos bens próprios e comuns (arts. 240 e segs.), a proteção à pessoa dos filhos (arts. 325 e segs.). O princípio da cognição é recebido, quer pelo reconhecimento forçado, quer pelo voluntário, só proibidos quando em prejuízo da família legítima (arts. 355 e segs.);<sup>2</sup> admite-se a adoção

---

<sup>2</sup> A Constituição de 1946 se ocupa da família no cap. I do seu tit. VI. Estabelece a indissolubilidade do vínculo matrimonial; dá validade legal ao casamento religioso. Quanto aos filhos naturais, deixou de reproduzir o disposto no art. 126 da Constituição de 1937, que em tudo os mandava equiparar aos legítimos (disposição considerada auto-suficiente). Se essa disposição era *self-executing*, operara a revogação do art. 1.605, § 1.º, do Código Civil, que só dava direito ao filho natural reconhecido na constância do casamento em concorrência com filho legítimo ou legitimado, direlto à metade da herança que a este coubesse. Quanto aos adulterinos, o Dec.-Lei

(art. 368, alterado pela Lei n.º 3.133, de 8-5-1957); estabelecem-se os direitos e deveres resultantes do pátrio poder (artigos 379 e segs.) e a obrigação de alimentos até entre irmãos. A sucessão legítima defere-se aos descendentes, depois aos ascendentes, depois ao cônjuge sobrevivente, aos colaterais<sup>3</sup> e, finalmente, ao Estado (já revogado o Dec. n.º 1.907, de 1939, que alterara essa ordem, mais visando criar uma fonte de receita destinada, segundo o seu art. 4.º, à proteção da família). O direito de testar, havendo descendentes ou ascendentes, limita-se à metade dos bens, garantido o direito dos filhos naturais (arts. 1.604 e 1.605).

Na época do advento do Código Civil, porém, as normas penais diretamente garantidoras da família eram as que puniam a bigamia, o adultério da mulher e o concubinato do marido, o parto suposto e outros fingimentos, a subtração, ocultação e abandono, no sentido estrito de *exposição*, de menores de sete anos, normas estas do Cód. Penal de 1890.

A Lei n.º 4.242, de 5 de janeiro de 1921, e o Dec.-Lei n.º 4.547, de 22 de janeiro de 1922, autorizaram o Governo a organizar o "serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinqüente", criaram o Juizado de Menores no Distrito Federal, ampliaram o conceito de *abandono*. Foram regulamentados pelo Dec. Exec. n.º 16.272, de 20 de dezembro de

---

<sup>3</sup> Os colaterais, no regime do Código Civil, tinham vocação hereditária até o 6.º grau (art. 1.612).

---

n.º 4.737, de 1942, lhes permitiu o reconhecimento após o desquite do casal, do pai ou da mãe. Entendi que só no caso de desquite tinha a lei aplicação (parecer de 1-12-1943, in *Arquivo Judiciário*, vol. 70, pág. 284); e neste sentido a jurisprudência. A Lei n.º 883, de 1949, permite o reconhecimento, voluntário ou forçado, uma vez "dissolvida a sociedade conjugal" (por desquite, morte de um dos cônjuges ou nulidade ou anulação do casamento); mas o filho *adulterino* assim reconhecido só tem direito a metade do que herdar o legítimo ou legitimado. Tem-se que observar que o *adulterino a matre* somente pode ser reconhecido se o marido venceu ação negatória da paternidade legítima; sem isso, ele será sempre filho legítimo pela regra *pater est...*

1923, aprovado pela Lei n.º 4.793, de 7 de janeiro de 1924, que aprovou, também, o Dec. n.º 16.273, do ano anterior, e estabeleceu no seu art. 26: “Se o pai ou mãe, tutor ou responsável pelo menor estiver em condições de o educar e *por culpa sua não o tiver feito*, a autoridade lhe imporá a pena de multa de cem a quinhentos cruzeiros ou prisão celular por cinco a 15 dias.”

O Dec.-Lei n.º 5.083, de 1 de dezembro de 1926, instituiu o Código de Menores, que proibiu o trabalho a menores de 12 anos (art. 59), limitando o trabalho depois dessa idade (arts. 61 e segs.), sob diversas cominações (antecipando-se à chamada *legislação social*), deu nova redação ao art. 292 do Código Penal e estabeleceu a pena de multa e prisão para o *abandono de menor de 16 anos* (art. 179), para a “recusa sem justa causa de alimentos devidos por lei, convenção ou sentença, a menor de 16 anos” (art. 80), para a “exposição de menor ao perigo de corrupção” (art. 81), para a “subtração de menor de 18 anos” (art. 82), para os “abusos de meios de correção e disciplina a menores de 18 anos” (art. 83), para “maus-tratos habituais” (art. 84), para a “privação de alimentos” (art. 85), para a “estafa física ou intelectual” (art. 86), para o “emprego em mendicância” (art. 88), para “diversas formas de corrupção” (arts. 89 e 90).

Finalmente, o Código de Menores, consolidando as disposições das leis sobre proteção e assistência a menores abandonados e delinquentes, nos seus arts. 132 a 145, abrangeu os preceitos *supra*, que passaram a formar o art. 292 da antiga Consolidação das Leis Penais (aprovada pelo Decreto n.º 22.213, de 14 de dezembro de 1932).

Introduziu-se deste modo em nosso direito o delito de abandono de família. Já não somente as sanções civis as garantidoras dos deveres resultantes da organização doméstica. A questão é levada à órbita penal, lançando o legislador de 1926 a barra além do legislador francês de 1924, para o qual o *abandono de família* consistia na inexecução de decisões judiciais sobre pensões de alimentos. Note-se, porém, que a lei francesa não pune somente o abandono de

*menores*, mas também a recusa de alimentos ao cônjuge, mesmo divorciado (Cassação, 1928), ao descendente, ao ascendente, pouco importando o seu estado de necessidade (DALLOZ, *Supplément*, 1929, verb. *abandon de famille*, n.º 3). A ação penal pode, tanto no Brasil, como na França, ser intentada pelo lesado ou pelo Ministério Público.

A Constituição de 16 de julho de 1934 colocou a família sob a proteção especial do Estado, deu-lhe por base o casamento indissolúvel, para cuja garantia determinou o recurso *ex officio* das sentenças anulatórias de casamento, preceito ainda hoje em vigor, tendo-se em vista que as Constituições abolidas passam a lei ordinária naquilo em que não contrariam a Constituição nova, porquanto toda Constituição é lei, e, se outra vem, a anterior deixa de ser Constituição, mas não perde o caráter de lei, no em que não revogada explícita ou implicitamente. Estabeleceu, ainda, a norma programática do exame pré-nupcial (art. 145), a gratuidade do casamento civil, a facultatividade do casamento religioso de efeitos civis (art. 146, regulado atualmente pela Lei n.º 1.110, de 23 de maio de 1950) e estabeleceu isenções fiscais para o reconhecimento e percepção de herança concernentes a filhos naturais (art. 147).

No que respeita à proteção dos psicopatas, o Decreto n.º 24.559, de 3 de julho de 1934, criou o serviço de assistência a psicopatas e profilaxia mental, extensivo aos toxicômanos e intoxicados habituais (art. 11), admitindo, em alteração do preceito rígido do art. 5.º, II, do Código Civil, a incapacidade *relativa* dos pacientes (arts. 26 e 28, § 3.º), criando o administrador provisório para os bens dos mesmos, obrigados, como os curadores, a prestação de contas trimestrais (art. 28).

A Constituição de 1937,<sup>4</sup> contrapondo-se ao regime de 1934, vazado nos “moldes clássicos de liberalismo” e, ao que proclamava FRANCISCO CAMPOS (*O Estado Nacional e suas diretrizes*), inadequado a fazer face à crise econômica, política

<sup>4</sup> Orientação igual adotou a Constituição de 1946 (Tit. VI, capítulo I).



e espiritual do mundo contemporâneo, não podia deixar, como não deixou, de preocupar-se largamente com a família, a fim de tornar efetivos os direitos de seus membros, pela definição dos respectivos deveres. Não era mais caso, dizia o ministro CAMPOS, “de definir de modo puramente negativo os direitos “do indivíduo, mas de atribuir aos indivíduos os direitos positivos por força dos quais se tornassem acessíveis a eles os “bens de uma civilização e de uma cultura cada vez mais “voltada para a melhoria material e espiritual do homem”. Daí a franca afirmação da intervenção do Estado no problema da família, o que se não quis deixar à lei ordinária, mas se fixou na mesma Constituição. No art. 124 o casamento indissolúvel ficou colocado à base da família: declarou-se esta sob “proteção especial do Estado” e ordenaram-se compensações às famílias numerosas. A educação da prole passou à categoria de novo dever e direito natural do homem, intervindo o Estado subsidiariamente (art. 125). Reconheceu-se igualdade de direitos aos filhos naturais (art. 126), derogado, assim, o art. 1.605, § 1.º, do Código Civil sobre direito de sucessão,<sup>5</sup> em favor outorgado à cognação; aos pais miseráveis deu-se o direito de socorrer-se do auxílio do Estado, sob cuja garantia foram postas a infância e a juventude; e, no tocante ao abandono de família, dispôs-se: “O abandono moral, “intelectual e físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria “ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados “indispensáveis à sua preservação física e moral” (art. 127).<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Pela Constituição de 1946, a regra da igualdade entre filhos naturais e legítimos deixou de ser preceito *constitucional* (v. página 339, nota 2).

<sup>6</sup> O projeto da nova Constituição, no § 37 do art. 164, dispõe: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, tem direito a amparo especial dos poderes públicos.” Mantém o recurso *ex officio*, com efeito suspensivo, da sentença declaratória do desquite ou anulação do casamento e atribui ao Estado o dever de socorro às famílias numerosas.

Inspirado pelos preceitos da lei básica, cercou o legislador penal de 1940 de garantias o instituto do casamento, aumentando a pena do crime de bigamia (art. 235), criando novas figuras penais para proteção do vínculo (arts. 236 a 239), estabelecendo penas especiais para os crimes contra o estado de filiação (arts. 242 e 243), ampliando o conceito do adultério do marido, embora diminuindo sensivelmente a pena cominada a ambas as modalidades do "crime político da família" (Código de 1890: prisão celular por um a três anos; Código atual: detenção por 15 dias a seis meses).

Antes de entrarmos no comentário dos dispositivos do Código sobre os "crimes contra a família", seja-nos lícito fazer breve referência às medidas adotadas pelo legislador civil depois da carta de 1937, com atinência ao assunto.

Já vimos que o Dec. Leg. n.º 5.083, de 1926, previra diversas formas de *abandono de menores*, dispondo quanto a alimentos:

"Art. 79. Abandonar menor de 16 anos de idade para com o qual tenha o dever legal de prover à manutenção, ou esteja sob sua guarda, ou confiado aos seus cuidados: Pena de *prisão celular por três meses a um ano*.

"Parág. único. Quando o abandono se der por negligência da pessoa responsável pelo menor, a pena será de *um a três meses de prisão celular e multa de Cr\$ 50,00 a Cr\$ 500,00*.

"Art. 80. Negar sem justa causa ao filho legítimo, natural ou adotivo, *menor de 16 anos*, os alimentos ou subsídios que lhe deve *em virtude de lei*, ou de uma *convenção*, ou de *decisão* da autoridade competente: Pena de *prisão celular por oito dias a dois meses e multa de Cr\$ 20,00 a Cr\$ 200,00*, além da inibição do pátrio poder.

" .....

"Art. 85. Privar voluntariamente de alimentos ou de cuidados indispensáveis, *ao ponto de lhe comprometer a saúde*, menor de 18 anos, sujeito ao seu poder, ou confiado a seu cargo, ou cuidado, e que *não esteja em condições de prover à sua própria manutenção*: Pena de prisão celu-

“lar por três meses a um ano; com inibição do pátrio poder “ou remoção da tutela, se for o pai, a mãe ou tutor” (dispositivos reproduzidos no Código de Menores, Dec. n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, e na Consolidação das Leis Penais, art. 292, ns. II, III e VIII) .

O Código de Processo Civil (Dec. n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939), nos seus arts. 919 a 922, provendo sobre a execução de sentenças de prestação de alimentos, ocupou-se da matéria de que trata o art. 80, supratranscrito, do Decreto Legislativo n.º 5.083 (art. 292 da Consolidação das Leis Penais). Havendo sentença, não se distingue se os alimentos são *devidos a menor, a cônjuge, a ascendente, a descendente, irmão, em suma, a qualquer das pessoas designadas nos artigos 397, 398 e 405 do Código Civil*: se não se puder fazer a consignação a que se refere o art. 919, o devedor será intimado a pagar em três dias, e, se o não fizer, ou não justificar a impossibilidade de o fazer, será “punido com prisão decretada pelo juiz do cível” (art. 920), isto é, pelo mesmo juiz da execução, prisão de um a três meses, que será levantada mediante o pagamento das prestações vencidas (art. 920, § 3.º). Veremos, no comentário ao art. 244, qual o caráter dessa prisão. Por agora, salientamos que o Código de Processo manda aplicá-la em *qualquer caso de recusa de alimentos fixados em sentença*, em avanço ao Código de Menores e à Consolidação das Leis Penais. Além disso, dá o citado Código os remédios da *consignação*, quando se trate de devedor “funcionário público ou militar ou a estes equiparado” (art. 919), concedendo, ainda, o seqüestro de bens ou rendimentos (art. 922), medidas estas já contempladas, em geral, nos Códigos de Processo estaduais revogados.

A lei de “organização e proteção da família” (Dec.-Lei n.º 3.200, de 19 de abril de 1941), no seu capítulo IV (“Das pensões alimentícias”), ampliando o disposto no art. 919 do Código de Processo Civil, outorgou as consignações para pagamento dessas prestações por conta das “vantagens pecuniárias de cargo ou função pública ou do emprego em serviço ou empresa particular que exerça o devedor”, sendo a pen-

são paga “diretamente ao beneficiário” (art. 7.º), também *sem fazer distinção concernente ao parente credor de alimentos*. Esta mesma lei veio permitir o casamento de colaterais do terceiro grau, mediante exame pré-nupcial (cap. I); alterou profundamente a lei do casamento religioso para efeitos civis (por sua vez revogada pela Lei n.º 1.110, de 1950), permitindo que o simples certificado de habilitação para casamento, expedido pelo oficial do registro, seja aceito por qualquer ministro religioso, para que o casamento por este realizado tenha efeitos civis, suprimindo, assim, a *habilitação especial* a que se referem os arts. 1.º e 2.º da lei n.º 379; ampliou a gratuidade do casamento civil (art. 6.º); criou os mútuos para noivos e casados (arts. 8.º a 12); facilitou o reconhecimento dos filhos naturais (excluídos os espúrios, que continuam apenas no gozo de direito de alimentos, na forma do art. 405 do Código Civil), e, no art. 16, atualmente revogado, alterara o art. 383 do Código Civil; alterou o direito de sucessão dos casados sob regimes *especiais* de bens (artigos 17 e 18), o regime do bem de família (arts. 19 a 21), concedeu vantagens no sentido de facilitar a instrução (artigos 24 e 25), e em favor das famílias numerosas (arts. 26 a 36). São providências legislativas destinadas a dar cumprimento aos já lembrados preceitos da Constituição de 1937.<sup>7</sup> Para o asseguramento judicial, efetivo, dos preceitos de proteção à família, o legislador do Código de Menores e do Código de Processo Civil adotou sábias medidas, quais sejam, a ampliação da jurisdição e competência do Juízo de Menores, facilitada, pela jurisprudência, a simplificação das formas processuais (Código de Menores, arts. 157 e segs., *passim*; Código de Processo Civil, arts. 919 e segs., 675, VIII, 680 e 685 e segs.), bem como a gratuidade ou a modicidade da justiça — do processo no juízo ordinário (Código de Processo Civil, arts. 68 e segs.).

<sup>7</sup> Tais preceitos em nada contrariam o disposto na Constituição de 1946.

O legislador penal de 1940, tendo diante dos olhos o programa constitucional sobre a família, e informado da marcha legislativa a respeito, afeiçoando-se, aliás, aos modelos italiano e suíço, cuidou de dar especial relevo ao tratamento dos “crimes contra a família”. Procurou proteger o *casamento*, base da família, punindo a bigamia com pena de dois a seis anos de reclusão; recortou novas figuras de atentados à validade do matrimônio (arts. 236 a 239); cominou penas severas aos crimes contra o estado de filiação (arts. 241 a 243); reforçou, com sanções penais correspondentes, as figuras que seriam inteiramente novas, não fosse o disposto nas leis de proteção a menores e preceitos do Código de Processo Civil sobre a execução por alimentos (arts. 245 e 246); finalmente, dispõe sobre a proteção ao pátrio poder, tutela e curatela (arts. 248 e 249). Foi, porém, muito a medo que admitiu a punibilidade do adultério, excedendo em brandura o legislador de 1890, e, quanto ao incesto, previsto nos Códigos italiano e suíço, não o contemplou (salvo como circunstância agravante especial nos *crimes contra os costumes*). A rigorosa punição do adultério e do incesto estaria, contudo, dentro das diretrizes do regime cuja lei fundamental estabelece, como base da família, o *casamento indissolúvel*, e superestima o grupo familiar como foco de irradiação da vida social e moral da nação.

Quanto ao adultério, NÉLSON HUNGRIA sustentou, rebatendo várias opiniões contrárias, as razões que impõem a sua punibilidade como meio assecuratório da estabilidade do núcleo da família.<sup>8</sup> O incesto, por sua vez, envolve um vio-

---

<sup>8</sup> Assim discorre o citado autor (*Compêndio de Direito Penal*, parte especial, vol. II), insurgindo-se contra a pretendida impunidade do adultério: “O projeto de novo Código (referia-se ao Projeto “SÁ PEREIRA) não cogita do adultério. E já mereceu, por isso, o elogio de LEMOS BARRO. Será louvável, entretanto, esse critério de “impunibilidade? Em que pese ao nobre autor da *Psicologia do “adultério*, a mais formal, a mais categórica, a mais veemente negativa deve ser formulada. Os argumentos da tese contrária são “meramente literários e inteiramente baldos de lógica. Mal se arri-

lento atentado contra sentimentos arraigados, e a rigorosa proibição a respeito vige nas mais primitivas sociedades. A origem do *tabu* tem preocupado os sociólogos e pensadores de todas as correntes (SPENCER, *Sociologia*; DURKHEIM, REINACH, etc.), e as explicações resumidas em FREUD, *Totem e tabu*, que procura demonstrar corresponder a proibição a um “comple-

“mam ao desacreditado *sociologismo* da escola penal positiva. O “primeiro deles é que o amor não pode ser regulado pela lei penal. “Este pensamento, digno de um “diário” de moça romântica, é “formulado por POZZOLINI: “*L'amore non può essere materia di “precetto giuridico.*” Ora, o amor muito pouco tem a ver com o “adultério. No tocante à mulher, noventa vezes sobre cem, não “prevarica ela por amor, mas por vício, por depravação moral, por “especulação, por dinheiro, por tendência prostitucional, por espírito “de variedade (*souvent femme varie...*), por levandade, por imi- “tação, por capricho, por curiosidade. Isso de adultério por amor “não passa de um sovado e tedioso tema de literatura contemporã- “nea, *more gallico*, da qual já disse alguém que podia ser assim de- “nominada: “as mil maneiras de cozinhar o adultério”... No que “diz respeito ao homem (que não é precisamente o *macacus silenus*, “do qual se conta que é fiel à sua companheira até a morte), quando “não se limita a satisfazer, *extra matrimonium*, um impulso sexual “de momento, e val até o concubinato, não é só o amor (que, no “caso, costuma transformar-se numa variante de *masoquismo*, que “o vulgo apelida de *coronelismo*) que influi, mas também uma “grande dose de inescrúpulo, de descaramento, de impudor, de “cínico desprezo pelas conveniências sociais. E quando se tem em “vista a ausência ou *minima pars* do amor em coisas de adultério, “é que se torna manifesta a sem-razão daqueles que, à maneira de “FERRI, pleiteiam, na espécie, o divórcio *a vínculo* como um *substi- “tutivo penal*. Como se o adultério não se praticasse nos países “onde há o divórcio radical, e isto sem que o cônjuge adúltero pro- “voque a dissolução do vínculo matrimonial, evidenciando a persis- “tência do seu afeto pelo cônjuge inocente... Outra objeção à “ilicitude penal do adultério é a referente à inutilidade das penas “cominadas, pois estas não conseguem impedi-lo. O argumento “prova demais, de vez que levaria, logicamente, à conclusão de que “deveriam ser abolidos os Códigos Penais, porque, apesar deles, a “delinquência persiste. Assim como há de haver sempre homicídios “e furtos, desafiando as sanções penais, também os adultérios se “reproduzirão indefinidamente, e com maior freqüência, como será.



xo” profundamente situado na psique humana. Já na lendária história grega, Édipo, incestuoso,

*“Os dois olhos às mãos as órbitas arranca,  
em sangue borbotando, em lágrimas fervendo,  
para o pavor matar da apagada retina”,*

e vai, amparado por Antígona, sua filha e irmã, expiar o horror do seu crime, caminhando errante, de cidade em cidade.

Aquele que viola esse sentimento deve ser punido por crime contra a família, tal como acontece em várias legislações.

---

“natural, se vier a ser cancelada a ameaça penal. A não ser que “os adversários desta, ao invés do paliativo do divórcio, consigam “reviver o costume medieval dos cintos de castidade... Repetindo-se um gracejo do bispo de Camus, segundo o qual era preferível “chamar-se *Cornelius Tacitus* a chamar-se *Cornelius Publius*, argüindo-se ainda que o processo penal por motivo de adultério só serve “para aumentar o ridículo em torno ao marido enganado. Em primeiro lugar, o legislador penal não pode inclinar-se, submisso, ao “detestável e crudelíssimo costume, inspirado pelo áspero gáudio “com a desgraça alheia, de ridicularizar o esposo traído. Incumbe “à lei penal uma alta e vigilante função ética, e não pode ela “abster-se de influir no sentido da eliminação de um desarrazoado “preconceito. Além disso, como pondera MAGGIORE, a lei, punindo “o adultério, servirá, pelo menos, ao homem de espírito emancipado, “que não prefira a honra de minotauro silencioso à pretensa desonra “de um processo. Invoca-se também que o escândalo do processo “penal vai refletir-se sobre inocentes, que são os filhos do casal. “Ora, este argumento conduz *ad absurdum*: para serem coerentes, “os impugnadores da incriminação do adultério deviam pleitear, no “mesmo passo, a abolição das ações de divórcio, de desquite ou de “anulação de casamento, para onde também se carreiam, escandalosamente, as intimidades mais vergonhosas e deprimentes. “Diz-se, finalmente, que o adultério, por sua vulgaridade, já não “ofende o *mínimo ético* que compete à lei penal assegurar. A ética “de nossos dias, afirma-se, já se teria afeiçoado ao conceito de “DUMAS FILHO, para quem “o casamento é uma corrente tão pesada, “que são precisos *três* para carregá-la”... Somente sociólogos de “gabinete, que vão buscar o seu *ambiente social* nas ficções livrescas,

Tanto para o adultério, como para o incesto, parecem-nos válidos os conceitos da *Exposição de motivos* do Código

“é que podem asseverar semelhante inverdade, desapercibendo-se da repulsa e isolamento imediatos a que, por higiene moral, são condenados na vida social, não as vítimas da maledicência ou da calúnia sussurrada pelos discípulos de D. Basílio, mas os adúlteros autênticos. Embora adversário da punição do adultério, LEMOS BRITO não abstrai ou disfarça a realidade dos fatos: “A sociedade, neste particular, é tão exigente, que não admite seja a esposa ao menos suspeitada. Ela tem de ser rigorosa, absolutamente honesta, ou estará perdida. Neste caso, o homem sentir-se-ia arrastado na sua queda. O esposo aparece, logo, como um tolerante, um fraco, um miserável, e nada repugna mais à sociedade do que essa tolerância. Tudo se retrai dele e dela se retransse. Estabelece-se como um vazio em torno desse lar.” Nenhuma razão convincente existe para riscar-se dos Códigos a figura criminal do adultério. Convenha-se que, para a legitimidade da incriminação, não vale dizer que a fidelidade conjugal mereça, como um fim em si mesma, a tutela penal. Nem se compreenderia que, se a *ratio* da incriminação se limitasse à “garantia desse *dever jurídico*, também incidisse na sanção penal, de par com o cônjuge adúltero, o seu co-réu, para quem o compromisso de fidelidade conjugal é *res inter alios acta*. Tampouco se pode dizer que o motivo da incriminação é a necessidade de evitar-se a *commixtio* ou *turbatio sanguinis* no seio da família, pois, com semelhante critério (só referível, aliás, à punibilidade do adultério da mulher), a mulher casada estéril ou que se premunisse do *condom* ou de outro meio anticonceptivo, poderia prevaricar livremente. O fundamento da punição é, e nem podia deixar de ser, um inconfundível interesse de ordem social: defesa da organização ético-jurídica da vida sexual familiar. É condição necessária ao êxito e segurança da organização da família o exclusivismo da recíproca posse sexual dos esposos. Com o adultério, implanta-se a discórdia no lar, sobrevém a separação do casal, operam-se o dismantelo e a ruína do núcleo familiar, ainda quando não se apresente o epílogo de dramas sangrentos ou sinistras represálias de ódio. Com o deixar de reprimir o adultério, a lei penal não só faltaria à sua finalidade, abdicando de sua função tutelar da disciplina social, como estaria incentivando, indiretamente, as expansões do *passionalismo* brutal, a feroz vindita privada contra o cônjuge infiel e seu cúmplice, achados ou não *in ipsiis rebus venereis*.”

(n.º 77), de que a impunidade não vai bem com o preceito constitucional que coloca a família “sob proteção especial do Estado”; são relações sexuais fonte de filhos sem direitos de família, pois a obrigação alimentar decorre simplesmente do *parentesco* e é extremamente limitada em relação a eles (Código Civil, art. 405).<sup>9</sup>

Nas Ordenações Filipinas, L. 5.º, Tít. 25, § 2.º, e Tít. 27, “Dos que dormem com suas parentas e afins”, punia-se o incesto entre ascendentes e descendentes (os culpados eram feitos “por fogo em pó”); com irmã, nora, madrastra, sogra, enteada (pena de morte); entre parentes até o quarto grau (degredo); entre cunhados. Para o adultério, havia sempre o perdão do marido: tomava-se por termo e a mulher era logo solta; o perdão não atingia o comparsa. Se o marido *consentia* no adultério, era açoitado, e a mulher se impunham “capelas de cornos”, e havia degredo para o Brasil ou África. Veremos, nas anotações aos dispositivos do seu Título VII, de que modo o Código muniu de sanções penais os deveres constantes da solidariedade doméstica, na sua política de proteção à família.

---

<sup>9</sup> Vide, contudo, a Lei n.º 1.207, de 1950.

## CAPÍTULO I

## Dos crimes contra o casamento

Bigamia

*Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:*

*Pena — reclusão, de dois a seis anos.*

*§ 1.º Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.*

*§ 2.º Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.*

Induzimento  
a erro es-  
sencial e  
ocultação de  
impedi-  
mento

*Art. 236. Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:*

*Pena — detenção, de seis meses a dois anos.*

*Parág. único. A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.*

Conheci-  
mento pré-  
vio de im-  
pedimento

*Art. 237. Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta:*

*Pena — detenção, de três meses a um ano.*

Simulação  
de autoridade  
para celebração de  
casamento

*Art. 238. Atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento:*

*Pena — detenção, de um a três anos, se o fato não constitui crime mais grave.*

Simulação  
de casamento

*Art. 239. Simular casamento mediante engano de outra pessoa:*

*Pena — detenção, de um a três anos, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.*

Adultério

*Art. 240. Cometer adultério:*

*Pena — detenção, de 15 dias a seis meses.*

§ 1.º *Incorre na mesma pena o co-réu.*

§ 2.º *A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de um mês após o conhecimento do fato.*

§ 3.º *A ação penal não pode ser intentada:*

*I, pelo cônjuge desquitado;*

*II, pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.*

§ 4.º *O juiz pode deixar de aplicar a pena:*

*I, se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;*

*II, se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil.*

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: italiano, arts. 556 a 563; alemão, §§ 170 a 172 e 338; suíço, arts. 214 e 215; francês, arts. 336 a 340 e 199; espanhol, arts. 471 a 479; belga, arts. 264, 265, 387 a 389 e 391; norueguês, §§ 209, 220 e 221; polonês, arts. 197 e 198; dinamarquês, arts. 208 e 209; holandês, arts. 237, 238 e 241; austriaco, §§ 205 a 208; húngaro, §§ 246, 251 a 253, 255 a 257; soviético, art. 88; português, arts. 136, § 2.º, 336, 337, 401, 402 e 404; sueco, cap. XVII;

chileno, arts. 375 a 389; argentino, arts. 118, 134 a 137; mexicano, arts. 273 a 276 e 279; boliviano, arts. 564, 565, 428 a 434, 436 a 439, 441, 442 e 447; peruano, arts. 212 a 216; uruguaio, arts. 263 a 265; colombiano, arts. 358 e 359.

**BIBLIOGRAFIA** — VASSALI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, 1932; *Sulla definizione del delitto di bigamia e sui rapporti fra l'azione di nullità del matrimonio e l'azione penale*, in *Scuola Positiva*, 1923, parte 1.<sup>a</sup>; DURANTE, *Bigamia*, in *Digesto Italiano*; MARSICH, *Sulla nozione del reato permanente e sul carattere istantaneo della bigamia*, in *Scuola Positiva*, 1926, parte 2.<sup>a</sup>; TUOZZI (P.), *I delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, in *Enciclopedia* de PESSINA, vol. IX, 1909; CALOCERO (C.), *Dei delitti contro il buon costume e contro l'ordine delle famiglie*, in *Trattato* de COGLIOLO, vol. II, parte 1.<sup>a</sup>, 1890; GIOFFREDI (R.), *Bigamia*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, 1937; PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 1926; JANNITTI-PIROMALLO (E.), *Dei delitti contro la famiglia*, in *Il Codice Penale Illustrato*, articolo per articolo, vol. III; ALIMENA (B.), *Principii di diritto penale*, II, 1912; CARRARA (F.), *Programma*, parte especial, volume III, 1909; SCHIAPPOLI, *Il matrimonio nel diritto canonico*, 1929; BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764; GARRAUD (R. e P.), *Traité th. et prat. du droit pénal français*, 1935; VIDAL-MAGNOL, *Cours de droit criminel*, 1928; MANZINI (V.), *Trattato di diritto penale*, VII, 1936; RICCIO (Stef.), *La bigamia*, 1934; CAMPOS (Fr.), *Exposição de motivos*, 1940; GAMBAROTTA (G.), *L'adulterio*, 1898; BENNECKE (H.), *Die strafrechtliche Lehre vom Ehebruch (A doutrina penal do adultério)*, 1889; BENI CARVALHO, *Crimes contra a religião, os costumes e a família*, 1943; IRURETA GOYENA, *Delitos de aborto, bigamia y abandono de niños y otras personas incapaces*, 1932; IMPALLOMENI, *Il Codice Penale Illustrato*, 1890; SALTELLI-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, vol. II, parte 2.<sup>a</sup>, 1931; MARCINANO (G.), *Il nuovo Codice Penale (Innovazioni)*, 1932; ROCCO (Marco), *L'assenza in rapporto ai delitti d'adulterio e di bigamia*, in *Rivista Penale*, 1927; MANFREDINI, *Delitti contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale*, de FLORIAN, 1934; SIQUEIRA (G.), *Direito Penal Brasileiro*, II, 1924; *Código Penal Brasileiro*, 1941; MACEDO SOARES, *Código Penal*, 1908; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, V, 1943; PEIXOTO (Afr.), *Medicina Legal*, 1910; HUNGRIA (N.), *Compêndio de direito penal*, parte especial, 1937; *Questões jurídico-penais*, 1940; LACERDA (R. Côrtes de), *Do casamento religioso para efeitos civis e do casamento civil*, 1936; RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936; SOLER (S.), *Derecho Penal Argentino*, III, 1945; LAMBERT (E.), *Intro-*



dução aos Códigos Civis Soviéticos, Biblioteca de Direito Comparado de Lião, 1925; MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*; MAYNZ, *Droit romain*; PAULA PESSOA, *Código de Processo Criminal*, 1882; FERREIRA ALVES, *Do direito das sucessões*, 1928; CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*, 1917; CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*; PONTES DE MIRANDA, *Direito de Família*.

## COMENTARIO

### BIGAMIA

89. **Pressupostos.** No direito canônico, o sacramento do matrimônio tem um fim principal, o da procriação e educação da prole, e um fim secundário, *remedium concupiscentiae* (Cân. 1.013). *Rato* diz-se do casamento ainda não consumado; *rato* e *consumado* “*si inter conjuges locum habuerit conjugalis actus, ad quem natura sua ordinatur contractus matrimonialis et quo conjuges fiunt una caro*” (Cân. 1.014). Realiza a consumação, fica indissolúvel o casamento, pois, mediante essa união, fazem-se os cônjuges dois em uma só carne; antes de consumado, não obteve o casamento a sua plenitude, e o matrimônio é dissolúvel (SEHLING). Nosso Código Civil apartou-se dessa concepção, inclinando-se para o sistema romano — *nuptias non concubitus, sed consensus facit*, ou, mais completamente, para o casamento bastam o *consentimento* e a *intenção* — *affectio maritalis* (MAYNZ ob. cit., § 390).

Para o nosso Código, basta o *consentimento formal*, por meio de celebração solene (arts. 194, 199, parág. único, e 200), nem mesmo sendo necessário o termo de casamento que é simples meio de prova, e não único (arts. 202, parágrafo único, e 205). No caso de viverem as pessoas na posse do estado de casados, o conflito de provas acerca da celebração aproveita à existência do casamento. Havendo, pois, casamento *vigente*, comete bigamia o consorte que contrai outro casamento com pessoa diversa da do outro cônjuge. Pouco importa que um ou ambos os casamentos sejam nulos ou anuláveis; ocorrerá bigamia, porque a lei atende à existência

formal do casamento, à sua *vigência*, e não à sua validade; o casamento, se nulo, é vigente até que a nulidade seja declarada, e, se, anulável, até que seja anulado. Em qualquer caso, é necessária sentença passada em julgado em ação ordinária (Código Civil, art. 222). O desquite deixa vigente o *casamento*; termina somente a sociedade conjugal (Código Civil, art. 315, III e parág. único). Se, vigente o primeiro, o cônjuge contrai mais de um casamento, haverá tantos crimes de bigamia quantos os casamentos contraídos depois do primeiro. As penas somam-se, na forma estabelecida para o concurso material de infrações no art. 51 do Código Penal.

Poderá o réu opor, como defesa, na ação penal, a *inexistência* de um dos casamentos? Distingue-se o casamento nulo do inexistente. “O casamento inexistente é aquele que “não carece de ser anulado pela justiça, e cujos efeitos qual-quer um pode contestar a todo tempo: tal o casamento contraído entre pessoas do mesmo sexo, ... o celebrado por “pessoa sem nenhuma qualidade para celebrá-lo, tal como “um notário, ... aquele em que não houve absolutamente “manifestação do consentimento, como no caso em que um “dos contraentes respondeu negativamente à pergunta do “celebrante.” (DALLOZ) A tendência é restringir os casos de *inexistência*, em proveito da putatividade do casamento. Assim, no caso de falta absoluta de qualidade do celebrante, fala-se de *nulidade*, não de *inexistência* (LACERDA, *Do casamento religioso para efeitos civis e do casamento civil*, notas 101 e segs.). A pergunta acima feita deve-se responder pela negativa, em princípio; como, porém, na generalidade dos casos, as exigências da prova imporão a necessidade de pleitear-se a declaração de *inexistência* do casamento por ação ordinária declaratória, haverá prejudicial de devolução facultativa.

Se o pressuposto do crime vem a faltar, pela declaração de nulidade, ou pela anulação de um dos casamentos, o crime é considerado *inexistente*, na forma do § 2.º do art. 235. Dado o sistema adotado, o caso era de *extinção* (Código italiano,

art. 556, última alínea: “o crime é extinto... e, se houve condenação, cessam a execução e os efeitos penais”). Como disse Rocco, em sua *Relazione*, “*il reato, in quanto ebbe origine e vita dal fatto violatore del divieto del secondo matrimonio in costanza del primo, ebbe esistenza; esso, quindi, potrà estinguersi, ma non aversi come inesistente. Considerandolo inesistente, verrebbe a rinnegarsi il principio affermato nella prima parte dello stesso articolo.*” Ora, o nosso art. 235 é idêntico à primeira parte do art. 556 do Código italiano. Com propriedade, diz a *Exposição de motivos* do ministro FRANCISCO CAMPOS: “O crime de bigamia existe desde “que no tempo do segundo casamento estava vigente o primeiro, mas, se este, a seguir, é judicialmente declarado nulo, “o crime se *extingue*, pois que a declaração de nulidade retroage *ex tunc*. Igualmente, não *subsistirá* o crime, se o “segundo casamento é declarado nulo...”<sup>10</sup>

Se o elemento material do delito é contrair casamento nas condições jurídicas indicadas, o elemento psíquico é o dolo genérico consistente na *vontade de contrair novo matrimônio na vigência do anterior*, entendido o dolo como está definido no art. 15, I. O erro sobre o elemento material do crime isenta da pena, na forma do art. 17, *verbi gratia*, se o agente cuidava ter sido anulado o primeiro casamento ao contrair o segundo, respondendo pelo crime, em tal caso, o terceiro que o tenha induzido ao erro (art. 17, § 2.º).

Se o bigamo conseguiu o segundo casamento induzindo em erro o outro contraente sobre o elemento material da infração, isto é, fazendo-o crer não estar ele ligado a anterior casamento, não há agravação de pena, nem dois crimes. Difere o Código, neste ponto, do Código italiano, segundo o qual haverá aumento de pena se o culpado induzir em erro a pes-

<sup>10</sup> Deve-se, porém, reconhecer que a técnica do Código não conhece “extinção do crime”, mas, sim, “extinção da punibilidade”. No caso, não se trata de causa extintiva da punibilidade, isto é, renúncia do *jus puniendi* por motivo subsequente ao crime. O que ocorre é a insubsistência de um elemento essencial do crime, de modo que é explicável o texto do § 2.º do art. 235.

soa, com a qual contraiu matrimônio, sobre a liberdade do próprio estado ou a do agente (art. 556, segunda alínea).

Se um dos casamentos foi casamento *religioso*, contraído nos termos da lei n.º 1.110, de 23 de maio de 1950, deve notar-se que cometia bigamia aquele que contrairisse “novo casamento, civil ou religioso com efeitos civis, depois de celebrado casamento religioso na conformidade desta lei, *ainda que este se não ache inscrito no registro civil*” (Lei n.º 379, art. 9.º). É que o registro é que dá ao casamento religioso efeitos civis (lei n.º 379, art. 8.º, § 2.º). Daí a necessidade daquele dispositivo especial (LACERDA, *Casamento civil e religioso*, obs. 169). O dispositivo da lei n.º 379 tinha o defeito de punir por bigamia o cônjuge quando o segundo casamento era válido (LACERDA, ob. cit., obs. 170). O dispositivo em apreço acha-se revogado pelo Código Penal (arts. 235 e 360). Se qualquer dos dois casamentos se *dissolver* pela morte de um dos cônjuges, esse fato nenhuma influência exerce sobre o crime *cometido*, que subsiste em todos os seus elementos.

90. Casamento de “*solutus*” com pessoa casada. Diz o § 1.º: “Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.” Pune o Código italiano como co-autor o que, não sendo casado, casa com pessoa casada. Também comete bigamia e é punido com a mesma pena. No nosso Código, há bigamia, mas a pena é atenuada. É necessário, diz o Código, que o agente saiba que o outro contraente é casado, o que não precisava ser dito, como não se disse no Código italiano, pois, se há erro de fato, não há punibilidade (art. 17 do nosso Código): o erro, quanto ao elemento material da infração, exclui o dolo, o elemento psicológico essencial, como já ficou dito.

91. Bigamia de menores. O art. 23 do Código dispõe que “os menores de 18 anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Este artigo derroga o art. 21 do Código de Menores,

que, por sua vez, derogara o art. 65 do Código Penal de 1890. O menor de 18 e maior de 14 anos era penalmente responsável, nos termos do art. 3.º, § 20, da Lei n.º 4.242, de 5 de janeiro de 1921: “O menor indigitado autor de crime ou contravenção, que contar mais de 14 e menos de 18 anos, será submetido a *processo especial*...”, não havendo *condenação* no caso do § 25 do mesmo artigo (contravenção que não revelasse vício ou má índole). Usando de autorização contida na citada lei, baixou o Governo, com o dec. n.º 16.272, de 20 de dezembro de 1923, *regulamento* à mesma lei, o qual, um tanto exorbitante da autorização (art. 25 e seu § 5.º), mantinha a responsabilidade penal ao menos para os menores de 18 e maiores de 16 anos (§ 5.º, citado), e até mesmo para os maiores de 14 anos (art. 56). Mais tarde, o dec. leg. número 5.083, de 1 de dezembro de 1926, autorizou o Governo a *consolidar* a legislação especial sobre assistência e proteção aos menores, sob a denominação de “Código de Menores”, mas esse dec. manteve a responsabilidade penal dos menores de idade entre 14 e 18 anos (arts. 46, 47, 48, 49, 51 e 57). O Código de Menores, que é uma *consolidação*, no seu art. 71, fala da responsabilidade do menor entre 16 e 18 anos, limitando-a, de modo a parecer excluir a responsabilidade dos menores de 16 anos e, em certos casos, a dos menores de 18 e maiores de 16 anos. Daí o disposto no art. 65 da Consolidação PRAGIBE, cuja primeira edição fazia remissão ao art. 65 do Código Penal e ao art. 71 do Código de Menores. Foi assim, ao que nos parece, que se introduziu a irresponsabilidade penal dos menores de 18 anos, salvo na hipótese do dito art. 71 do Código de Menores. Foi este, porém, revogado pelo vigente Código Penal, que estabeleceu a irresponsabilidade penal completa para os menores de 18 anos, afastando-se do modelo italiano, e das leis anteriores, bem como até certo ponto da filosofia que adotou, pois que aceitou o “livre-arbítrio” como base da responsabilidade penal, como se vê do n.º 18 da *Exposição de motivos* do eminente professor FRANCISCO CAMPOS. Aí está dito: “Não cuida o projeto dos *imatuross* (menores de

“18 anos), senão para declará-los inteira e irrestritamente “fora do direito penal (art. 23), sujeitos, apenas, à *pedagogia corretiva* de legislação especial.” Assim, a idéia de *proteção*, de *reeducação*, sobrelevou a de *livre arbítrio*, de *liberdade moral*, neste passo. É uma questão de *preferência*, e, a nosso ver, teria sido preferível baixar para 16 anos o limite fixado em 18, para que se uniformizasse o direito penal com o civil, que fixa a idade de 16 anos para a cessação da incapacidade *absoluta*, permitindo aos maiores de 16 anos, quando mulheres, o *casamento*. É, sem dúvida, estranhável que uma mulher casada, de 17 anos, que mata o marido, para fugir com o amante, e no gozo de suas faculdades mentais, não tenha responsabilidade penal, e fique sujeita ao juiz de menores. O Código italiano, aceitando, como o nosso, a responsabilidade moral, ou, melhor, afastando o problema do livre-arbítrio, por metafísico, assim dispõe: “*Menores de 18 anos*. É “imputável aquele que, no momento em que cometeu o fato “tinha completado 14 anos, mas ainda não os 18, *se tinha “capacidade de entender e de querer*; mas a pena é diminuída.” Mas, como se dispõe no Código, a mulher menor de 18 anos que cometer bigamia está isenta de pena, ficando sujeita a *medidas* adotadas na legislação especial sobre menores, e à jurisdição do Juízo de Menores.

92. **Consumação e tentativa no crime de bigamia.** A bigamia é considerada *delito instantâneo de efeitos permanentes*, faltando-lhe, como notava Rocco, um dos caracteres distintivos do crime permanente, verdadeiramente tal, ou seja, a possibilidade, por parte do sujeito ativo, de fazer voluntariamente cessar o estado antijurídico, isto é, o estado de bigamia, resultante de um segundo casamento na constância do primeiro. O *momento executivo* está em *dar o sujeito ativo consentimento para casar*, na celebração (Código Civil, arts. 194 e 200, III). Os atos praticados para o advento da ocasião dessa *declaração de vontade* são *preparatórios*, não podem ser tomados como atos de *execução*, pois esta começa e



*acaba com a declaração de vontade, e não começa sem a declaração. Se, no momento em que o agente vai responder sim ou não à pergunta do celebrante, surge alguém e o denuncia, não se pode dizer que a execução se haja interrompido independentemente da vontade do agente, que tanto poderia ter respondido sim como não, e posto que no sim estaria toda a execução. Atos preparatórios para prestação da declaração de vontade são sempre equívocos. Se o contraente, porém, já deu o sim, e o juiz levantou a solenidade antes de declarar casados os nubentes, por lhe ser denunciado que o contraente já era casado, houve tentativa, porque o crime só não se consumou por motivos independentes da vontade do agente. É a opinião de MANFREDINI, que assim se pronuncia: "... poichè l'esecuzione del delitto sta nella celebrazione del matrimonio nelle forme legali e cioè nella prestazione del mutuo consenso davanti all'Ufficiale dello stato civile, noi non vediamo una impossibilità di tentativo; come nel caso di chi abbia risposto il sì di rito e la celebrazione sia interrotta prima che l'altro conjuge risponda per dichiarare il suo consenso; oppure risponda negativamente al consenso stesso: é ovvio che il matrimonio non ebbe celebrazione, non fu consumato il materiale delittuoso; ma colui che risponde il sì ove concorrono gli altri elementi, è certo colpevole di tentativo per questo titolo, giacchè commise atti esecutivi del delitto, concretati in atti esecutivi del matrimonio."*

Caso de tentativa dá-se no casamento religioso, quando, ligado alguém por um casamento de efeitos civis (civil ou religioso), contrai outro na forma da lei n.º 1.110, de 1950, não seguido de registro por circunstâncias independentes da vontade do contraente (JANNITTI-PIROMALLO, ob. cit., pág. 172). É que, neste caso, seus atos — a habilitação civil, a manifestação do consentimento na celebração — são inequívocos, são manifestação do consentimento, e o registro nem mesmo dependia mais de sua vontade.

No caso do art. 200 do Código Civil (casamento nuncupativo), dado o *sim*, haverá tentativa se o juiz, ao verificar a

idoneidade dos cônjuges, declare, inidôneo um deles por ser casado (art. 200, § 2.º). Em tal hipótese, a execução começara (pela prestação do consentimento) e só não se consumara porque o juiz competente para verificar a idoneidade dos cônjuges declarou um deles inidôneo, não tendo, pois, havido casamento, com o termo retroativo do § 4.º do artigo 200: assim, a consumação só teria deixado de se verificar por circunstância independente da vontade do agente. Não se poderá cogitar, no caso, de bigamia consumada, embora o § 2.º fale em *idoneidade dos cônjuges* (queria dizer dos contraentes), dando a entender que o casamento se consumou pela declaração dos nubentes perante as seis testemunhas. É que a *existência do casamento*, neste caso, depende de condição — a transcrição da sentença do juiz, a que se refere o art. 200, § 4.º —, e condição *suspensiva*. Se houve a transcrição, consumou-se a bigamia.

No caso de casamento por procuração, cuja celebração não teve lugar por circunstâncias alheias à vontade do agente, pode dar-se tentativa de bigamia.

**93. Divórcio anterior.** O anterior divórcio *a vínculo* obtido no estrangeiro excluirá a bigamia? Em face do § 6.º do art. 7.º da nova Lei de Introdução ao Código Civil, o divórcio absoluto só é reconhecível no Brasil quando decretado legalmente em país estrangeiro e entre estrangeiros; se um dos cônjuges é brasileiro e o outro estrangeiro; só será reconhecido o divórcio quanto a este, que, entretanto, não poderá casar-se no Brasil. Assim, fora da primeira hipótese (divórcio de estrangeiros no estrangeiro), e ressalvado o caso de novo matrimônio, *fora do Brasil*, do cônjuge estrangeiro divorciado do brasileiro no estrangeiro, o precedente divórcio não excluirá a bigamia. Agora, se dois brasileiros, casados no Brasil, e divorciados *a vínculo* no estrangeiro, vem um deles a casar-se novamente no *estrangeiro*, não há, perante a lei brasileira, crime de bigamia, se a lei *estrangeira* não considera bigamia o segundo casamento; mas, se o segundo casa-

mento foi celebrado *no Brasil*, o crime existirá. Se dois brasileiros se casam no Brasil, ou no estrangeiro, desquitam-se no Brasil, e um deles casa com terceira pessoa, brasileira ou não, *no estrangeiro*, e se o casamento é lícito segundo a *lei estrangeira*, também não haverá bigamia.

34. Pena. No direito romano, a bigamia acarretava a *infâmia*; depois, com a *Lex Julia de adulteriis*, passou a ser punida com penas mais severas: as do adultério para a mulher (morte e confisco) e as do *stuprum* para o marido. O direito das Ordenações, influenciado pela concepção de ser o matrimônio um *sacramento* e a bigamia grave *pecado*, punia o crime com a morte, além de, por direito canônico, ser caso de excomunhão. O Código de 1830, cedendo à filosofia do século XVIII, cujos princípios foram introduzidos no direito penal sobretudo por BECCARIA, cominava a pena de prisão com trabalho, por um a seis anos, e multa correspondente à metade do tempo. O art. 283 do Código ab-rogado punia o crime com prisão celular por um a seis anos. No novo Código, como no italiano, considera-se, em primeiro plano “*l'interesse dello stato a punire la violazione del principio monogamico*”, ou o detrimento à família, que, segundo alguns, pode ser considerada como verdadeira instituição *política*; a pena é, no mínimo, o duplo do que era no primeiro Código republicano, mantido o mesmo máximo. É reduzida de metade a pena para aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conservado, nesta parte, o critério da lei anterior, que minorava de um terço a sanção cominada ao tipo fundamental da bigamia.

35. Questão prejudicial. Dispõe o § 2.º do art. 235: “Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.” O dispositivo fala em *anulado*, mas, deve-se entender, *anulado* ou *declarado nulo*. São motivos de *nulidade* os dos arts. 207 e 208 do Código Civil; de *anulabilidade*, os do art. 209 do mesmo Código. O ajuizamento da ação

civil pode constituir *prejudicial* em relação ao processo penal. Dispõe o art. 92 do Código de Processo Penal: “Se a decisão “sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o *estado civil* das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até “que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença “passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição “das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.”

**96. Prescrição.** A prescrição é causa de extinção de punibilidade (art. 108, IV). Antes de transitar em julgado a sentença final na ação penal, regular-se-á pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada na lei. Assim, a punibilidade do crime do art. 235, cujo máximo da pena de reclusão é de seis anos, extingue-se, por prescrição, em 12 anos (art. 109, III); nas mesmas condições, a punibilidade do crime do § 1.º do art. 235 extingue-se em oito anos (art. 109, IV). Se houver sentença condenatória passada em julgado, a prescrição regular-se-á pela pena imposta (art. 110) e consumar-se-á nos prazos determinados no art. 109. Se a sentença condenatória passou em julgado *para o Ministério Público, ou a parte acusadora*, aplica-se esta última regra (art. 110, parág. único). Reincidente o condenado, aumenta-se de um terço o prazo da prescrição, que corre depois da sentença condenatória (art. 110, *in fine*). O disposto no art. 110 tem por escopo individualizar a impunibilidade resultante da prescrição; como, porém, pelo art. 112, o prazo da prescrição, calculado com base na pena *in concreto*, começará a correr, em qualquer caso, de um termo sempre colocado *depois da sentença condenatória*, resultará *praticamente* quase nenhuma essa concessão feita aos réus como corolário do princípio da individualização, que encontraria maior aplicação se o curso da prescrição se iniciasse a partir de *quando pudesse ser exercitada a ação penal* na forma do art. 111, d. Depois da sentença, entretanto, o começo do curso da prescrição regular-se-á pelo art. 112, sendo este passível da *suspensão* do parágrafo único do art. 116 e das interrupções do art. 117.

Quanto à prescrição *antes da sentença passada em julgado*, ficará *suspensa* nos casos do art. 116, interrompida nos casos do art. 117, e começará a correr “da data em que o fato se tornou conhecido” (art. 111, d). *Da data em que o fato*, isto é, a bigamia, *se tornou conhecido*, devendo entender-se: conhecido da autoridade pública.<sup>11</sup> Tal *conhecimento* deve ser presumido quando se fez notório ou foi noticiado por meio de ampla divulgação, como sejam *imprensa, rádio, etc.* (NÉLSON HUNGRIA, *Novas questões jurídico-penais*, pág. 116). O nosso Código adotou critério diverso do acolhido pelo Código italiano, cujo art. 557 dispõe que “o termo da prescrição decorre “do dia em que foi *dissolvido* (pela morte, nulidade ou anulação) um dos dois casamentos ou declarado nulo o segundo por bigamia”, tendo em conta que esta, apesar de crime *instantâneo*, tem efeitos permanentes: enquanto não cessa a permanência dos efeitos, não corre a prescrição, vivos estando o escândalo e a situação contrária à ordem pública e violadora da lei penal.<sup>12</sup>

### INDUZIMENTO A ERRO ESSENCIAL E OCULTAÇÃO DE IMPEDIMENTO

97. **Induzimento a erro essencial.** É a figura criminal prevista no art. 236, primeira parte, consistindo no fato de “contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro cônjuge”. Deve entender-se que o *induzimento* é o que se alcança mediante emprego de *fraude*, não bastando a simples reticência. São condições de punibilidade, segundo dispõe o parágrafo único do citado artigo, a *queixa* do cônjuge enganado e o haver transitado em julgado a sentença que, por motivo do erro, anular o casamento.

<sup>11</sup> ALCÂNTARA MACHADO criticou, no Congresso, a disposição da Lei n.º 252, de 1936. Fica, sempre, o equívoco: *conhecido de quem?* Além disso, não se cogita do *uso*; neste, a prescrição é da data do *fato*.

<sup>12</sup> Se o bigamo usou, na habilitação, *v. g.*, de certidão falsa do óbito do cônjuge, responde também pelo uso de documento falso: ver a nota no final destes comentários.

O Código Civil, no seu art. 218, declara *anulável* o casamento, “se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro”, e, no art. 219, explica: “Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro “cônjuge: I, o que diz respeito à identidade do outro cônjuge, “sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao “cônjuge enganado; II, a ignorância de crime inafiançável, “anterior ao casamento, e definitivamente julgado por sentença condenatória; III, a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave “e transmissível por contágio ou herança, capaz de pôr em “risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; “IV, o defloramento da mulher ignorado pelo marido.”

O erro sobre a identidade pode versar: a) sobre a identidade física ou individual; b) sobre a identidade civil, quando o contraente casa com pessoa oriunda de família diversa daquela de que acreditava originária a pessoa com quem casou (erro quanto à filiação). Em qualquer desses casos, a anulação do casamento só poderá ser demandada pelo cônjuge enganado (a ação é *personalíssima*, não se transmite aos herdeiros). O cônjuge enganado, depois de passada em julgado a sentença anulatória, poderá usar da ação penal, que é, também, *privativa* dele (art. 236, parág. único). A prescrição, relativa à ação penal, somente corre da data em que, por motivo do erro essencial, foi anulado o casamento em sentença passada em julgado; e o direito de *queixa* incorre em decadência, se não exercido dentro no prazo de seis meses (artigo 105), contado da mesma data, *ex vi* do parág. único do art. 236.

A criação da figura criminal em apreço é inovação do Código, e é evidente a influência que terá nas ações de anulação de casamento fundadas em erro essencial: o outro cônjuge esforçar-se-á por defender-se na ação civil para não ficar sujeito à ação penal por parte do cônjuge inocente. Por outro lado, impõe-se maior rigor restritivo nas anulações de



casamento, porque, além dos efeitos civis, a sentença anulatória dará ensejo ao processo criminal.

No juízo penal, deve ficar bem apurado que foi com meios fraudulentos que se induziu em erro o cônjuge inocente. Se o fato sobre que versa o erro era aparente (por exemplo, se o cônjuge sofria de tuberculose, lepra), e o acusado não empregou meio *comissivo* (exibição de um atestado médico, etc.), parece faltar um elemento do crime. Se o defeito era oculto (v. g.: sofrer o cônjuge de um câncer interno, de cuja existência sabia e não avisou ao cônjuge inocente), ainda assim é duvidosa a existência do crime. São necessários atos positivos para ocultar o fato cuja ignorância constitui o erro. É preciso o *induzimento* em erro, como diz o texto legal. A não ser assim entendido o artigo em questão, resultariam graves consequências: ficar o cônjuge sujeito a processo-crime e pena de seis meses a dois anos só porque, não raro por amor, incerteza, ou esperança, não denunciou ao outro qualquer dos fatos do art. 219 do Código Civil. A sentença anulatória do casamento faz caso julgado sobre este ponto *de fato*: que o cônjuge enganado ignorava a existência do fato sobre que versava o erro. Logo, no crime, é necessária a prova de um elemento *a mais*: ter havido, por parte do outro cônjuge, uma manobra positiva, comissiva, para induzir em erro o seu consorte.

O legislador brasileiro inspirou-se, ao definir o crime em questão, no Código Penal norueguês (§ 221: "*Quiconque contracte un mariage dont l'autre conjoint peut demander la dissolution pour cause d'erreur... est puni*", etc.); mas fora melhor, talvez que, como fez o Código italiano, não cuidasse dele, sobretudo tendo-se em atenção os fatos, cuja ignorância dá lugar a erro essencial, enumerados no art. 219 do Código Civil.

98. Ocultação de impedimento. Na segunda parte do art. 236, é prefigurado o crime de *ocultação de impedimento*, consistente no fato de contrair casamento, ocultando ao outro contraente *impedimento que não seja casamento anterior*.

A lei não diz, como o Código italiano, “ocultar, *com meios fraudulentos*”. Não é, porém, bastante que o cônjuge tenha sido, ao casar, conhecedor do impedimento e o não tenha denunciado; não basta que ele tenha casado *sabendo do impedimento*, ignorado pelo outro. Se o outro contraente também sabia do impedimento, uma vez que a lei diz “ocultando-lhe”, não haverá crime, por faltar um dos elementos. A ação penal é privada, promovida mediante queixa do “contraente enganado”, não podendo, pois, ser intentada por quem tenha qualidade para representá-lo (cf. art. 240, § 2.º; art. 102, § 2.º). É personalíssimo o direito de queixa. Ao revés, no Código italiano, a ação é pública (art. 558). *Ocultar* parece significar *esconder*: é preciso que o contraente tenha *escondido* ao outro a existência do *impedimento*. A fonte do dispositivo teria sido o art. 238 do Código holandês: “*Celui qui, n'étant pas marié, contracte un mariage en laissant, avec intention, l'autre partie ignorer d'un obstacle légal, est puni, si, à cause de cet obstacle, le mariage est déclaré nul, d'un emprisonnement de quatre ans au plus*”; mas entendemos que, não obstante rejeitada a cláusula “com meios fraudulentos” do Código italiano, não se configura o crime com simples fatos *omissivos* ou *mentiras verbais*. Parece-nos que a idéia de *ocultar* (encobrir, esconder, sonegar, disfarçar) o impedimento não consiste em conhecer o contraente o impedimento e *deixá-lo ignorar* do outro, figura esta contemplada no projeto definitivo do Código Rocco, mas de onde foi, depois, retirada. O *ocultar* fica entre o “deixar ignorar” e o “ocultar por meio de fraude”. É preciso ter em conta que o Código Civil não impõe ao contraente a obrigação de *denunciar o impedimento* (arts. 180 e 189). Se bastasse que o contraente soubesse e deixasse o outro ignorar, decerto estaria o artigo redigido por outra forma. De outro lado, há o argumento tirado do art. 237. É necessário um ato positivo de ocultamento, por exemplo: se, pela certidão de nascimento *verbo ad verbum*, o outro contraente podia vir a saber do parentesco, mas o contraente, em vez da certidão, juntou prova de idade equivalen-

te, procurando *esconder* o parentesco, não teria havido, talvez, uso de meio fraudulento, mas houve *ocultamento*. Os impedimentos de que trata o artigo são apenas os que tornam o casamento *nulo* ou *anulável* (art. 183, em combinação com os arts. 207 e 209 do Código Civil), excluído o relativo ao de pessoa já casada, pois em tal caso o crime seria o de bigamia.

Um dos impedimentos previstos na lei civil é o relativo à pessoa *coata*. É bem de ver que, nesta hipótese, o agente não está sujeito à sanção do artigo penal de que ora se trata: não ocultou (nem isso seria possível) ao coato o estado deste. A que pena, então, estará sujeito? A do art. 146, cominada ao autor de *constrangimento ilegal* (detenção por três meses a um ano e multa de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00). Assim, terá pena mais leve o que coage alguém a casar do que aquele que oculta impedimento (metade da pena privativa de liberdade cominada para este, além da multa). O sistema é o mesmo na lei italiana, mas a graduação quantitativa da pena é, ali, respeitada (pena de reclusão *até um ano* e multa para o que ocultou impedimento, art. 558, e de reclusão *até quatro anos* para o caso de *violenza privata*, correspondente ao *constrangimento ilegal* do Código brasileiro). É que forçar a casar é muito mais grave que ocultar impedimento. Cumpre, entretanto, observar que o nosso Código ressalva, para aplicação cumulativa, as *penas correspondentes à violência* (§ 2.º do art. 146). Tratando-se de impedimento resultante da incapacidade para consentir ou manifestar de modo inequívoco o consentimento (Código Civil, art. 183, IX), claro é que não pode o contraente dizer que lhe tenha sido ocultado o impedimento. Se o casamento foi feito com mulher louca, será *anulável* (Código Civil, art. 209) e somente pode ser promovida a anulação pelo incapaz ou por seu representante legal (Código Civil, art. 210, II e III). Anulado o casamento, não haverá lugar para o *crime sexual*, com a presunção de violência do art. 224, porque *interveio casamento*, casamento que só a pedido do próprio incapaz de consentir ou do seu representante legal pode ser anulado, e nunca pelo outro con-

traente conhecedor da incapacidade. Assim, o casamento ilegal será o único meio de ter a mulher alienada ou débil mental relações íntimas com o outro sexo, sem que o representante deste incorra em crime, em face do disposto no artigo 224, b. Juridicamente, a alienada não pode casar, nem ter relações com pessoa do outro sexo, seguindo-se que, legalmente, está ela excluída da vida sexual normal. Se houve casamento com mulher menor de 16 anos ou, mesmo, de 14 anos, também não se pode falar de estupro, pelo mesmo motivo, e tendo em vista o disposto nos arts. 213 a 215 do Código Civil. Igualmente neste caso não se pode cogitar de ocultação de impedimento, anulado o matrimônio. Poderá, todavia, incorrer o agente no art. 237.

Também no crime de ocultação de impedimento, são condições de punibilidade a queixa do contraente enganado (direito personalíssimo, intransferível) e o trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento. Quanto à prescrição e decadência, seguem a mesma regra já firmada em relação ao crime de "induzimento a erro essencial".

### CONHECIMENTO PRÉVIO DE IMPEDIMENTO

99. **Característicos.** A entidade criminal definida no art. 237 difere essencialmente da prevista na segunda parte do art. 236. Em primeiro lugar, só entende com os impedimentos que causem nulidade *absoluta* do casamento, isto é, com os a que se refere o art. 207 do Código Civil, e definidos nos ns. I a VIII do art. 183 do mesmo Código. Em segundo lugar, não é elemento do crime a *ocultação* do impedimento ao outro contraente, bastando provar-se que o agente conhecia o impedimento quando casou. Se ambos os cônjuges conheciam o impedimento, ambos incorrem no crime. O artigo devia ter excluído o impedimento do n.º IV do citado art. 183, como fez o art. 236, porque, se o impedimento é a vigência do casamento anterior, haverá *bigamia*. Da falta pareceria resultar que o bigamo comete, em rigor, os dois crimes em concurso formal, devendo-se-lhe impor a pena do crime mais

grave, aplicada a regra do art. 51, § 1.º, da Parte Geral. Mais exato, porém, será ver no caso crime complexo, que o Código define no art. 103: o crime do art. 237 é, *pela lei*, elemento constitutivo do de bigamia; este crime, para ser cometido, exige, *necessariamente*, que o agente o cometa *conhecendo o impedimento*.

Não é exigida, aqui, a prévia anulação do casamento; de modo que, sendo pública a ação penal, o Ministério Público poderá promovê-la independentemente da decretação de nulidade do casamento, a qual depende de ação ordinária no juízo cível. Todavia, tratando-se de nulidade absoluta, poderá o Ministério Público pleitear a nulidade do casamento antes de propor a ação penal. Poderá, ainda, propor as duas ações simultaneamente, sendo, mesmo, impelido a fazê-lo por causa da prescrição da ação penal, cujo prazo deflui da data do casamento (art. 111, a). A parte ofendida, ou quem tenha qualidade para representá-la, poderá, aliás, oferecer queixa se o Ministério Público não apresentar a denúncia no prazo legal (art. 102, § 3.º), tendo aqui aplicação o disposto nos arts. 102, § 4.º, e 105.

O crime de que se trata é punido com a metade da pena do crime do art. 236: é menos grave, por isso que falta o elemento *engano* ou *fraude*.

Não sendo necessário, como no caso do art. 236, para a ação penal, a prévia declaração de nulidade do casamento, pergunta-se: e se um dos cônjuges já é morto? Neste caso, o direito civil veda que o Ministério Público use de ação para *declarar a nulidade*, ação de que somente pode usar *em vida dos cônjuges*, na forma do art. 208, parág. único, II, do Código Civil (este dispositivo, segundo a generalidade dos autores, dá ação ao Ministério Público, tanto no caso de nulidade do art. 207, como no das nulidades do art. 208). Entretanto, fica o Ministério Público na obrigação de proceder criminalmente contra o cônjuge *sobrevivente*, em face do art. 237 do Código Penal. É um defeito do dispositivo, a nosso ver. Por exemplo: num casamento de irmãos, desde

que um deles morreu, não há mais ação do Ministério Público para obter declaração de nulidade do casamento: cessou o escândalo público, não há interesse público em reavivá-lo. Da mesma forma, não mais se justificaria prodecer no crime, como manda o nosso artigo, contra o irmão sobrevivente, revivendo o fato escandaloso. A condenação criminal, de resto, nenhum efeito terá, na hipótese, sobre a validade do casamento.

#### 100. Efeitos da sentença penal condenatória sobre o cível.

No caso de serem vivos os cônjuges, a condenação penal fará coisa julgada no cível sobre a existência do fato e autoria, podendo ser invocada, em toda a sua força, na ação cível para anular o casamento. Daí o ser necessário grande circunspeção dos juizes e tribunais no apreciar este crime. Se a ação penal for promovida antes de declarada a nulidade do casamento, haverá recurso de apelação *ex officio* da sentença condenatória, embora não o diga a lei, por isso que o julgado no crime sobre o *fato* e a *autoria* terá efeitos no juízo cível de nulidade do casamento. Quem obtém a sentença condenatória com base neste artigo ganhará a ação cível: o julgamento criminal é, no caso, o prejulgamento da ação cível, em face do disposto no dec. n.º 23.301, de 30 de outubro de 1933, e Constituição de 34. A confissão do réu, na ação penal promovida antes de dissolvido o casamento, não é de aceitar-se. A prova do impedimento deve ser rigorosa: não haverá, no caso, julgamento por livre convicção (art. 155 do Código de Processo Penal). Parece-nos, até, lícito subentender no artigo ora comentado a condição prevista no parágrafo único do art. 236, de só poder propor-se a ação penal *depois de declarada a nulidade do casamento, no cível*. O disposto no art. 92 do Código de Processo Penal deve ser, aqui, aplicado sistematicamente.

101. Conflito de ações. Pode dar-se que, simultaneamente, use o ofendido de ação penal mediante queixa, no



caso do art. 236, e o Ministério Público de ação pública, pelo mesmo fato, com base no art. 237. A possibilidade do conflito se vincula ao fato de ser privativa do ofendido a ação do art. 236 e pública a do art. 237, pelo nosso Código (ao contrário do que dispõe a lei italiana, em que, tanto num como noutro caso, a ação é sempre pública). O conflito não é de fácil solução porque, se, de um lado, o crime de ação privada, na espécie, é mais grave, de outro a ação pública sobreleva a ação privada. O certo é que, corrido o prazo para a ação privada, sem que ela tenha sido proposta, o Ministério Público poderá proceder. Acrescente-se que, na lei italiana, em qualquer caso, a ação penal somente pode ser proposta depois de declarado nulo, ou anulado o casamento.

### SIMULAÇÃO DE AUTORIDADE PARA CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO

102. **Conceito e hipóteses.** O crime previsto no art. 238 representa uma forma especial de usurpação de função pública, punida com pena agravada (veja-se art. 328). Se o agente auferir vantagem, na usurpação, aplica-se o art. 328, parág. único, porque, neste caso, “o fato constitui crime mais grave”. É elementar o não ter o agente competência *ratione materiae* para celebrar o casamento e *saber que não a tem*. É a incompetência *ratione materiae* do celebrante que anula o casamento (ou que, segundo alguns autores, o torna *inexistente* — MOURLON, DALLOZ). Por exemplo, no Distrito Federal, a competência *ratione materiae* para celebração é do juiz do Registro Civil (art. 67, I, do dec.-lei n.º 8.527, de 31 de dezembro de 1945). Se, portanto, um juiz de direito se atribui falsamente autoridade para celebrar casamento, incorre no crime, incompetente, que é, *ratione materiae*. Se o juiz de um Estado, tendo ali autoridade para celebrar casamento, celebra um casamento no Distrito Federal, onde ocasionalmente se encontra, igualmente incide no dispositivo penal, incompetente que é, em absoluto, por *falta de jurisdição*.

Embora não celebrado o casamento, poderá haver crime, pois este configura-se com o *atribuir-se* o agente falsa autoridade. Cumpre, porém, notar que os atos pelos quais o agente se atribuiu autoridade devem ser inequívocos, criando uma situação de *perigo "in concreto"*.

Nos casos de incompetência *ratione materiae* ou de incompetência absoluta por falta de jurisdição, o casamento é *nulo* (Código Civil, art. 203), e não *inexistente*; depende de ação ordinária a declaração de nulidade (Código Civil, artigo 222) e ficará sanada esta se não alegada dentro de dois anos de celebração (Código Civil, art. 208). O fato, porém, de ficar sanado o defeito, não faz desaparecer o crime: o agente *atribuiu-se autoridade*, não cogitando a lei da efetividade do dano. Sendo de ação pública o delito, o Ministério Público pode atuar, no crime, como no cível, sendo que *no cível* só o fará se não for falecido um dos cônjuges (Código Civil, artigo 208, parág. único, II), e dentro de dois anos (Código Civil, art. 208). Como, porém, a nulidade ficará sanada dentro em dois anos, e o Código Civil dispõe que o Ministério Público *podrá* atuar, ele só deverá fazê-lo, no crime, não sendo manifesta a incompetência depois de corridos os dois anos, a fim de não prejudicar o casamento. Na hipótese de fingir um particular de autoridade, pensamos ser *nulo*, e não *inexistente*, o casamento, pois que pode produzir efeitos em relação ao contraente de boa fé e aos filhos (R. LACERDA, obra cit., obs. 101); não obstante, claro é que esse particular incorre no art. 238.

As autoridades perante as quais se *celebra* o casamento são o oficial do registro e o juiz, este presidindo à solenidade (Código Civil, art. 194). O que se atribui falsamente autoridade de oficial do registro ou de juiz incorre no crime.

Posto que o crime se consuma com o atribuir-se alguém falsamente autoridade (delito formal), não parece admissível na hipótese, a *tentativa*.

**103. Co-autoria.** Nos termos do art. 25, aqueles que, sabendo da *falsa* atribuição de autoridade, concorreram para

que ela surtisse efeito (testemunhas, etc.), serão co-autores, pouco importando que a participação ocorra antes ou durante o ato da celebração.

Conforme esclarece a *Exposição de motivos* (n.º 77), o crime em questão é subsidiário: só será “punido por si mesmo quando não constitua *participação* em crime mais grave ou *elemento* de outro crime”. O art. 238, ao cominar a pena, ressalva: “se o fato não constitui crime mais grave”. Se, por exemplo, a atribuição de falsa autoridade foi *meio fraudulento* posto em prática para fins sexuais, o fato constituirá *elemento* de outro crime mais grave: *posse sexual mediante fraude* (art. 215 e seu parág. único) ou *atentado ao pudor mediante fraude* (art. 216 e seu parág. único). Nestas e outras hipóteses (como, *v. g.*, se o fato serve a uma fraude patrimonial), o crime em questão passa a ser *participação* no outro crime de maior gravidade. Se é idêntica a gravidade das penas cominadas, deve prevalecer o *nomen juris* do *crime-fim*.

### SIMULAÇÃO DE CASAMENTO

**104. Conceituação.** No art. 239 é punido o fato de “simular casamento mediante engano de outra pessoa”. Comete este crime (não definido na legislação anterior) o agente que figura como contraente. Só ele pode simular, porque é ele quem *casa*. Simular casamento é fingir casamento, é figurar como contraente de matrimônio numa farsa de que resulte *para o outro contraente* a convicção de que está casando seriamente. O contraente *que sabe* da burla incorre no dispositivo; a *outra pessoa*, referida no artigo, há de ser o *outro contraente* ou seu pai, tutor, ou outra qualquer pessoa de quem dependia o consentimento para o matrimônio, embora a lei fale em “outra pessoa” sem qualquer restrição. Assim, se os dois *contraentes* estão a par da farsa, *posta em execução* mediante o engano do tutor de um deles, ambos incorrem no crime. O texto legal diz “me-

*diante engano*" e não "*para engano*". Ora, somente posso simular casamento mediante engano da *outra pessoa com quem finjo casar*, ou do *representante* ou *assistente legal* desta. Se os dois *contraentes* simulam o casamento, mas são *sui juris*, não há o crime de que ora se trata: o casamento não foi simulado *mediante* engano de outra pessoa; os interessados eram os *contraentes*, os únicos prejudicados, e por parte deles não houve engano ou erro. O erro há de ser da pessoa com quem se finge casar, ou do que tinha de prestar consentimento por ela: neste último caso, a simulação se efetuou *mediante* engano desta outra pessoa, presente ao ato, e que podia retirar o consentimento na celebração séria (Código Civil, arts. 183, XI, e 212). Todavia, o menor de 16 anos, embora convivente, se presume sempre enganado, por ser absolutamente incapaz de consentir; a presunção é absoluta. Pode o fato constituir elemento de crime mais grave (parte sancionatória do art. 239), como, *v.g.*, no caso de constituir a simulação meio fraudulento para a posse sexual da mulher honesta (art. 215). Ainda no caso em que ao crime de que a simulação serve como *meio* seja cominada a mesma pena, deve prevalecer o respectivo *nomen juris*. A simulação de casamento pode representar *tentativa* de crime mais grave, e será punida como tal ou como crime autônomo, segundo a maior gravidade da pena. É óbvio que para execução do crime em questão é necessário que a *celebração* do casamento não seja séria, isto é, que tenha havido falsa atribuição de autoridade para a celebração. Se a celebração foi séria, houve sempre um casamento, pouco importando a existência de erro por parte dos *contraentes*, ou de qualquer impedimento (arts. 236 e 237). Assim, o crime de que ora se trata é irmão gêmeo do previsto no art. 238, sendo, aliás, punido com a mesma pena (detenção por um a três anos), se não constituir o fato crime mais grave ou elemento de crime mais grave.

Figuremos a hipótese em que *A* tenciona casar com *B*, mas acontece que o indivíduo *C*, na celebração séria, se apre-

senta em lugar de *B*, prestando consentimento como se fosse *B* e assinando o termo com o nome deste. Não houve simulação do casamento de *A* com *B*, mas casamento de *A* com *C* tendo sido *A* induzido por *C* em *erro de pessoa*. Incorreu *C* no art. 236, primeira parte, e, como já se viu no comentário a esse artigo, somente depois de anulado o casamento de *A* com *C* poderia ser oferecida, por parte de *A*, a necessária queixa-crime. Isto sem prejuízo de se cogitar das falsidades cometidas por *C* (art. 299, parág. único), devendo notar-se que o crime de “atribuir-se falsa identidade”, do art. 307, constitui, no caso, elemento do crime do art. 236, que é mais grave.

## ADULTÉRIO

**105. Histórico.** A lei *Júlia de adulteriis* (promulgada ao tempo de AUGUSTO) punia criminalmente o adultério com a relegação e admitia morte da adúltera e do comparsa pelo pai daquela, quando colhidos em flagrante. A partir de CONSTANTINO, adotou-se a pena de morte. A infidelidade do marido, por si mesma, não constituía adultério (MAYNZ, ob. cit., III, § 392). Do mesmo modo, entre os hebreus, era punido com a morte o adultério da mulher e do homem com quem ela o cometia. Em todos os povos, desde a mais alta antiguidade, o adultério da mulher foi considerado mais grave que o do homem. O direito canônico, porém, declarava punível o adultério de ambos, e os Códigos Penais modernos, influenciados pelo Código francês de 1810, fazem distinção entre o adultério da mulher e o do marido, exigindo, para configuração do último, o *concubinato*. Códigos ainda mais modernos, como o alemão e o austríaco, equiparam o adultério do homem ao da mulher. Pelo geral, exigem as legislações, para o adultério do marido, o concubinato. No Código francês é necessário que a concubina seja mantida no domicílio conjugal, isto é, não só no domicílio principal ou ordinário, mas em todo lugar onde vai habitar o marido, para

seus negócios, “*car il doit toujours être prêt à y recevoir sa femme*”.

Nosso Código Penal de 1890, art. 279, assim dispunha: “A mulher casada que cometer adultério será punida com a pena de prisão celular por um a três anos. § 1.º — Em igual pena incorrerão: 1.º, o marido que tiver concubina, teúda e manteúda; 2.º, a concubina; 3.º, o co-réu adúltero. § 2.º — A acusação deste crime é lícita somente aos cônjuges, que ficarão privados do exercício desse direito se por qualquer modo houverem consentido no adultério.”

O Código Civil, para efeitos de desquite, parece ter equiparado (é a opinião mais aceita) o adultério do marido ao da mulher (art. 317, I), mas havia partidários da interpretação da lei civil com referência ao Código Penal, mesmo para efeitos civis. Por outro lado, entendiam outros que o adultério do desquitado não era punível, posto que o Código Penal nenhuma distinção fizesse a respeito. GALDINO SIQUEIRA entendia punível o adultério do desquitado. PONTES DE MIRANDA e outros opinavam que, pelo desquite, ficava o cônjuge absolvido do dever de fidelidade, não ocorrendo, assim, adultério, embora persistente o vínculo conjugal. Assim julgaram o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em Câmaras Cíveis Reunidas, e o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de uma de suas Turmas. Firmaram estes julgados não serem adulterinos os filhos do desquitado com pessoa diversa da do cônjuge, precisamente por entenderem o desquitado isento do dever de fidelidade. Opinamos pela adulterinidade dos filhos dos desquitados em vários processos, como procurador-geral do Distrito Federal: é que o desquite não *dissolve* o casamento, constituindo simples separação provisória dos cônjuges, facilitando a lei a todo tempo o restabelecimento da *sociedade conjugal* (Código Civil, art. 323). Antes do dec.-lei n.º 4.737, de 24 de setembro de 1942, entendíamos que os filhos de desquitado com pessoa diversa da do cônjuge não podiam demandar o reconhecimento da filiação, e, conseqüentemente, os pais não podiam reconhecê-los.



Em face do Código vigente, “a ação penal *não pode ser intentada* pelo cônjuge desquitado” (art. 240, § 3.º, I). Portanto, há o crime, há o adultério do desquitado; apenas, *não pode ser intentada* a ação penal. No caso de desquite litigioso, o cônjuge só se considera desquitado depois de passada em julgado a decisão proferida na causa. Não basta, para excluir a ação penal, que tenha havido separação preliminar de corpos, ou sentença em primeira instância. Aliás, a sentença de desquite passada em julgado é que autoriza a separação dos cônjuges e põe termo ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido (Código Civil, art. 322). O desquite por mútuo consentimento só se completa pela manifestação da vontade dos cônjuges perante o juiz, em devida forma, e pela homologação judicial definitiva. O acordo dos cônjuges, segundo a expressa disposição do art. 318 do Código Civil, há de ser “manifestado perante o juiz e devidamente homologado”. Para excluir a ação por adultério não basta que o cônjuge, ao cometer o fato, já tenha assinado com o outro a ratificação, por termo nos autos, da petição do acordo; não basta que tenha havido sentença em primeira instância, porque esta não produz efeito antes de julgada a apelação *ex officio*, estabelecida na lei (Código de Processo Civil, art. 824, § 2.º). É verdade que, uma vez ratificado por termo o acordo, qualquer dos cônjuges não mais poderá retratar-se contra a vontade do outro conforme tem sido julgado e dispõe o art. 644 do Código de Processo Civil. Mas, isso não quer dizer que sem a formalidade da homologação definitiva já exista o desquite; a faculdade mesma da retratação por ambos isso demonstra. Além disso, tanto não há desquite antes do julgamento da apelação *ex officio*, que a morte de um dos cônjuges antes desse julgamento dissolve a sociedade conjugal e deixa sem objeto o pedido de homologação do desquite, conforme se tem decidido (Distrito Federal, 1906, *Rev. de Direito*, vol. I, pág. 368; São Paulo, *Rev. dos Tribunais*, vol. 29, pág. 284; Distrito Federal, 1915, *Rev. de Direito*, vol. 37, pág. 534) e entendido

(OLIVEIRA FILHO, ob. cit., I, pág. 249; CARVALHO SANTOS, obra citada, nota ao art. 318).<sup>13</sup> Se o cônjuge aciona penalmente o outro e sobrevém desquite, fica extinta a punibilidade por perempção da ação (art. 240, § 3.º, I, combinado com o art. 108, IV).<sup>14</sup>

106. Direito de queixa. A ação penal por adultério depende da queixa do cônjuge ofendido e é personalíssima (art. 238, § 2.º, combinado com o art. 102, § 2.º). Não se dá mediante a representação do art. 102, § 1.º; não passa às pessoas indicadas no art. 102, § 4.º.

O cônjuge menor pode exercer o direito de queixa. Não tem responsabilidade *penal* por adultério o cônjuge menor de 18 anos (art. 23), ou o doente mental nas condições do art. 22, podendo, ainda, ser reduzida a pena nas condições previstas no parág. único deste artigo. Decai da ação penal o cônjuge inocente, se não oferece a queixa dentro de um mês a contar do conhecimento do fato (art. 240, § 3.º), isto é, do fato que constitui o adultério. O conhecimento deve ser certo e seguro (Cassação de Roma, 1932, in PIROMALLO, *Manuale Legislativo*).

107. Conceito do crime. Cumpre indagar o que seja o *fato* constitutivo do adultério. Autores há que entendem concretizar-se o adultério somente com a cópula *normal* completa. CARRARA, referindo-se a outros atos sexuais (chamados *Venus nefanda*), dizia que não pode “*a rigore di principii ravvisarci una vera e propria violazione del diritto maritale trattandosi di atto a cui davvero non può vantare diritto neppure il marito*”. Mas, como bem acentua NÉLSON HUNGRIA, “o motivo da punibilidade do adultério é tão-somente a garantia do exclusivismo da mútua posse sexual

<sup>13</sup> Doutrina, aliás, bem discutível.

<sup>14</sup> A questão de que a morte prejudica o pedido de desquite já homologado pelo juiz encontra solução pela negativa no art. 824, § 2.º, do Código de Processo Civil.

“dos cônjuges, como condição mesma da ordem e conservação da família”. O adultério, no Código, é crime “contra o casamento”, base da família legítima, e figura em subtítulo dos crimes *contra a família*. Deve ter-se em conta a *ratio* da incriminação.

Tem, pois, inteiro apoio no sistema do Código o conceito do citado autor: “Certamente, não basta, para integrar o “adultério, um simples *flirt*, um beijo, um afago, uma atitude ambígua; mas qualquer *ato sexual* inequívoco com “o terceiro é o crime na plenitude da sua configuração legal.” O comportamento ambíguo do cônjuge pode constituir *injúria* que fundamente ação de desquite; mas só o ato sexual inequívoco com terceiro, voluntariamente praticado, ou tolerado, constitui adultério. Como diz HUNGRIA, “não há adultério sem a iniciativa ou adesão voluntária do cônjuge culpado: se o terceiro obtém por violência a posse sexual da esposa alheia, comete contra esta o crime de “*estupro*. Não foi uma adúltera a famosa Lucrecia, pois “teve de ceder ante a ameaça de Sextus: *Tace, Lucretia...* “*ferrum in manu est.*”

Isenta-se igualmente de pena o cônjuge induzido a erro (art. 17), como quando a mulher, enganada, se deixa possuir pelo homem que, às escuras, fingindo de seu marido, se insinuou no leito conjugal. No caso de coação, o *terceiro* responderá por estupro e adultério, em concurso formal; no caso de fraude, pelo crime do art. 215 e por adultério (também em concurso formal). Quem *concorre* para o adultério de outrem, é co-autor ou incorre no art. 227, conforme as circunstâncias.

**108. Nulidade ou anulabilidade do casamento. Morte do cônjuge culpado.** O Código não cuida, aqui, especialmente, da superveniente anulação do casamento; mas é claro que, em tal caso, não subsiste o crime. Alegada como defesa, no juízo penal, a nulidade ou anulabilidade do casamento constitui questão prejudicial, que pode paralisar o processo-

-crime, até decisão no cível (DALLOZ, ob. cit., verb. *adultère*). Não se trata, porém, de prejudicial absolutamente devolutiva.

A morte do cônjuge culpado extingue a punibilidade (art. 108, I), salvo quanto aos co-réus (Cassação de Roma, 1931), pois, ao contrário do que ocorre na hipótese de anulação do casamento, não há insubsistência do crime.

**109. Casos de não-punibilidade.** Estão previstos no § 3.º do art. 240. Em primeiro lugar, diz o texto legal que ação *não pode ser intentada* pelo “cônjuge desquitado”. Corresponde isso a uma hipótese de *não-punibilidade* (ou *não-processabilidade*), que se não confunde com *extinção de punibilidade*, nem com *inexistência do crime*. Assim, o adultério existe, nos casos do citado parágrafo; apenas não é punível. O Código italiano é mais rigoroso: não é punível o cônjuge legalmente separado *por culpa* do outro, ou por este injustamente abandonado (art. 561, § 1.º); fora destes casos, a separação legal diminui a pena, tão-somente (art. 561, § 2.º).

Também não pode ser intentada a ação penal pelo cônjuge que *consentiu* no adultério, ou o *perdoou*, expressa ou tacitamente (art. 340, § 3.º, II). Há aqui, um reflexo do art. 319 do Código Civil: “O adultério deixará de ser motivo “para o desquite: I, se o autor houver concorrido para que “o réu o cometa; II, se o cônjuge inocente lho houver perdoado.”

Para isentar-se da ação penal, basta que o cônjuge inocente prove que o outro *consentiu no adultério*. A prova desse consentimento deve resultar de fatos inequívocos, quando não seja expresso. O Cód. italiano (art. 561) explicitamente declara não punível o adultério da mulher se o marido a induziu ou excitou à prostituição, ou desta tirou vantagem. O consentimento há de manifestar-se anterior ou contemporaneamente ao delito. Se posterior, é perdão tácito. Outra forma de perdão tácito é a coabitação do cônjuge, ciente do adultério, com o cônjuge culpado (Código Civil, art. 319, parág. único). Mas o fato de continuar o cônjuge

inocente a morar na mesma casa não pode ser tido como *coabitação*, ou como *reconciliação* ou *perdão* (DALLOZ). Pode ser um *indício* da coabitação ou perdão, e nada mais. Tal como o *consentimento*, o *perdão* pode ser expresso ou tácito. Entende-se, aqui, o perdão concedido antes da queixa. Posterior à queixa, o perdão depende de *aceitação* (art. 108, V), regulando-se pelo art. 107 do Código Penal e arts. 57 a 59 do Código de Processo Penal.

O perdão tácito do adultério deve ser reconhecido em todo fato do ofendido que traduza sua reconciliação com o cônjuge culpado, como, *v. g.*, a coabitação com este. O perdão só abrange o adultério, único ou *continuado*, de que tenha conhecimento o cônjuge inocente.

**110. Perdão judicial facultativo.** Podem ocorrer certas circunstâncias que autorizam o juiz a *deixar de aplicar a pena* (§ 4.º do art. 240). Embora reconheça a existência do crime, tem o juiz a faculdade de abster-se da imposição de pena; não se trata de deixar de *executar a pena*, mas de deixar de aplicá-la por sentença. É um caso de *perdão judicial facultativo*.

Para que se não aplique a pena no caso do n.º I do § 4.º do art. 240 (isto é, “se havia cessado a vida em comum dos cônjuges”), é necessário que a cessação da vida em comum seja indicada por fatos inequívocos, e tenha certo caráter de separação de fato definitiva. Um dos meios de prova, na hipótese, será a separação judicial de corpos, ou o ajuizamento da ação de desquite em que tal separação haja sido dispensada.

O n.º II do citado parágrafo dispõe que o juiz poderá deixar de aplicar a pena se o querelante tinha praticado contra o cônjuge querelado *tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono por dois anos contínuos*; ou se o querelante, por sua vez, *tinha cometido adultério*. São os casos previstos no art. 317 do Código Civil, a que faz remissão o inciso. Não se exige, para oposição de qualquer dos motivos

do perdão judicial, mesmo o resultante de *tentativa de morte*, que esteja estabelecido em sentença passada em julgado. Todavia, havendo processo por tentativa de morte, e sendo esta alegada como defesa no processo por adultério, nada impede que o juiz sobresteja neste, até que se decida aquele.

111. **Provas do crime.** São admissíveis todas as provas de direito comum: flagrante, confissão, testemunhas, documentos, indícios. Para que haja *flagrante*, basta que o cônjuge culpado e o co-réu sejam encontrados em circunstâncias que suponham necessariamente a prática do adultério. Assim, o flagrante resulta suficientemente caracterizado no caso de ter sido um indivíduo surpreendido, à noite, ou mesmo de dia, com as roupas em desordem, fechado num mesmo quarto com uma mulher casada (DALLOZ). Cartas e outras peças emanadas do acusado ou de seu co-réu podem ser consideradas provas suficientes, mesmo que não conttenham, de modo expresso, a confissão das relações adulterinas (DALLOZ).



## CAPÍTULO II

## Dos crimes contra o estado de filiação

Registro de  
nascimento  
inexistente

*Art. 241. Promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente:*

*Pena — reclusão, de dois a seis anos.*

Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido

*Art. 242. Dar parto alheio como próprio; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:*

*Pena — reclusão, de dois a seis anos.*

*Parág. único. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:*

*Pena — detenção, de um a dois anos.*

Sonegação de estado de filiação

*Art. 243. 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:*

*Pena — reclusão, de um a cinco anos, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 8.000,00.*

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: italiano, arts. 566 a 569; alemão, § 169; suíço, art. 216; francês, arts. 192 a 195 e 345 a 347; espanhol, arts. 468 a 470; belga, arts. 361 a 363; norueguês, § 215; polonês, arts. 195 e 196; dinamarquês, art. 214; holandês, art. 236; húngaro, § 254; português, arts. 340, 341 e 346; chileno, arts. 353 e 357; argentino, art. 138; mexicano, arts. 277 e 278; boliviano, arts. 570 a 573 e 577; peruano, arts. 217 e 218; uruguaio, arts. 258 a 261; colombiano, arts. 360 e 361.

**BIBLIOGRAFIA** — Já citada no capítulo anterior.

## COMENTÁRIO

112. **Generalidades.** Este capítulo do Código compreende os crimes que no Código italiano se denominam *delitti contro lo stato di famiglia*. São as 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. Por motivo da proteção especial concedida à família, recortam-se, para formar o presente capítulo, várias figuras de falsidade, cominando-se-lhes pena especial. Previa-as o Código anterior no capítulo III, título IX, Livro 2.º — “Dos crimes contra a segurança do estado civil”, epígrafe esta que abrangia a “poligamia”, a “celebração do casamento contra a lei”, o “parto suposto e outros fingimentos” e a “subtração, ocultação e abandono de menores”. Ao definir os crimes *contra o estado de filiação*, conforme explica a *Exposição de motivos*, adotou o Código atual fórmulas substancialmente idênticas às do Código de 1890, que as conhecia sob a rubrica de “parto suposto e outros fingimentos”.

A classificação dos crimes em questão no título “Dos crimes contra a família”, adverte PIROMALLO, e não entre os crimes “contra a fé pública”, justifica-se pela importância dada à *consequência jurídica do fato*, preferentemente à *manifestação exterior do mesmo*. Os direitos de família constituem aqui um bem especial sujeito a proteção também especial.

“Crimes contra o *estado de filiação*”, diz o Código, e não crimes contra o *estado de família*, talvez porque considera alguns dos crimes do capítulo anterior como espécies deste último gênero. Parece, entretanto, que “estado de filiação” é *species do genus* “estado de família”. Logicamente, pode-se violar o direito do indivíduo de pertencer à família onde tem sua origem e o direito correlativo dos indivíduos formadores da família, por um dos seguintes modos: a) supondo um estado civil fictício, isto é, um nascimento ine-

xistente (*suposição de estado*); b) suprimindo um estado civil, pelo ocultamento de um recém-nascido (*supressão de estado*); c) substituindo um recém-nascido, alterando-lhe o estado civil (*alteração de estado*); d) falsificando o assento de nascimento (*alteração de estado por meio de falsidade ideológica do assento*); e) ocultando o estado civil de menor cujo nascimento já foi registrado (*ocultação de estado*).

A figura da letra *a* (suposição de estado) constitui crime contra o estado *de família*, não contra o estado *de filiação*: não se prejudica o estado de filiação supondo-se um nascimento inexistente, um recém-nascido que nunca existiu; prejudica-se, efetiva ou potencialmente, sim, a *família* ou os membros da família a que se atribui, falsamente, a origem desse rebento inexistente. Daí o ser preferível a denominação de “crimes contra o estado *de família*”, do Código italiano.

Das figuras acima enumeradas, a suposição de estado (*a*) está prevista no art. 241; a supressão de estado (*b*), no art. 242, segunda parte, e no art. 243; a alteração de estado mediante substituição (*c*), no art. 242, segunda parte; a alteração de estado mediante falsidade do assento (*d*), numa de suas hipóteses, no art. 242, primeira parte; “dar parto alheio como próprio” (omitindo-se outras variadas hipóteses de supressão e alteração de estado civil, entre as quais a de *dar filho próprio como alheio*); finalmente, quanto ao *ocultamento de estado civil*, é de notar que o art. 243, que, à primeira vista, corresponde ao art. 568 do Código italiano, contém mais propriamente uma forma de supressão de estado por ocultamento de recém-nascido, já prevista no art. 242, segunda parte.

Abrangente das falsidades contra o estado de família é também o Código suíço, art. 216: “*Celui qui aura supprimé ou falsifié l'état civil d'autrui... sera puni*”, etc.

Os fatos lesivos do estado de família, não previstos no presente capítulo, serão, pois, tratados como falsidades do registro civil.

Quanto às *penas acessórias*, o Código impõe as “interdições de direitos” do art. 69, II e III, combinado com o parág. único do mesmo artigo, ns. II e III, pela forma regulada no art. 70. O art. 569 do Código italiano, tratando dos crimes contra o estado de família, dispõe: “A condenação pronunciada contra o genitor por algum dos delitos previstos neste capítulo importa a perda do pátrio poder ou da tutela legal.”

### REGISTRO DE NASCIMENTO INEXISTENTE

113. *Noção.* Como adverte a *Exposição de motivos*, a entidade criminal prevista no art. 241 (“promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente”) era contemplada no art. 286, segunda parte, do Código abrogado: fazer no registro civil a declaração de nascimento “de criança que jamais existira, para criar ou extinguir direito em prejuízo de terceiro”. A redação atual é idêntica à do Código italiano, art. 566, primeira parte: “Aquele que faz figurar nos registros do estado civil um nascimento inexistente e punido, etc.” Com razão se suprimiu a cláusula constante da legislação anterior — “para criar ou extinguir direito em prejuízo de terceiro” —, pois que se trata de uma falsidade cometida contra o estado de família, de modo que o prejuízo está *in re ipsa*.

Como observa PIROMALLO, na suposição de estado, apresenta-se um estado civil fictício, mediante a inscrição, no registro civil, de um *recém-nascido* imaginário, tendo o Código Rocco empregado, com mais exatidão, a fórmula “faz figurar no registro... *um nascimento inexistente*”, ao invés da do Código ZANARDELLI — “*un infante che non esiste*”. O nosso Código de 1890 também falava de “criança que jamais existira.

Comete o crime em questão *qualquer pessoa* que declare nascimento inexistente, inclusive o oficial do registro. Pouco importa que a falsidade se refira a recém-nascido, ou não,

porque o crime consiste em atribuir a outrem, por meio do assento, falsa maternidade ou falsa paternidade, fazendo crer em nascimento que não exista. A principal vítima do delito é a suposta mãe; se casada, o marido; em qualquer caso, os filhos da suposta mãe.

Para prevenir o fato previsto no artigo penal em questão, dispõe o art. 66 do dec. n.º 4.867, de 1939: “Quando o oficial tiver motivo para duvidar da declaração, poderá ir à casa do recém-nascido verificar a sua existência ou exigir a atestação do médico ou parteira que tiver assistido ao parto ou o testemunho de duas pessoas, que não forem os pais, e tiverem visto o mesmo recém-nascido.”

O médico, a parteira, as testemunhas, que atestarem falsamente o nascimento, serão co-autores. Se a inscrição falsa foi feita pelo próprio oficial do registro, incorrerá este no crime de que ora se trata, abstraído o art. 299, parágrafo único, que comina pena quantitativamente menos grave.<sup>15</sup>

#### PARTO SUPOSTO. SUPRESSÃO OU ALTERAÇÃO DE DIREITO INERENTE AO ESTADO CIVIL DE RECÉM-NASCIDO

114. **Análise do art. 242.** Dispõe o art. 242: “Dar parto alheio como próprio; ocultar recém-nascido ou substituí-lo,

---

<sup>15</sup> *Prescrição.* Não se deve confundir este crime com os de falsidade de ato do registro civil. A prescrição corre, pois, *da data do crime*, e não daquela em que ele se tornou conhecido. A lei n.º 252, de 22-9-1936, sobre registros de nascimento fora do prazo legal, art. 5.º, considerou, para efeito da prescrição penal, como “praticados os delitos de falsas declarações e falso testemunho no dia em que forem os mesmos conhecidos”; o Código, art. 11, *d*, adotando critério idêntico, determina que a prescrição, antes do trânsito em julgado da sentença final, comece a correr, nos crimes de “bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, *da data em que o fato se tornou conhecido*”. Mas, no caso, o crime é diverso, embora consista, essencialmente, em falsidade ideológica do assento.

Além da Lei n.º 252 e, antes dela, o Dec. n.º 20.710, de 1931, dispunha que a prescrição corria da data em que o fato se verificou, o que deu margem a divergências de interpretação.

“suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: pena — reclusão, de dois a seis anos. Parág. único. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: pena — detenção, de um a dois anos.”

São três as figuras aqui definidas: I, dar parto alheio como próprio; II, ocultar recém-nascido, suprimindo direito inerente ao estado civil; III, substituir recém-nascido, alterando direito inerente ao estado civil.

As três incriminações estavam previstas nos arts. 285 e 286 do Código de 1890: “Simular gestação e dar parto alheio por seu”; “tendo dado à luz filho, vivo ou morto, sonegá-lo”, ou “deixar de fazer dentro de um mês, no registro civil, a declaração de nascimento de criança nascida” e “tendo dado à luz filho, vivo ou morto, substituí-lo”. A pena, que era de prisão celular por seis meses a dois anos, passou a ser de reclusão por dois a seis anos.

115. Dar parto alheio como próprio. Já vimos que o artigo em apreço pune, na primeira parte, uma forma de alteração de estado mediante falsidade ideológica do assento do registro civil, mas quando o nascimento foi levado ao registro, dando-se como própria a alheia maternidade. Mesmo, porém, que não tenha havido o falso registro, o crime pode consumir-se, pela letra da lei, desde que a suposta mãe se apresenta como parturiente, inculcando-se mãe do filho alheio. Havendo o registro, não se dá o crime de falsidade ideológica do art. 299, parág. único, segunda parte: a pena é, no artigo de que se trata, de dois a seis anos, enquanto no art. 299 é de um a cinco anos. A falsidade é punida aqui, como caso especial de crime contra o estado de filiação. O dar parto alheio como próprio, seguindo-se falso registro, é punido no Código italiano com a pena de cinco a 15 anos de reclusão, aplicável a todo aquele que, “na formação de um assento de nascimento, altera o estado civil de um recém-nascido, mediante falsas certificações, falsas atestações ou outras falsidades”. A razão de a pena ser mais grave



neste caso do que nos casos de suposição, supressão e alteração de estado, na lei italiana, arts. 566 e 567 (três a dez anos), é a maior gravidade indisfarçável do fato de se seguir o registro, que aumenta o perigo e revela maior temibilidade, bem como maior dolo. “*Il fatto di chi denunci all’ufficio dello stato civile come figlio proprio un infante nato da altri configura il reato preveduto dall’art. 567, capoverso, Cod. Penale*”, decidiu a Cassação de Roma, 1932. Pelo nosso Código, este fato é punido com a reclusão por dois a seis anos, isto é, com a mesma pena cominada ao de promover no registro a inscrição de nascimento inexistente, ao de ocultar recém-nascido, ou substituí-lo, suprimindo-lhe ou alterando-lhe o estado civil. A nosso ver, a pena devia ter sido maior para a hipótese.

Quando a mulher dá parto alheio como próprio, sem fazer o registro, a pena é a mesma, e tem-se uma idéia do fato punível pela simples transcrição das palavras do Código de 1890: “Simular gestação e dar parto alheio por seu.” Se se dá o parto alheio como próprio, *fazendo-se o registro civil corretamente*, como, *v.g.*, no caso de uma mulher que, para ocultar a desonra de uma outra, toma por seu filho o recém-nascido, *registrado*, porém, como filho da verdadeira mãe, parece, neste caso, de conceder-se a atenuação do parágrafo único: “Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: pena — detenção, de um a dois anos.” É que, no art. 242, *caput*, a cláusula final “suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil” só se refere aos verbos “ocultar” e “substituir”, do segundo membro do dispositivo, depois do ponto e vírgula. O que é punido é o fato de “dar parto alheio como próprio” (compare-se com o art. 285 do Código de 1890), embora remoto o perigo para o estado de família resultante de fazer passar, *coram populo*, o recém-nascido como filho, sem o ser, desde que o registro seja verdadeiro.

Outros Códigos, como o italiano e o suíço, não punem o fato e, para que ele constitua crime, parece-nos necessário

fique bem provada a intenção de prejudicar direito inerente ao estado civil.

No dar parto alheio como próprio ocorre, não raro, a convivência da verdadeira mãe; mas, não é *necessária* essa convivência, como nos casos de morte da mãe verdadeira, de loucura desta, etc. Se a verdadeira mãe é conivente, comete o crime de *ocultamento*, do artigo ora comentado? Ou é co-autora do de dar parto alheio por próprio, segundo a regra do art. 25? A questão terá importância se se considerar a cláusula final “suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil” como não referente ao primeiro membro do artigo. Pensamos que, havendo o elemento contido na referida cláusula, haverá autoria de *ocultamento*; faltando, haverá co-autoria no “dar parto alheio como próprio”.

No Código italiano, o caso será de “ocultamento de recém-nascido com supressão do estado civil”, mas, como se vê do parágrafo do art. 566 do mesmo Código, é necessário que ocorra a supressão do estado civil: assim, se o fingimento teve, *v.g.*, por fim evitar a vergonha de uma mulher, mas o registro foi feito corretamente, não tendo havido supressão do estado, não há crime. E é o que é mais aceitável: a *suppositio partus*, do direito romano (e punida no direito canônico, desde Inocêncio III), visava em regra a dar herdeiro a mulher estéril para evitar a dispersão da herança, e só se compreende quando resulta alteração do estado civil. O fato *em si* não tem relevância para efeitos jurídico-penais.

E o dar parto próprio como alheio, isto é, o atribuir a mãe a outra mulher a maternidade do próprio filho recém-nascido? Por exemplo, uma mulher apresenta a registro como sendo de outra o próprio filho: o crime devia estar previsto neste capítulo, por ser *contra o estado de família*, ou *de filiação*, tanto quanto o é o consistente em dar por próprio o filho alheio, aí previsto. Estas e outras omissões são devidas a não conter o Código dispositivo correspondente ao parágrafo do art. 567 do Código italiano, acima transcrito, e ao art. 216, princ., do Código suíço. Assim, o dar a

mulher a registro o filho recém-nascido próprio como alheio, constituirá, perante o nosso Código, simples *falsidade*, punida na forma do art. 299, parág. único, com a pena de um a cinco anos de reclusão, aumentada de sexta parte; ao passo que dar parto alheio como próprio pune-se com dois a seis anos de reclusão, posto que, juridicamente, os fatos sejam de igual relevância (alteração de estado civil) e idêntico o direito ou interesse lesado. Talvez devesse ter o Código evitado o sistema do Código de 1890 no capítulo “Do parto suposto e outros fingimentos”, casuístico, de redação e concepções defeituosas, como já o mostrara MACEDO SOARES.

Outros casos de crime contra o estado de filiação, como tais não previstos, são aqueles pelos quais a pessoa que promove o registro de nascimento *altera o estado civil do recém-nascido* mediante falsidade, fatos estes previstos no parágrafo do art. 567 do Código italiano. Quer o agente seja pessoa daquelas que por lei são obrigadas a fazer a declaração de nascimento (dec. n.º 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 65), quer não o seja, nestes casos omissos no capítulo a que, por direito, pertenciam, o agente sofrerá a pena, menor, do crime de falsidade, do art. 299, parág. único. No Código italiano, a pena é bem mais grave: cinco a 15 anos de reclusão.

Comete, pois, falsidade quem dá a registro o filho adúlterino como filho de desconhecidos (MANFREDINI, ob. cit., pág. 330), ou a mulher casada, e não separada *de direito*, que leva a registro filho seu, declarando-o filho natural de outro homem que não o seu marido, contra a presunção legal (*pater est...*).

A prescrição que, no caso do art. 241 (falsidade consistente em promover inscrição de nascimento inexistente), como no da primeira parte do art. 242 (outra falsidade, quando houve registro do filho alheio como próprio), começa a correr da data *do fato*; nos outros casos de alteração do estado civil mediante falsidade, embora de idêntica *ratio*

incriminativa, começará a correr da data “em que o fato se tornou conhecido”, fórmula que vem da lei n.º 242, de 1936.

**116. Ocultação de recém-nascido.** É a segunda figura prevista no art. 242, e consiste em ocultar recém-nascido, suprimindo (o “alterando” é para o caso de *substituição*) direito inerente ao estado civil. O Código de 1890 punia com prisão celular por seis meses a dois anos a *mãe* que sonegava o filho (art. 285) e *aquele* que, tendo obrigação de apresentar a criança a registro, não o fazia dentro de um mês, “para criar ou extinguir direito em prejuízo de terceiro”, embora fosse duvidosa a referência desta cláusula final ao primeiro membro do artigo, dando lugar a sérias dúvidas (MACEDO SOARES, nota aos arts. 388 e 286 do Código de 90). Todavia, a simples omissão *não dolosa* constituía contravenção punida com multa (art. 368). O § 1.º do artigo 566 do Código Italiano pune “aquele que, mediante ocultamento de recém-nascido, lhe suprime o estado civil”. A redação do dispositivo do nosso Código atual, no que se refere à supressão de estado, está assim muito melhorada sobre a do Código de 1890. A supressão do estado pela ocultação do recém-nascido pode ser praticada não só pela mãe, como por terceiro, de acordo com o § 3.º do art. 566 do Código italiano. Na supressão de estado, explica PIROMALLO, oculta-se o recém-nascido, e por esse ocultamento se tem a existência de um recém-nascido sem estado civil, por isso que não inscrito no registro. O simples fato de “deixar de fazer, no registro civil, a declaração do nascimento”, punido com prisão celular se a omissão tinha por fim prejudicar o direito alheio, no art. 286 do Código anterior, não constitui o delito previsto, de supressão do estado civil por ocultamento do recém-nascido.

O elemento psíquico do crime é o dolo, de caráter genérico, ensina JANNITTI-PIROMALLO, que acrescenta consistir o delito “no impedir que o ofício do estado civil tenha notícia do nascimento e proceda ao registro”. Consuma-se o delito

quando, por efeito do ocultamento, seja criada uma situação material ou formal de ordem a poder dizer-se supresso o estado do recém-nascido (J.-PIROMALLO, MANZINI). O dispositivo do nosso Código contempla o elemento: “suprimindo direito inerente ao estado civil” (enquanto não se verifica a supressão do direito, não se consuma o crime).

O Dec. n.º 4.867, de 9 de novembro de 1939, regulamentando “a execução dos serviços concernentes aos registros públicos estabelecidos pelo Código Civil”, contém as seguintes disposições:

“Art. 63. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro no cartório do lugar em que tiver ocorrido o parto, dentro de 15 dias, ampliando-se até três meses para os lugares distantes das sedes dos cartórios mais de 30 quilômetros e sem comunicações ferroviárias.

“§ 1.º Não estão obrigados ao registro os índios nascidos em território nacional, enquanto não civilizados.

“.....

“Art. 65. São obrigados a fazer a declaração de nascimento: 1.º, o pai; 2.º, em falta ou impedimento do pai, a mãe, sendo neste caso o prazo para a declaração prorrogado por 45 dias; 3.º, no impedimento de ambos, o parente mais próximo, sendo maior e achando-se presente; 4.º, na sua falta e impedimento, os administradores de hospitais, ou os médicos e parteiras, que tiverem assistido ao parto; 5.º, finalmente, pessoa idônea da casa em que ocorrer, se sobrevier fora da residência da mãe; 6.º, as pessoas encarregadas da guarda do menor.

“Art. 66. Quando o oficial tiver motivo para duvidar da declaração, poderá ir à casa do recém-nascido verificar a sua existência ou exigir a atestação do médico ou parteira que tiver assistido ao parto ou o testemunho de duas pessoas, que não forem os pais, e tiverem visto o mesmo recém-nascido.

“Art. 67. No caso de ter a criança nascido morta, ou  
“no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante,  
“feito o assento com os elementos que couberem e com  
“remissão ao do óbito.

“.....

“Art. 73. Sendo o filho ilegítimo, não será declarado  
“o nome do pai sem que este expressamente o autorize e  
“compareça, por si ou por procurador especial, para, reco-  
“nhecendo-o, assinar, ou, não sabendo ou não podendo,  
“mandar assinar a seu rogo o respectivo assento, com duas  
“testemunhas.”

Os registros de nascimentos de expostos serão feitos na forma dos arts. 75 e 76; os dos gêmeos, na do art. 77; os das pessoas nascidas a bordo, na dos arts. 78 e 79, tudo do citado decreto. Os arts. 55 e segs. estabelecem a responsabilidade do oficial do registro civil e das pessoas obrigadas a fazer a declaração de nascimento. A simples ausência desta, como vimos, não constitui o crime de ocultação. Há de *ocultar-se o recém-nascido, suprimindo direito inerente ao estado civil*; por exemplo, se não se faz a declaração de nascimento de uma criança cuja mãe morreu no parto, e, em consequência, no inventário desta não se habilitou a mesma criança na qualidade de herdeira.

Se a criança nasceu morta, o registro é obrigatório, mas a omissão não constitui o crime de ocultação de recém-nascido, porque a personalidade civil do homem começa do nascimento *com vida*, posto que a lei ponha a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (Código Civil, art. 4.º). Ora, o natimorto não tem estado civil, pelo que a omissão do registro respectivo não lhe suprime qualquer direito. Mas, no caso de nascimento com vida, a que se seguir a morte do recém-nascido, a omissão poderá resultar no crime previsto, pela criação de “uma situação material ou formal de ordem a poder dizer-se suprimido o estado do recém-nascido”. Parece que a própria omissão do registro no prazo legal já integra o crime de supressão de estado, nestas circunstâncias.



Se o recém-nascido é, por exemplo, enterrado no quintal da casa, quem o enterrou será punido pelo crime, se, não tendo sido feito o registro, o exame médico-legal verificar ter havido nascimento com vida (que não se presume). Pouco importa a viabilidade, ou vitalidade, do indivíduo, porque a personalidade não depende da vitalidade, noção esta do direito romano, do Código NAPOLEÃO e outros, que, introduzida em nosso direito pelo art. 43 da lei n.º 181, de 24 de janeiro de 1890, sobre casamento civil (v. CARLOS DE CARVALHO, *Consolidação das Leis Civis*), foi do mesmo excluída pelo art. 4.º do Código Civil e pelo art. 200, § 4.º, do mesmo Código, que omitiu a referência “se nascerem viáveis”, constante da citada lei n.º 181 (v. AFRÂNIO PEIXOTO, *Medicina Legal*; CARVALHO SANTOS, ob. cit., I, pág. 246; não obstante a opinião em contrário de FERREIRA ALVES). Também não importa o ser monstro o recém-nascido (CARVALHO SANTOS, loc. cit., página 249). Os xifópagos serão duas personalidades distintas, correspondentes a duas individualidades psíquicas verificadas (CLÓVIS BEVILÁQUA), podendo-se cogitar de concurso formal (art. 51, § 1.º), no caso de ocultamento.

O termo inicial da prescrição é o da consumação do crime, levada em conta a observação de JANNITTI-PIROMALLO acima referida. Os que, por qualquer modo, concorreram para o ocultamento, serão punidos como co-autores (art. 25), mas não de ter comungado no *dolo* de um agente principal, para que o sejam.

A incriminação prevista no art. 243, tal como está redigido este dispositivo, contempla uma forma de ocultamento, “com o fim de prejudicar direito inerente ao estado civil”, conforme se verá no comentário ao referido artigo.

### SUBSTITUIÇÃO DE RECÉM-NASCIDO

117. **Conceito.** A outra entidade criminal prevista no art. 242 consiste no fato de substituir o recém-nascido, “alterando direito inerente ao estado civil”. O Código italiano,

art. 567, dispõe: “Aquele que, mediante a substituição de um recém-nascido, lhe altera o estado civil, é punido com reclusão por três a dez anos.” Trata-se, ao que explica PIROMALLO, “de alteração de estado mediante substituição material de um recém-nascido por outro, *ambos já inscritos no registro civil*”. A substituição material de um recém-nascido é uma falsidade pessoal que se comete *depois que no registro do estado civil foi inscrito o nascimento dos dois recém-nascidos*, com relação aos quais se faz a substituição (JANNITTI-PIROMALLO). “O fato resolve-se em uma alteração do estado civil de cada um dos recém-nascidos, que perde o próprio estado para assumir o do outro.” É o que também ensina MANFREDINI. Não nos é possível, porém, concordar com esses autores. Suponha-se que terceiro faça a troca material de dois recém-nascidos, cada qual de diversa mãe, antes do registro. As duas mães ficam em erro de fato a respeito da identidade física dos respectivos filhos, que passam a ser criados cada qual como pertencente à família a que não pertence. O crime está consumado, da mesma forma que na supressão de estado, desde que, pela substituição, esteja criada uma situação *material* ou *formal* de jeito a poder dizer-se alterado o estado dos recém-nascidos. Poder-se-á até figurar a hipótese de não serem dados a registro os dois indivíduos. Do estado de filiação derivam certos direitos que passam a ser exercidos pelos recém-nascidos; direitos dos filhos em relação aos pais, inalteráveis por transação; desde que, pela substituição, um dos recém-nascidos exerça, de fato, direitos que cabiam ao outro, consumou-se o crime. Se as duas mães combinaram e realizaram a substituição, consumado está o crime por ambas, pouco importando que a troca tenha sido feita antes ou depois do registro, ou que não tenha havido registro: a lei protege o estado civil dos *recém-nascidos*, e sobre o interesse protegido não é admissível transação. Basta, pois, nesta hipótese, que as crianças passem a ser tratadas como filhas de quem não é sua mãe, como membros da família a que não pertencem.

O nosso art. 242, como o art. 567 do Código italiano, nenhuma referência faz ao registro, como elemento do crime: ao contrário, o art. 568 deste último Código, tratando de hipótese de ocultamento de estado, e referindo-se expressamente a criança já inscrita no registro, parece deixar claro que, para a configuração do crime do art. 567, não é necessário que tenha havido registro.

118. **Minorante.** O parág. único do artigo que estamos comentando atenua especialmente a pena se qualquer dos crimes nele previstos é praticado “por motivo de reconhecida nobreza”. Por exemplo, o pai que, para resguardar a reputação da filha, faz crer a esta a morte do recém-nascido e não o dá a registro, ocultando-o, por qualquer modo — talvez a hipótese possa enquadrar-se no parágrafo em apreço (v., todavia, a observação de Rocco, transcrita no comentário que fazemos ao art. 243).

Goza da atenuação, sem dúvida, a mulher que, para resguardar a honra de uma outra, dá o parto desta como próprio. Note-se, neste último exemplo, que, se o registro se fez corretamente, não haverá crime, o que não é certo, contudo, por causa do defeito de redação da fórmula “dar parto alheio como próprio”. Como bem se compreende, o dar parto alheio como próprio pode não ter qualquer consequência, se não há prejuízo para o estado civil do recém-nascido; se houve o registro de acordo com a verdade, o risco criado pelo fingimento não justifica a pena de dois a seis anos de reclusão.

### SONEGAÇÃO DE ESTADO DE FILIAÇÃO

119. **Noção e característicos.** Com a rubrica lateral “sonegação de estado de filiação”, o art. 243 incrimina o fato de “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 ine-

“rente ao estado civil” (pena — reclusão, de um a cinco anos e multa, de um mil a oito mil cruzeiros). Para bem compreender o dispositivo, transcrevamos o art. 287 do Código Penal ab-rogado: “Fazer recolher a asilo de beneficência ou estabelecimento congênere, filho legítimo ou reconhecido, para prejudicar direitos resultantes de seu estado civil: pena — prisão celular por um a quatro anos.” Corresponde este dispositivo ao do art. 568 do Código italiano: “Aquele que depõe ou apresenta uma criança, *já inscrita nos registros do estado civil*, como filho legítimo ou natural reconhecido, em casa de expostos ou outro lugar de beneficência, ocultando-lhe o estado, é punido com reclusão por um a cinco anos.” No Código ab-rogado, como no italiano, para que se configurasse o crime, era necessário que a criança *já estivesse inscrita no registro civil* como filho legítimo ou reconhecido, embora a redação italiana seja mais precisa e clara. Assim redigido o dispositivo, o crime nele previsto era o de *ocultamento de estado de uma criança, filho legítimo ou natural reconhecido*. Tendo-se omitido na redação do art. 243 do Código atual a referência a criança “já inscrita no registro civil”, daí resulta terem-se duas hipóteses, segundo a criança estava, ou, não inscrita no registro civil. Na primeira hipótese, o dispositivo prevê, punindo-a com pena de reclusão quantitativamente mais leve (um a cinco anos), uma *forma de ocultamento* prevista (e punida com reclusão de dois a seis anos) no art. 242, posto que a forma de supressão de estado do artigo em apreço seja tanto ou mais grave que as outras. Assim, a mãe que, para prejudicar direito de estado, oculta o recém-nascido sob sua vigilância, por exemplo, dando-o de criar a outrem, será punida com maior pena do que aquela que o abandona em casa de expostos, ocultando-lhe a filiação ou atribuindo-lhe outra. Melhor seria, pois, interpretar o dispositivo subentendendo-lhe o elemento omitido — de já ter sido feito o registro —, deixando a forma de supressão de estado por ocultamento para ser regida pelo art. 242. Tal, porém, não é lícito ao intér-

prete, porquanto resultaria agravação da situação jurídico-penal do réu.

O crime é cometido por todo aquele que deixa a criança no asilo, ocultando-lhe a filiação ou atribuindo-lhe outra com o fim de prejudicar direito inerente ao estado civil. Elemento do crime é o conhecer o agente a filiação da criança que expõe, e ocultá-la, isto é, no caso, deixar de a declarar, ou declará-la falsamente. Assim, se alguém, ocultando o estado civil de uma criança, a depõe em uma casa particular, e o dono da casa, a seu turno, a deixa no asilo, não se configura o crime, a cargo do último.

Deve notar-se que não se trata, aqui, de punir o *abandono* de menor, mas a *alteração* ou *supressão do estado civil*. Se a criança não estava registrada, há *supressão* do estado civil por ocultamento deste; se havia o registro, ocorre *alteração* do estado: o exposto será levado a registro na forma dos arts. 75 e 76 do dec. n.º 4.857, de 1939, donde resultará ficar com o estado civil, resultante do primeiro registro, *alterado* pelo subsequente registro como exposto: “*Il fanciullo deposto o presentato verrà ad assumere due diversi stati civili, di cui il vero rimane consequentemente alterato*” (JANNITTI-PIROMALLO, ob. cit., pág. 193).

Diz o artigo: “com o fim de prejudicar direito inerente ao estado civil” — cláusula correspondente a estoutra do Código de 1890: “para prejudicar direitos resultantes de seu estado civil”. Não se confunda o *fim* a que se refere a lei, com o *motivo*: se a mulher, por motivo de honra, deixou no asilo a criança, não pode alegar esse *motivo* como fim. A rigor, a cláusula devia ter sido supressa, porque aquele que deixa no asilo a criança, ocultando-lhe a filiação, ou atribuindo-lhe outra, já com isso prejudica o seu estado de filiação. Por isso mesmo, o Código italiano, art. 568, não contém essa cláusula. O prejuízo está *in re ipsa*, e não pode deixar de ser abrangido pelo dolo do agente: depor a criança, ocultando-lhe o estado civil, conhecido do agente.

Se o abandono é feito deixando-se indicação do estado civil da criança, não haverá o ocultamento, se verdadeira a indicação deixada. Não se concede, no caso, a atenuação especial do parág. único do art. 242 (resultante de “motivo de reconhecida nobreza”). Mas, se ocorreu a *causa honoris*, pode ser reconhecida a atenuante prevista no art. 47, IV, letra *a*: “ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral”. O Código ZANARDELLI contemplava essa atenuante especial nos crimes contra o estado de família. Rocco, justificando sua exclusão no vigente Código italiano, disse: “*Quanto alla causa di onore, ho ritenuto sufficiente la dirimente comune dei “motivi di particolare valore morale e sociale”, prevista nell’art. 66, n.º I. Como ho detto nella Parte Generale, illustrando la circostanze comuni del reato, la “causa d’onore” contemplata nell’art. 66, n.º I, può funzionare solo in quanto se identifichi in un motivo di particolare valore morale e sociale, potendo solo in tal caso formare oggetto di apprezzabile volutazione per la diminuzione di pena. La detta diminuzione, applicata ai delitti contro lo stato di famiglia, importa una pena meno grave dell’infanticidio e del procurato aborto per causa di onore, che sono indubbiamente reati più gravi.*” (Relazione, n.º 632).

Não será penalmente responsável pelo crime em questão, como por qualquer outro, a mãe, mesmo casada, menor de 18 anos (art. 23). O Código Penal suíço, arts. 89 e segs., adota *medidas* contra os delinquentes menores de 18 anos, que, entretanto, não são isentos de repressão penal, como deixa visto o art. 95; mas, na Suíça, *não podem casar os menores de 18 anos*.

120. Questões de direito civil. O art. 348 do Código Civil, quando dispõe que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento”, diz, a nosso ver, o mesmo, ou mais, que o art. 322 do Código NAPOLEÃO: “Ninguém pode reclamar estado contrário ao que lhe dão



“seu título de nascimento e a posse de estado conforme a “esse título; e, reciprocamente, ninguém pode contestar o “estado daquele que tem posse conforme a esse título” — artigo este que corresponde ao art. 73 do Código Civil italiano e ao art. 117 do Código Civil português. O artigo está mal redigido. Aliás, os projetos faziam resultar “da harmonia entre o registro e a posse de estado uma prova indestrutível da filiação legítima” (CLÓVIS, nota ao art. 348). O art. 348 resultou, como informa CLÓVIS, na nota 2, de uma mutilação do projeto, que consagrava o princípio constante dos três Códigos citados. Ele só se refere aos filhos legítimos, conforme resulta de sua colocação e do disposto no art. 356. Mas a posse de estado é *questão de fato*, de modo que o filho, ou terceiro interessado, pode reclamar sobre o estado resultante do registro, e só depois de conhecer a prova produzida *em torno da posse de estado* é que o juiz poderá julgar o reclamante *carecedor*, ou não, da ação proposta. No caso de *substituição* do recém-nascido *antes* do registro, adverte MOURLON (ob. cit., I, n.º 914), o registro foi feito em harmonia com a posse de estado, de forma que o reclamante seria *carecedor* de ação para vindicar estado contrário ao resultante do registro, isso quando já houvesse *posse de estado*, está claro. Nosso Código Civil não contempla a posse de estado como prova, *por si só*, da filiação legítima, na falta de registro, como fazem outros Códigos (italiano, art. 171; francês, art. 320). Mas, na ausência de registro, permite a prova dessa filiação por todos os meios admissíveis em direito “quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos” (Código Civil francês, art. 323, *in fine*), e estas presunções são, precisamente, devido à omissão do Código, resultantes dos fatos que constituem, em conjunto, a posse de estado, compreendidos no *nomen, tractatus, fama*, e especificados no art. 172 do Código Civil italiano e art. 321 do Código Civil francês, que assim dispõe: “Estabelece-se a posse “de estado por uma reunião suficiente de fatos que indicam “a relação de filiação e parentesco entre o indivíduo e a

“ família à qual ele pretende pertencer. Os principais fatos  
“ são os seguintes: que o indivíduo tenha sido sempre por-  
“ tador do nome do pai que pretende ter; que o pai o tratou  
“ como filho, provendo à sua manutenção e educação; que  
“ ele tenha sido constantemente tratado como tal na socie-  
“ dade; que tenha sido tratado como tal pela família.”

Corroborado, pois, o registro de filiação legítima pela posse de estado, o autor é julgado carecedor de ação para alterar o estado resultante do termo, salvo, bem entendido, erro visível do próprio termo, prova de falsidade deste, como, por exemplo, provando-se que os pais não eram casados, não sendo eles já falecidos na posse de estado de casados (artigo 203), falta de *identidade*, como no caso de *substituição* de criança (CARVALHO SANTOS, nota ao art. 348; MORLON, I, pág. 914). À luz de tais princípios, a substituição de criança *antes* ou *depois* do registro altera “direito inerente ao estado civil”, de filiação, como diz o art. 242 do Código Penal. Altera, até, por completo o “estado civil”, no sistema italiano, porquanto, pelo art. 171 do Código Civil da Itália, a “posse contínua de estado de filho legítimo” prova a filiação tanto quanto o registro e, se o prova, o resultado será que, se a criança foi registrada antes ou depois da substituição, esse registro, com a posse de estado resultante da troca, acarretará a alteração de estado, ligando a criança, como filho legítimo, à família à qual não pertence, ligação esta que só poderá ser desfeita *havendo registro e posse de estado*, ou *havendo só esta última*, mediante ação, donde resulta que o estado *ficou alterado até sentença em contrário*. Aliás, a não ser assim, que crime teria cometido o agente que substituisse a criança antes do registro? Ainda que se admita, como MORLON, não caber no primeiro caso ação negatória da filiação legítima, deve entender-se que só será carecedor de ação o tutor se provada a posse de estado. Enquanto não se exclui essa posse de estado, o estado do substituto está alterado: é filho legítimo dos pais que como tal o tratam.

No caso de filiação ilegítima, deve-se levar em conta:

a) que os filhos ilegítimos podem ser reconhecidos pelos pais, mesmo menores (MOURLON, I, pág. 486), conjunta ou separadamente, em forma legal (Código Civil, arts. 355 e 377);

b) que, não sendo a mãe obrigada a reconhecer o filho ilegítimo, não é obrigada a dá-lo a registro pessoalmente; mas não pode *ocultá-lo*, sob as penas dos arts. 242 e 243 (do Código Penal);

c) que, se a mãe der o filho a registro como seu e subscrever o termo, isso importará reconhecimento, e ela não poderá, depois, impugnar o reconhecimento validamente feito (MOURLON, I, n.º 963);

d) que, tendo o termo de nascimento mencionado o nome da mãe, mesmo quando o registro não é subscrito nem foi promovido por ela, o termo prova a maternidade, enquanto por ação própria a mãe não a contestar, provando a falsidade do termo ou das declarações nele contidas, segundo a espúria disposição do art. 356 do Código Civil, que não encontra parelha, conforme observa CLÓVIS BEVILÁQUA, em nenhuma disposição do direito anterior ou de Código ou lei estrangeiros (v. MOURLON, I, n.º 949);

e) que, embora o art. 356 disponha sobre a prova da maternidade pelo registro, esta prova não equivale ao reconhecimento, o qual somente pode emanar do pai ou da mãe, pela forma estabelecida no art. 377, de modo que a prova do simples fato da maternidade pelo registro não dá direito de sucessão (Código Civil, art. 1.605);

f) que os filhos adulterinos (salvo na hipótese da lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949, art. 1.º: "Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio") e incestuosos não podem ser reconhecidos, e que: I, o filho concebido na constância da sociedade conjugal, sendo filho do marido de sua mãe, de acordo com a presunção *pater est...*, não pode ser reconhecido por filho de outro homem;<sup>16</sup> II, o filho reconhecido por mulher solteira, ou por outrem, ou registrado

<sup>16</sup> Salvo se o marido venceu ação negatória da paternidade legítima; então, o filho passa a ser adulterino e pode ser reconhecido

como tal, enquanto subsistente o registro, não pode ser reconhecido por homem casado ao tempo da concepção. Permite-se a investigação da paternidade, salvo quanto aos filhos das pessoas impedidas de casar por parentesco ou casamento vigente ao tempo da concepção. A investigação da maternidade só não se permite quando tenha por fim atribuir prole incestuosa a mulher solteira, ou ilegítima a mulher casada (Código Civil, art. 364), donde se vê, se de outros motivos ela não resultasse, a espuriedade da disposição do art. 356. O art. 348 do Código Civil foi alterado pelo dec.-lei n.º 5.860, de 30 de setembro de 1943, que não lhe sanou o defeito apontado por CLÓVIS; antes lhe deu uma redação que o tornou inútil.

**121. Questões prejudiciais.** Dos princípios acima expostos e de outros constantes da lei civil deduz-se: a) que, no caso de suposição de estado, do art. 241, surge questão prejudicial, se consta o nome da mãe, em face do art. 356 do Código Civil: a suposta mãe terá de estabelecer, no civil, que a criança cuja maternidade lhe é atribuída não existe, citada a suposta criança; b) no caso de *substituição* de um recém-nascido, haverá questão prejudicial, como ficou dito; c) nos casos de supressão do estado, por ocultamento, artigos 242 e 243, bem como no de parto suposto, art. 242, também haverá prejudiciais de estado.

O Código de Processo Penal, tratando das “questões prejudiciais”, dispõe no seu art. 92: “Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.” Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando

---

pelo pai, ou fazer-se reconhecer, mas nos termos da lei n.º 883, de 1949.

necessário, promoverá a ação cível ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados (parágrafo único do citado art. 92). A suspensão pode ser decretada de ofício ou a requerimento das partes (art. 94). É ainda de notar que, mesmo no processo penal, quando se trate de resolver questão sobre o estado das pessoas, a lei processual-penal abre exceção à regra do “livre convencimento”: “No juízo penal somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil” (art. 155 do Código de Processo Penal).

122. Conceito de “recém-nascido”. Usa o Código da expressão “recém-nascido” no art. 242 (supressão do estado civil por *ocultamento* e alteração do estado por *substituição*). Do mesmo modo, o Código italiano, tanto na supressão como na alteração de estado, arts. 566 e 567, refere-se a *neonato*. Esta expressão, segundo os autores italianos, é definida no art. 371 do Código Civil da Itália, que, tratando dos “atos do estado civil”, assim dispõe: “Nos cinco dias sucessivos ao parto, deve-se fazer a declaração de nascimento ao oficial do estado civil do lugar, a quem será, outrossim, apresentado o recém-nascido.” Passados os cinco dias, dispõe o art. 372, é necessária sentença judicial, observado o mesmo processo para as ratificações dos atos do estado civil (artigos 401 e segs.). Ao art. 371 da lei italiana corresponde, no direito brasileiro, o art. 63 do dec. n.º 4.857, de 1939, que dá o prazo de 15 dias, prorrogável até 90 dias, para a declaração de nascimento; da combinação deste com o art. 66 do referido regulamento, poder-se-á talvez concluir que *recém-nascido* é o indivíduo nos seus primeiros 15 dias de vida. Fora dos prazos legais, dá-se suprimimento da falta de registro, julgado por sentença, sendo parte, pelo menos, o Ministério Público (dec. n.º 4.857, arts. 55, 117 e 119).

Comenta MANFREDINI (ob. cit., n.º 278): “A lei fala de “*neonato*, adotando assim a noção de direito civil (art. 371), “que considera tal o nascido nos cinco dias sucessivos ao

“ parto. Eliminou a lei, dessarte, a questão debatida no passado.” Em seguida enumera a opinião dos autores no regime anterior: CARRARA, IMPALLOMENI, ALIMENA, MANZINI. Este último já entendia que a expressão usada na lei não pode indicar senão o indivíduo no momento do nascimento, o recém-nascido. “Mais tarde”, acrescentava, “poder-se-á suprimir ou alterar a prova formal do estado civil de um indivíduo (crime de falsidade), mas “não ocultando ou trocando um infante”, nem “fazendo figurar nos registros do estado civil um infante que não existe” (art. 361), nem “depondo um infante legítimo ou natural reconhecido em uma casa de expostos, etc.”, pelo modo indicado no artigo 362.”

Não há, em nosso Código, ao incriminar a *suposição* de estado (art. 241), referência a *recém-nascido*. Pouco importa, pois, que se tenha promovido a inscrição do suposto nascimento dentro de 15 ou 90 dias (art. 63 do dec. n.º 4.857), ou que, por meio de falsidades, se tenha obtido a sentença necessária a que seja aberto o assento: o crime será o do art. 241, punido com reclusão por dois a seis anos, e não o de falsidade, do art. 299, parág. único, mais brandamente apenado.

A questão de saber o que é “recém-nascido” perde o interesse nos casos de “dar parto alheio como próprio” e de supressão de estado por ocultamento da criança (art. 242). Na última hipótese do art. 242 — substituição de recém-nascido com prejuízo para o estado civil do mesmo —, parece-nos que as circunstâncias é que ditarão ao juiz, na espécie, até que idade devem os indivíduos ser considerados recém-nascidos.

Não se nos afigura aceitável a opinião dos autores italianos que conceituam o *neonato* pelo prazo marcado na lei civil para sua apresentação a registro. MANZINI diz que *mais tarde* (depois dos cinco dias) se poderia suprimir ou alterar a “prova formal” do estado civil (crime de falsidade). Mas, pergunta-se, e se ocorrer a substituição de um indivíduo de



10, de 20 ou de 100 dias de idade, dando como resultado a alteração do seu estado civil? Qual a alteração da *prova formal* do seu estado? Por que razão lógica se há de admitir que a substituição de uma criança de cinco dias constitui alteração de estado, e não a de uma criança de seis dias? CARRARA, IMPALLOMENI, PUCCIONI, falam de “criança”, o *enfant* dos franceses, e de criança até os sete anos; de indivíduo que ainda não tem desenvolvidas as faculdades da vida de relação, não podendo, com o entendimento e a palavra, desvendar o delito.

No caso do art. 243, fala-se de “filho”, referindo-se o art. 568 do Código italiano a *fanciullo*: depor a criança em casa de expostos. Se a criança ainda não tem suficientemente desenvolvidas as faculdades da vida de relação, fica oculto ou supresso o seu estado civil: aliás, basta que com a exposição se *vis*e à supressão ou ocultamento de estado.

## CAPÍTULO III

## Dos crimes contra a assistência familiar

Abandono  
material

*Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento da pensão alimentícia judicialmente fixada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:*

*Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00.*

Entrega de  
filho menor  
a pessoa  
inidônea

*Art. 245. Entregar filho menor de 18 anos a pessoa com a qual saiba ou deva saber que fica moral ou materialmente em perigo:*

*Pena — detenção, de um a seis meses.*

*Parág. único. A pena é aumentada de sexta parte, aplicando-se cumulativamente com a de multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00, se o agente é movido por fim de lucro.*

Abandono  
intelectual

*Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:*

*Pena — detenção, de 15 dias a um mês, ou multa, de Cr\$ 200,00 a Cr\$ 500,00.*

*Art. 247. Permitir alguém que menor de 18 anos, sujeito a seu poder ou confiado a sua guarda ou vigilância:*

*I, freqüente casa de jogo ou mal-afama-da, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;*

*II, freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;*

*III, resida ou trabalhe em casa de prostituição;*

*IV, mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública:*

*Pena — detenção, de um a três meses, ou multa, de Cr\$ 200,00 a Cr\$ 1.000,00.*

**DIREITO COMPARADO** — Códigos: italiano, art. 570; alemão, § 361, n.º 5; suíço, arts. 217 e 219; francês, suprida a lacuna por lei de 7-12-1924, modificada por lei de 3-4-1928; espanhol, arts. 487 a 429 e 485 a 486; belga, art. 360 bis (leis de 15-5-1912, de 14-1-1928 e de 17-1-1939); norueguês, § 219; polonês, art. 201; dinamarquês, art. 213; holandês, arts. 252, § 2.º, 253 e 255; soviético, art. 158; tcheco-eslovaco, modificado por lei de 16-12-1930; romeno, art. 454; português, modificado por decreto de 24-10-1931, art. 16; chileno, art. 352; japonês, arts. 217 a 219; mexicano, arts. 336 a 339.

**BIBLIOGRAFIA** — LEONE, *La violazione degli obblighi di assistenza familiare nel nuovo codice penale*, 1931; CUELLO CALÓN, *El delito de abandono de familia o de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, 1942; PERCIVAL DE OLIVEIRA, *Abandono de família*, 1938; MORAIS LEME, *Dos crimes contra a assistência familiar*, in *Anais do I Congresso Nacional do Ministério Público*, 1943; CHONEZ, *L'abandon de famille*, sem data; IONESCO-DOLY, tese defendida na *Semaine International de Droit*, 1937; MARC ANCEL, *idem*; MANZINI, *ob. citada*; JANNITTI-PIROMALLO, *ob. cit.*; MANFREDINI, *ob. cit.*; GIOFFREDI, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. 12, parte 2ª; ROCCO (Alf.), *ob. cit.*; SALTELLI-DI FALCO, *ob. citada*; DALLOZ, *supl. ao Dictionnaire pratique de droit*, verb. *abandon de famille*, 1929; CARVALHO SANTOS, *ob. cit.*; PLANIOL-RIPERT, *ob. citada*; PONTES DE MIRANDA, *Direito de Família*; VIDAL-MAGNOL, *ob. citada*;

MOURLON, ob. cit.; BENTO DE FARIA, ob. cit.; BENI CARVALHO, ob. citada; HUNGRIA (N.), *O crime de abandono de família*, in *Questões jurídico-penais*, 1940.

### COMENTÁRIO

123. **Generalidades.** Já vimos, nas considerações gerais ao título “Dos crimes contra a família”, o estado de nossa legislação no tocante às sanções civis e penais, visando a assegurar a solidariedade doméstica, consubstanciada no Código Civil, na legislação especial de menores, na lei da assistência aos psicopatas, no Código de Processo Civil e na lei de proteção à família.

A *Exposição de motivos* (n.º 79) informa-nos, como já fazia NÉLSON HUNGRIA, com a sua autoridade de membro da Comissão Revisora do Projeto ALCÂNTARA, em conferência que anexou às suas *Questões jurídico-penais*, do critério observado pelo Código, no incriminar e punir o “abandono de família”. Adotou-se uma fórmula de transação entre o sistema da lei francesa de 1924 e o do Código italiano, aquela tida por muito restrita, e este por demasiado elástico, falho de limites objetivos no definir a entidade criminal. Não é demais que transcrevemos aqui, *data venia*, a dissertação de HUNGRIA:

“O demo-liberalismo, cuja essência jurídico-política resultou da fusão entre o sistema constitucional inglês e os princípios de direito natural perfilhados pela Revolução Francesa, afeiçoou *in extensum* a filosofia individualista, e esta, dentro da lógica de seus postulados, conduziu a um crescente passivismo do Estado em face do indivíduo. Deixado, rédea solta, ao seu egoísmo e aos seus instintos hedonísticos, o indivíduo foi-se tornando uma peça mal-entrosada na máquina social. As quase intangíveis franquias e prerrogativas individuais fizeram do Estado qualquer coisa como Gulliver enleado nos cordéis de Lilliput. Segundo o artigo de fé do liberalismo ortodoxo, o poder público só pode intervir nos redutos da liberdade individual quando seja isso

“ absolutamente imprescindível. Fora desse caso de estrita  
“ necessidade, sua atitude deve ser meramente contemplativa  
“ ou de conformismo fatalístico. O famoso moto da escola  
“ manchesteriana, no terreno econômico, fez-se norma geral  
“ de conduta do Estado: *laissez faire, laissez passer*. O supre-  
“ mo fim do Estado deve ser o indivíduo em si mesmo e por  
“ si mesmo. Abstrai-se, assim, a realidade do indivíduo como  
“ elemento de composição e sinergia do todo social. Mais do  
“ que isto: o princípio individualista, isto é, a liberdade re-  
“ conhecida a cada indivíduo de assegurar-se o máximo de  
“ bem-estar e potencialmente, sem outro limite além da liber-  
“ dade igual dos outros, foi ao extremo de quebrantar os pró-  
“ prios vínculos que o prendiam ao núcleo familiar. Afrou-  
“ xou-se, pouco a pouco, a antiga unidade da família, passan-  
“ do esta a uma posição de segundo plano no cenário da vida  
“ social. Como observa insigne sociólogo moderno, o indivi-  
“ dualismo orienta-se na exaltação de um tipo humano, cada  
“ vez mais difuso, de indivíduos que não vêem, não compreen-  
“ dem, não aspiram senão ao seu conforto estritamente indi-  
“ vidual. Com esse tipo humano requintadamente egocên-  
“ trico, em tão flagrante contraste com o padrão tradicional  
“ do *bom pai de família*, vai-se operando, gradativamente,  
“ uma inversão de valores: ao invés de uma coletividade for-  
“ mada de sólidos e prósperos organismos familiares, como  
“ garantia de vitalidade e eficiência do inteiro organismo so-  
“ cial, tende-se para uma coletividade composta de indivíduos  
“ erradicados do espírito de sacrifício ou do sentimento de so-  
“ lidariade, tão-somente preocupados com o êxito de si pró-  
“ prios e a consecução de seus desejos egoísticos. O fenômeno  
“ de desprestígio da família tornou-se ainda mais acentuado  
“ após o cataclismo da Grande Guerra (1914-1918) com o  
“ surto de idéias e teorias materialistas, que, fermentadas por  
“ um despeado individualismo no ambiente de decepção de  
“ uma desgraça generalizada, chegaram a proclamar o amor  
“ livre e a licença para os crimes malthusianos. O útil indivi-  
“ dual afirma-se, cada vez mais, como a pedra de toque, o

“ *primum movens* das ações humanas. O cálculo cerebral do  
“ egoísmo vai apagando, dia a dia, o nobre e elevado sentido  
“ da vida. A consciência do homem afeiçoa-se aos agudíssimos  
“ ângulos de vista do comodismo pessoal e torna-se opaca à  
“ perspectiva dos interesses do grupo familiar e da comunhão  
“ social. A atualidade apresenta-nos uma espécie de ser hu-  
“ mano incapaz de uma proeza ou de um heroísmo que não  
“ seja inspirado pelo instinto da própria conservação ou do  
“ próprio sucesso nas competições da vida. É o indivíduo que  
“ só conhece e só alimenta o amor de si mesmo. É o indivíduo  
“ que já não se sente íntima e indissolivelmente ligado ao  
“ grêmio unitário da família. É o indivíduo que, no seu pro-  
“ gressivo desapego ao núcleo familiar, julga-se mesmo com  
“ a faculdade de desertá-lo ou de repudiá-lo, desde que ele se  
“ anteponha como um estorvo no seu caminho para Síbaris  
“ ou Corinto. É o indivíduo que já não vê na família um san-  
“ tuário de afetos, a formar com ele um todo único, um bloco  
“ monolítico e inscindível, em solidário desafio aos percalços  
“ da luta pela vida; mas um acessório eventualmente incômo-  
“ do, uma carga que não vale o preço, nem paga a pena do  
“ transporte. É o indivíduo que mede usurariamente o seu  
“ dever para com a família, mas é capaz de vender a alma ao  
“ diabo para assegurar-se a *boa vida* fora do lar. É o marido  
“ que assiste indiferente à discussão entre a esposa e o quitan-  
“ deiro por causa de um centavo a menos no preço do legume,  
“ e vai, sem remorso, despejar a bolsa até o fundo, no regaço da  
“ amante. É a mãe que deixa o filhinho enfermo aos cuida-  
“ dos mercenários da ama e vai gozar as noites alegres do  
“ mundanismo. É o filho adulto, bafejado pela sorte, mas  
“ duro de coração, que, ingrato e vil, deixa de socorrer seus  
“ velhos pais, cujas mãos trêmulas já não se prestam mais  
“ para o granjeio do pão de cada dia. Não exagero, não  
“ fantasio. Mesmo no Brasil, em que os costumes e o freio  
“ religioso têm preservado o instituto familiar contra certos  
“ fatores dissolventes, vai em *crescendo* a percentagem dos  
“ indivíduos que não vacilam em sacrificar o conforto e até



“ mesmo a subsistência da família aos prazeres mundanos. Para eles, o *leit motiv* é o gozo da vida. O tranqüilo recolhimento doméstico é-lhes insuportável pasmaceira e tédio. Já não procuram a intimidade afetuosa do domicílio familiar como a um doce remanso, em que a gente se refaz do entreviro cotidiano e chega a perdoar a maldade do mundo, e chega a esquecer as feridas abertas pelas arestas de rocha e pungentes acúleos nos caminhos da vida. Seus derivativos passaram a ser outros. Só querem da vida o que ela pode dar de voluptuosidade para os sentidos. Ao invés do lar doméstico, ao invés do plácido *chez soi*, buscam febrilmente o clube, o cassino, o cabaré, a *boîte*, o *dancing*, as amantes, os inescrupulosos amores de acaso nos poisos de Vênus Libertina, as *farras*, os bródios, as *escapadas* de automóvel, noite a dentro, em alegre companhia... Isto quanto a indivíduos do setor masculino. No tocante ao outro setor, surgiu modernamente o tipo de mulher que se convencionou chamar *emancipada*. Pode ser facilmente identificada. É a mulher que refoge à sua missão de mãe de família e, desvencilhando-se dos filhos em algum jardim da infância, somente cuida, como denuncia CARREL, de suas ambições mundanas, de seus caprichos de vaidade, de seus pruridos de beletrismo, de suas aventuras suspeitas, ou das partidas de *bridge*, das sessões de cinema ou das palestras nas casas de chá, desperdiçando o tempo numa azafamada ociosidade. É a mulher que tende a desprender-se do lar, desse lar que devia ser todo o seu mundo, desse lar que, no justo conceito de SIMMEL, representa a grande proeza feminina, a apuração da criação cultural da companheira do homem, com os seus valores perduráveis, influências morais, lembranças indeléveis, toda uma organização que se vincula ao transcurso variável e pessoal da vida, muito mais radicalmente que as criações de cultura de origem masculina. É a mulher que está a desvalorizar-se a si mesma no torvelinho da vida moderna, a emparelhar-se com o homem nas mesmas diretrizes egoísticas, a distanciar seu coração e seu espírito dos

“objetivos tradicionais, isto é, o lar, o esposo e os filhos. Vem  
“de tudo isso, como não podia deixar de vir, a decadência da  
“família. E com deplorável detrimento da organização e dis-  
“ciplina sociais. Porque é a família que liga o indivíduo à  
“sociedade universal dos homens, e é no seu seio, quando in-  
“tegrada no seu verdadeiro papel social, que se apreendem os  
“primeiros ensinamentos religiosos e éticos, as primeiras no-  
“ções do dever, do direito, da justiça e da equidade, o amor  
“pela pátria, o respeito às leis e à autoridade. É a plasma-  
“dora dos caracteres, a escola primária das virtudes morais  
“e cívicas. É a mais relevante das instituições sociais, por-  
“que é o germe do agregado político, a *celula mater* do Esta-  
“do, o fator basilar da reprodução humana, da formação da  
“individualidade interior, da firmeza e saúde do corpo social.  
“Somente na família coesa é que o homem pode atingir, no  
“belo pensamento de FABBRI, o sentido divino da vida, ilumi-  
“nado pelo amor, pelo espírito de sacrifício, pelo altruísmo,  
“por todos os fatores morais que representam os estímulos  
“espontâneos e naturais a que está ligado. A família é grupo  
“fundamental verdadeiramente eterno e insubstituível do Es-  
“tado. Os destinos da família estão visceralmente unidos aos  
“da sociedade. Não resisto à tentação de repetir, aqui, al-  
“guns excertos de uma oração de ALVES MENDES, transcritos  
“por PERCIVAL DE OLIVEIRA em sua notável dissertação sobre  
“o mesmo tema que ora nos ocupa: “Existe, senhores, uma  
“instituição que é a base necessária e o mais poderoso ele-  
“mento de grandeza das nações: instituição que é forçoso  
“chamar fundamental, no sentido rigoroso desta palavra,  
“porque não é possível tocar nela sem derribar até os alicer-  
“ces o grande edifício social. É a santa e imortal instituição  
“da família. . . A família, diz um publicista ilustre, é a segun-  
“da alma da humanidade, origem fecunda das populações  
“fortes e puras, santuário das tradições e dos costumes, em  
“que florescem todas as virtudes sociais. . . Abaixo da socie-  
“dade pública está a sociedade doméstica; depois da pátria,

“a família; mas, esta tão intimamente ligada àquela, que bem podemos dizer que lhe é origem e fundamento... Os Estados, segundo o plano da Providência, não são os autores da vida, são apenas seus defensores. A família é a sociedade criada para fecundar as gerações; o Estado é a sociedade organizada para defender as famílias. Tal é o ponto harmônico em que estas duas sociedades se encontram; a pátria, abrigando debaixo do seu escudo a segurança e a grandeza da família; a família, fecundando debaixo de seu teto a geração, que cresce para honra e defesa da pátria... O homem que bebeu o patriotismo no coração da família, de pé entre os seus túmulos tão consagrados e seus berços tão queridos, entre o lar doméstico, onde ama os seus pais, e os altares, onde adora o seu Deus, espera firme, com o valor no coração e com a arma na destra, todo o inimigo, que a ameaça. Se sucumbe na luta, estendido na porta de seu lar, morre feliz por fazer do seu cadáver o último baluarte da pátria; e sobre as ruínas causadas pelo estrangeiro, escreve com o seu sangue generoso estas palavras que, como em bronze, eu quisera ter gravado em vossas almas: “a família é a origem e a defesa da pátria”. Para o homem do individualismo à *outrance*, absorvido até a medula pela idéia fixa e exclusiva do êxito e plenitude de si mesmo, estas palavras do preclaro orador sacro não passam de parolagem obsoleta e vã... Sob o influxo das idéias do século XIX, argamassadas na “Declaração dos Direitos do Homem” e no mais despejado materialismo, a família perdeu sua finalidade política e religiosa, subvertendo-se a sua antiga energia unitária. Só em data recente é que os governos dos povos compreenderam que a decadência da família é a decadência do Estado e iniciaram uma política de reação em favor do instituto familiar. Era preciso amparar a família, como núcleo protoplásmico do Estado. A experiência dos últimos cem anos evidenciara a inocuidade das tímidas e facilmente iludíveis sanções de natureza civil, editadas em tal sentido. E o Estado, nos países mais ajeitados ao clima

“ individualista, *arregaçou as mangas*, para intervir com as  
“ sanções penais nesse terreno até então inacessível ao direito  
“ repressivo. O Estado, que anteriormente consentira em que  
“ a família fosse deixada, praticamente, à margem do direito,  
“ como uma instituição isolada, sentiu a necessidade da  
“ contramarcha. O indivíduo, emancipado da família, ao in-  
“ vés de evoluir, involuiu, revelando-se incapaz, como diz  
“ CHONEZ, de viver honestamente sob a exclusiva tutela do  
“ Estado. Era indispensável e urgente, no interesse mesmo  
“ da coletividade, que se obstruíssem as brechas praticadas  
“ pelos individualistas extremados no que eles chamam ironi-  
“ camente o “sistema celular” da sociedade. Daí, a nova polí-  
“ tica de reconstituição do indivíduo na família. Cum-  
“ pria evitar a gradual anulação do grupo familiar, protegen-  
“ do-o contra as causas de sua dissociação, reprimindo seve-  
“ ramente todos os fatos capazes de comprometer o seu futu-  
“ ro ou de lesar a sua integridade e coesão. Um dos traços  
“ mais salientes dessa política reacionária é a incriminação do  
“ *abandono de família* ou da *omissão de assistência à família*.  
“ A legitimidade dessa incriminação foi nitidamente acentua-  
“ da por ALFREDO ROCCO, ex-ministro da Justiça da Itália, na  
“ sua *Exposição de motivos* sobre o projeto definitivo do vi-  
“ gente Código Penal italiano: “O Estado deve dirigir cons-  
“ tantemente e com o máximo interesse a sua atenção sobre  
“ a instituição ético-jurídica da família, centro de irradiação  
“ de toda a vida civil. No seio da comunidade familiar, os  
“ pais, por suas palavras e, mais ainda, pelo seu exemplo, mo-  
“ delam a alma do filho, que será o cidadão de amanhã. Se-  
“ gundo o ambiente moral — sadio ou viciado — que encon-  
“ trar no lar paterno, verá ele crescer em si a planta do ho-  
“ mem de bem, ou, ao contrário, nele deitará raízes a planta  
“ malsinada e peçonhenta, do futuro delinquente.” Na Sema-  
“ na Internacional de Direito, realizada em Paris, em 1937,  
“ dizia IONESCO-DOLY, o representante da Romênia, versando  
“ o tema do crime de abandono de família: “A instituição es-  
“ sencial que é a família atravessa atualmente uma crise bas-

“tante 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 universal considera como o assento básico do *status familiae*. Virá isso contribuir para, em complemento de medidas que se revelaram insuficientes para a proteção da família, conjurar um dos aspectos dolorosos da crise por que passa essa instituição. É, de todo em todo, necessário que desapareçam certos fatos profundamente lamentáveis, e desgraçadamente cada vez mais freqüentes, como seja o dos maridos que abandonam suas esposas e filhos, deixando-os sem meios de subsistência, ou o dos filhos que desamparam na miséria seus velhos pais enfermos ou inválidos.”

Nos Códigos Penais mais recentes e em todos os projetos de Código Penal já figura o crime de *abandono de família*. Não podia ficar estranho à nova espécie delituosa o atual projeto de Código Penal brasileiro, notadamente quando teve de afeiçãoar-se à orientação do Estatuto Constitucional de 1937, em cujo art. 124 se proclama que “a família, constituída pelo casamento indissolúvel (tornando-se, assim, ocioso o debate *de lege ferenda* sobre o divórcio *a vínculo*), está sob a proteção especial do Estado”. Para a conceituação do novo crime, a legislação comparada oferecia-nos dois modelos: o francês, demasiadamente restrito, e o italiano, excessivamente amplo. Segundo a lei francesa, o crime de abandono de família é constituído pelo fato de, durante um certo período (três meses consecutivos), deixar de pagar o agente a pensão alimentar decretada por uma decisão judicial passada em julgado. Só é incriminada a omissão do dever alimentar judicialmente reconhecido e fixado no seu *quantum*. É o chamado *abandono pecuniário*. O Código Penal italiano não contemporizou com os preconceitos individualistas e foi até a incriminação do *abandono moral*. Assim dispõe o seu art. 570: “Aquele que, abandonando o domicílio doméstico, ou de qualquer forma adotando uma conduta contrária à

“ordem ou à moral das famílias, se subtrai às obrigações de assistência inerentes ao pátrio poder, à tutela legal, ou à qualidade de cônjuge, será punido com reclusão, etc.” No inciso 2.º do mesmo artigo é configurada a modalidade do abandono econômico, mas sem dependência de prévio reconhecimento judicial da obrigação de alimentos: “Deixar que falem os meios de subsistência aos descendentes de menor idade, ou inaptos para o trabalho, aos ascendentes ou ao cônjuge não legalmente separado por sua culpa.” Na 5.ª Conferência de Unificação do Direito Penal, efetuada em Madri, no ano de 1933, foi adotado, em relação ao abandono de família, embora por pequena maioria de votos, um texto inspirado no Código Rocco; mas na Semana Internacional de Direito, já acima citada, prevaleceu a tendência para o chamado *abandono material*, que traduz uma solução transacional ou de *meio-termo*: nem o critério restritivo do direito francês, nem a extensa fórmula do direito italiano. Como acertadamente ponderou BOUZAT, “com o *abandono moral*, entra-se no domínio dos crimes inominados”. Não se pode fixar de modo preciso a noção do *abandono moral*, de sorte que, à maneira do legislador italiano, ter-se-á de adotar uma fórmula genérica, com evidente risco para o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege*, que, à parte a Rússia, a Alemanha e a Dinamarca, ainda persiste em todas as legislações do mundo civilizado. Um juiz rigoroso, que tivesse de aplicar o *caput* do art. 570 do Código italiano, poderia reconhecer o crime até mesmo no fato de um marido que tivesse deixado de beijar a esposa durante uma quinzena... O modelo italiano não tem encontrado seguidores. O Código que mais procurou aproximar-se dele foi o romeno, de 1937; mas, ao cuidar do *abandono moral*, não fez mais do que incriminar certas variantes ou conseqüências do *abandono material*. Eis o que preceitua o seu art. 454: “Quem quer que, intencionalmente, houver deixado o domicílio familiar, abandonando aqueles para com os quais tenha a obrigação de assistência moral ou



“material, decorrente, quer do pátrio poder, quer da autoridade marital, quer da tutela legal, quer da qualidade de esposo, e, assim, expondo-os à miséria física e moral, comete o crime de abandono de família e será passível de prisão correcional, etc.”

“Como se vê, é exigido, primacialmente, o abandono físico do lar doméstico, e a esse abandono fica subordinado, para existência do crime, o fato ulterior do perigo de “miséria física e moral” da família.

“O projeto de novo Código Penal brasileiro, da autoria do Prof. ALCÂNTARA MACHADO, seguiu a corrente dominante: distanciou-se do paradigma francês, mas não chegou até a latitude do padrão italiano. Assim define ele o crime em questão: “Faltar, sem justo motivo, ao dever legal de sustentar filho menor ou cônjuge, deixando de ministrar o necessário ou de pagar, durante dois ou mais meses consecutivos, a pensão alimentícia judicialmente fixada.” E, a seguir, cuida da omissão referente a alimentos judicialmente fixados em favor de descendente, que não seja filho menor, ou de ascendente. A Comissão Revisora do projeto, da qual tenho a honra de participar, preferiu uma fórmula mais restrita: “Deixar, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes prestando os recursos necessários, ou faltando, durante três meses consecutivos, ao pagamento da pensão alimentar judicialmente fixada.” (Esta fórmula, com ligeira alteração de redação, e suprimida a cláusula sobre o tempo de mora da pensão alimentícia, foi afinal consagrada no Código.) E a seguir: “Deixar, sem justa causa, de socorrer em caso de grave enfermidade, descendente ou ascendente, ainda que não esteja nas condições mencionadas acima.” (No projeto definitivo, foram reunidas num só artigo esta e a fórmula anterior.)

“Reconhece-se, quer no projeto primitivo, quer no revisto, a fórmula de transação do denominado *abandono material*.

“Dois são os métodos adotados na incriminação: um *direto*, isto é, o crime pode ser identificado *diretamente* pelo juiz penal, que deverá verificar, ele próprio, se o agente deixou de prestar os *recursos necessários*; ou *indireto*, isto é, o crime existirá automaticamente, se, reconhecida pelo juiz civil a obrigação de alimentos e fixado o seu *quantum* na sentença, deixar o agente de cumpri-la durante três meses consecutivos. Aos membros da Comissão Revisora não se duziu a amplitude ou caráter genérico do modelo italiano. Toda entidade criminal deve ser nitidamente *perfilada* ou *escandida* nos seus contornos, a fim de evitar o perigo de substituição do legislador penal pelo juiz. Mas isso não quer dizer que se tenha inteiramente deixado à margem do futuro Código o *abandono moral*. Cuidou-se deste em casos especiais, precisamente definidos, como, aliás, já fazia o atual Código de Menores. Assim, incorrerá em sanção penal aquele que: *a*) desencarregar-se de filho menor de 18 anos, entregando-o a alguma pessoa, com a qual saiba ou deva presumir que ele se ache moralmente em perigo; *b*) permitir que o filho menor de 18 anos frequente casa de jogo mal-afamada, ou gente viciosa ou de má vida; *c*) assista ou participe de espetáculo capaz de ofender-lhe o pudor ou pervertê-lo; *d*) resida ou trabalhe em casa de prostituição; *e*) mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comisseração pública.

“Foi-se mesmo ao extremo de incriminar o *abandono intelectual*, embora num caso limitadíssimo: “Deixar, sem justa causa, de ministrar ou fazer ministrar instrução primária a filho em idade escolar.”

“Segundo o ponto de vista do projeto, o crime de abandono de família só existe quando praticado *sem justa causa* e *dolosamente*. Aquele que omite o dever de assistência à família por carência de recursos é um desgraçado, e não um delinquente. Para tal caso há o recurso previsto na Constituição de 1937: “Aos pais miseráveis assiste o direito de in-

“vocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole.”

“Não achamos razoável nem mesmo o modelo alemão, que submete a pena o indivíduo que deixa de acudir à família por entregar-se habitualmente à embriaguez ou à indolência. Outras medidas penais serão aplicáveis em tal caso, mas não a título de abandono de família. Não foi igualmente incriminado o *abandono culposo*, ou por mera negligência, enfeitado, assim, o exemplo do Código norueguês e da antiga lei do Cantão de Zurique. Só é punível o abandono *intencional*, embora não se indague do motivo determinante: se por egoísmo, cupidez, avareza, ódio, etc. Também não se aderiu à lei iugoslava e à opinião de GIVANOVITCH, no sentido de fazer depender a ação penal de prévia queixa da vítima. Entendeu-se que isso valeria por tornar letra morta o preceito penal, pois raro seria o caso de um cônjuge dar queixa contra o outro, ou de um filho intentar processo contra seus pais. Não se pode deixar de ter em atenção o que MARC ANCEL chama o *pudor familiar*, isto é, o sentimento que inibe o membro de uma família de revelar as faltas de outro, que, apesar dos pesares, continua a merecer o seu respeito e talvez o seu afeto, sentimento tão forte que, na maioria dos casos, levará a vítima a preferir sua própria condenação à miséria, em lugar da formulação de uma queixa em juízo. Devo, por último, acrescentar que, além da pena de detenção e de multa, cominadas na parte especial, ficará o agente do crime em questão, segundo uma norma da parte geral do projetado Código, relativa às penas acessórias, sujeito à privação definitiva ou temporária do pátrio poder ou autoridade marital. . . É bem verdade que a vida social no Brasil ainda não oferece, tão assustadoramente como em outros países, o fenômeno da desintegração e desprestígio da família. Nós, brasileiros, por mercê de Deus, vivemos um pouco à margem dos problemas que atormentam e desconcertam a Humanidade em outras plagas do mundo. Mas o preceito repressivo do abandono de família,

“inscrito em nossa vindoura lei penal, contribuirá, entre nós, para atalhar o mal incipiente ou preveni-lo, posto que muito é de nossos hábitos imitar os hábitos alheios. Resguarde-mos a tempo a família brasileira, que é ainda um dos mais preciosos elementos do patrimônio social desta Pátria, de que tanto e tão justamente nos orgulhamos.”

É necessário não confundir as hipóteses previstas no presente capítulo com as dos arts. 133 a 136, que punem formas de abandono em que ocorre o elemento “periclitacão da vida e da saúde”. O abuso de meios de correção e disciplina e os maus-tratos, punidos no Código italiano como crimes contra a assistência familiar (arts. 571 e 572), no nosso Código estão previstos entre os “crimes contra a pessoa”, no capítulo “Da periclitacão da vida e da saúde”.

124. **Abandono material.** É a figura central do crime de omissão de assistência à família (art. 244): “Deixar, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento da pensão alimentícia judicialmente fixada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.” Este dispositivo corresponde, em parte, ao artigo 292, III, da antiga Consolidação das Leis Penais: “Negar sem justa causa ao filho, legítimo, natural ou adotivo, menor de 16 anos de idade, os alimentos ou subsídios que lhe deve em virtude de lei ou de uma convenção ou decisão da autoridade competente; deixar de pagar, tendo recursos, a sua manutenção, estando ele confiado a terceiro com essa obrigação; abandonar, embora não o deixando só, quando ele se achar em perigo de morte ou em perigo grave ou iminente para a sua saúde.” Como se vê, o que dispunha a Consolidação somente dizia respeito aos *filhos* (Código Civil, arts. 397 e 405). Quanto a outros credores de alimentos — cônjuge, ascendente, irmão (Código Civil, arts. 397, 398 e

405) — o Código de Processo Civil, arts. 920 e 921, já impunha ao devedor a “pena” de prisão por um a três meses, se, intimado para execução de sentença condenatória por alimentos, não exhibisse prova do pagamento ou não justificasse “a impossibilidade do cumprimento da prestação”.

O art. 244 ora comentado pune o “cônjuge”, o “descendente”, o “pai”, devedores de alimentos *ao outro cônjuge, ao ascendente, ou ao filho*. Importa, pois, saber se a *prisão*, a que se refere o Código de Processo Civil, tem caráter de pena criminal, ou de prisão civil, meio coercitivo processual, tal como a prisão do depositário, a que se referem o Código Civil e o mesmo Código de Processo (art. 369). Se tal *prisão* é uma pena criminal, teria a lei processual-civil derogado o disposto na Consolidação das Leis Penais, tocante à recusa de alimentos ao filho menor, e o Código de Processo Civil estaria, por sua vez, revogado pelo artigo de que ora se trata, salvo quando o credor de alimentos não fosse o *cônjuge, o ascendente, ou o filho*. Parece-nos, entretanto, fora de dúvida que a prisão cominada no Código de Processo Civil é *mero meio processual coercitivo*: a prisão não pode exceder a três meses, ao passo que, no Código Penal, ela é de três meses a um ano, além da multa, e, conforme o caso, da incapacidade para o exercício de certas funções (pena acessória); *soamente é imposta uma vez, ainda que a recusa se repita, a respeito de outras prestações que se vencerem* (art. 921), o que não aconteceria, se criminal a pena, e (o que mais caracteriza a sua natureza civil) *pode ser levantada antes do termo mediante pagamento das pensões vencidas* (art. 920, § 3.º). Além disso, a prisão só é imposta requerendo-a a parte. Assim, tal como o depositário remisso, o devedor de alimentos fixados, em sentença, sendo dos enumerados no art. 244 do Código Penal, fica sujeito ao processo-crime, além de sujeitar-se à prisão do Código de Processo Civil, prisão esta que, como acontece com a do depositário relapso (Código de Processo Civil, art. 369), não é decretada de ofício pelo juiz. O juiz, *ex officio*, ou a requerimento do Ministério Público, fará re-

meter a quem de direito as necessárias peças para o procedimento penal, mesmo antes de findo o prazo da prisão civil (ou ainda quando esta não tenha sido requerida), desde que o devedor seja o *cônjuge*, o *descendente*, ou o *pai*.

Entre os sujeitos ativos do crime, destaca-se, em primeiro lugar, o *cônjuge*. Segundo o art. 244, o *cônjuge* que “deixa, “sem justa causa, de prover à subsistência do outro *cônjuge*, “não lhe proporcionando os recursos necessários ou faltando “ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente fixada”, comete o crime de *abandono material*. No caso, o sujeito passivo é o outro *cônjuge*. Para formar justa idéia do *elemento material*, necessário é ter presentes certas noções de direito civil.

É dever de ambos os *cônjuges* a *mútua assistência* (Código Civil, art. 271, III); compete ao marido, como chefe da sociedade conjugal, *prover à manutenção da família, obrigada, porém, a mulher, a contribuir para as despesas do casal*, com os rendimentos de seus bens, na proporção do seu valor, relativamente ao dos do marido, no regime de separação, salvo estipulação em contrário no contrato antenupcial (Código Civil, arts. 233, V, e 277). A obrigação do marido, de *sustentar a mulher*, está firmada no art. 234 do Código Civil, cessando quando ela abandona, sem justo motivo, a habitação conjugal e a esta recusa voltar, cabendo, no caso, em proveito do marido e filhos, seqüestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher. A referida obrigação é imposta como consectário dos direitos maritais (Código Civil, artigos 242, VII, e 244), só podendo o juiz suprir a autorização do marido, para o exercício de profissão, quando ele não ministra à mulher e aos filhos os *meios de subsistência* (Código Civil, art. 245, II). Para pedir alimentos que lhe couberem, não carece a mulher de autorização para estar em juízo (Código Civil, art. 248, IX). O art. 256 do Código Civil permite aos nubentes estipularem por meio de pacto antenupcial o que lhes aprouver relativamente aos seus bens. Não é lícito,



porém, transigir a respeito da obrigação de alimentos, resultante dos citados dispositivos.

Se a mulher dispõe de bens particulares, os rendimentos desses bens serão levados em conta para *avaliar-se* a obrigação alimentar do marido, seja qual for o regime de bens (Código Civil, arts. 263, 269 e 276 a 278 e segs.), quer a administração caiba à mulher, quer ao marido. O *quantum* da obrigação alimentar é determinado pelo valor pecuniário dos recursos necessários à “subsistência da mulher”, como está expresso no dispositivo ora comentado. Também o Código italiano, no art. 570, fala de “meios de subsistência”, e, comentando-o, diz MANFREDINI que o conteúdo da expressão é o do subministrar os meios de subsistência às pessoas indicadas, *avaliados segundo um critério de proporção de ordem racional-natural*, não parecendo se deva levar em conta o critério *social*, dada a noção de *suficiência* à vida física precisada nos *meios de subsistência*, pouco importando, porém, que a falta seja *parcial* (ob. cit., pág. 347). No direito civil, “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada” (Código Civil, art. 400), sendo alteráveis conforme as mudanças de fortuna do devedor ou do credor (Código Civil, art. 401).

Dificulta a aplicação do dispositivo a referência feita a sentença cível, já que na primeira parte dele se repeliu o critério da lei francesa de 1924, modificada em 1928, para adotar o do art. 570, 2.º, do Código Penal italiano, onde, coerentemente, não há tal referência. O crime se caracteriza pela simples *falta* de proporcionamento dos meios de subsistência, haja, ou não, sentença. O critério da lei francesa tem a vantagem de fornecer uma base certa para apuração do elemento material do delito, e o inconveniente de colocar o instituto penal na dependência do civil de alimentos.

O nosso Código, seguindo o sistema francês (deixar de cumprir condenação civil por alimentos) e o italiano (deixar de fornecer os *meios de subsistência*), adotou critérios diversos e dificilmente conciliáveis. JANNITTI-PIROMALLO explica,

quanto ao sistema italiano, que “a nova norma repressiva não é meramente sancionadora da violação da obrigação *civil* de alimentos”, e, com clareza, o ministro Rocco expôs o sistema: “Quis fazer uma previsão autônoma do instituto “civilístico dos alimentos, mantendo, porém, sempre, como “base da incriminação, a obrigação jurídica da prestação dos “alimentos. Em outros termos, *não seguiu o sistema franco-belga*, que mune de sanção penal a violação da obrigação “alimentar *liquidada*; mas desejei dar o máximo relevo ao “conceito da violação da obrigação da assistência familiar, “atingindo aquilo que contrasta com o senso ético da família: “na recusa dos meios de subsistência... deve concorrer uma “real condição de *necessidade efetiva*, o que pode ser apurado “no crime; mas, a *cognitio* do juízo penal não deve exaurir “o juízo alimentar, estatuinto também sobre o *quantum* e o “*quomodo* da prestação” (*Relazione alla Com. Parlamentare*, n.º 640).

Não há realmente, sobre o *quantum debeat*, coincidência entre o que se exige no crime e no cível: *meios de subsistência* não se identificam com *alimentos*. A referência à sentença cível virá trazer certas dúvidas, à vista do disposto nos arts. 920 a 922 do Código de Processo Civil. Com efeito, como o art. 244 do Código Penal considera crime o fato de deixar de prestar os meios de subsistência, independente de condenação no cível, basta que o Ministério Público saiba do fato para que seja obrigado a proceder no crime, visto ser pública a ação. Ora, pelo art. 920, § 1.º, do Código de Processo Civil, somente no caso de *não poder ser feito o desconto* pela forma indicada no art. 919, e *quando a parte o requer*, é que o devedor será intimado para, em três dias, pagar ou justificar a impossibilidade de o fazer. Mas, mesmo que o devedor, no tríduo, efetue o pagamento, ou seja feito o desconto do artigo 919, ou penhora, nada disso o livra do crime, porque este *pode consistir no simples fato de, independente de condenação no cível, ter deixado de proporcionar os meios de subsistência ao alimentado*. Por outro lado, se a parte não requer o dis-

posto no art. 920, § 1.º, do Código de Processo Civil, o Ministério Público, embora não possa, em regra, proceder *no cível*, terá de proceder *no crime*, visto ser pública a ação. A diversidade dos critérios de avaliação dos “meios de subsistência” e dos “alimentos” aconselhava se optasse por um único sistema.

Do art. 244 resulta, em conclusão, o seguinte: a) se o sujeito ativo deixou de proporcionar os meios de subsistência (no sentido do *necessário para subsistir*, e não no sentido de *alimentos* do direito civil) ao sujeito passivo, sem justa causa, o Ministério Público deve proceder, pouco importando a questão cível; b) igualmente se se deixou de cumprir a sentença de *alimentos* pela forma indicada no art. 920, § 1.º (que é só para o efeito da prisão administrativa), ou a do art. 918 do Código de Processo Civil, caso este em que, findas as 24 horas, poderá o Ministério Público atuar no crime, a menos que haja oferecimento de bens à penhora. É que deixar de cumprir a sentença cível pressupõe a constituição em mora pelo esgotamento dos prazos fixados na lei do processo civil.

Na avaliação dos alimentos, mesmo no cível, não de ser considerados os termos da lei civil e, hoje, os da lei penal, com o seu pensamento, a sua finalidade, que não é o de animar o luxo, o desperdício, mas o de assegurar a subsistência e o desenvolvimento *sadios*, moral e materialmente, da família. Assim, os alimentos da mulher, quaisquer que sejam as posses do marido, não devem exceder o necessário a uma vida decente, mas sóbria; o contrário seria concorrer para a destruição do capital, num regime em que a iniciativa individual é um dos fundamentos da riqueza e da prosperidade nacionais (Constituição Federal, art. 145). O *bom varão* é o homem sóbrio e econômico, no morar e no vestir, na mesa como na vida social ou mundana, e é com o critério do *bonus pater familias* que o juiz fixará a importância dos alimentos, mesmo porque a sentença cível dará também base ao procedimento criminal. Decidiu a Cassação de Roma, em 1932 e 1933, que a expressão “meios de subsistência” tem alcance bem

mais restrito do que aquela com a qual o Código Civil italiano designa a obrigação de alimentos, sendo necessário demonstrar que hajam sido negados os “meios de subsistência”, para que se configure o crime que, em nosso Código, é prefigurado na primeira parte do art. 244. Em face deste, porém, tratando-se de *falta de cumprimento à sentença cível*, não há que cogitar do *quantum*.

Durante a sociedade conjugal, como depois da sua dissolução por desquite, ou anulação de casamento, poderá verificar-se o crime. No caso de desquite amigável, observar-se-á o que foi acordado pelos cônjuges, mas, se convencionada pensão alimentícia, posto que controvertido o ponto (por causa da questão em torno de ser ou não de caráter alimentar a dívida, face ao disposto no art. 322 do Código Civil), parece-nos que a falta da prestação caracteriza o crime (*contra*, as decisões das Cortes de Apelação de Paris, de Douai, de Calmar; *pró*, decisão da Cassação francesa, *apud* DALLOZ). Entendo que, tanto no desquite amigável como no contencioso, o que ficou fixado como pensão alimentar, conserva este caráter; quando feita a fixação vigorava a sociedade conjugal, mas, uma vez dissolvida esta, e por isso mesmo, a pensão não pode ser aumentada nem diminuída, por causa do disposto no art. 322 do Código Civil. No caso de anulação de casamento, haverá alimentos para a mulher na hipótese de casamento putativo, estando ela de boa fé (Código Civil, art. 221 e parágrafo único), e, com relação à pensão fixada e seu caráter, observar-se-á o mesmo que no desquite. No tocante aos alimentos devidos à mulher pelo marido, a lei toma em conta, para torná-la credora, a sua pobreza, e, no desquite judicial, ou na anulação ou nulidade de casamento, a pobreza e inocência (cf. Código Civil, arts. 320 e 321 e parág. único). Não importa, pois, que ela possa trabalhar, ou exercer profissão; mas, *se ela auferir, de fato*, proventos de profissão que exerça, estes entrarão em linha de conta, como o rendimento de seus bens particulares, ressalvado o que se disse quanto às fixações em sentença ou por acordo: os proventos que ela,

*depois*, passar a ter, não diminuirão a pensão fixada *definitivamente* na sentença ou no acordo. A obrigação de alimentos da mulher ao marido está incluída na de mútua assistência. Mas a lei não a tornou dependente da pobreza do marido e, dispondo caber a este sustentar a mulher, desses preceitos da lei civil se colhe que a mulher deve alimentos quando o marido não pode ganhar o seu sustento e a mulher lhe pode fornecer os meios de subsistência necessários, como no caso de doença e em outras circunstâncias (CARVALHO SANTOS, ob. cit., IV, págs. 337 e segs.). Aplica-se aqui o princípio geral em matéria de alimentos: é necessário que quem os pretende esteja em necessidade e não possa ganhar a vida por seu trabalho e quem os forneça possa fazê-lo sem desfalque do necessário ao próprio sustento (PLANIOL, ob. citada; art. 399 do Código Civil). Note-se que o Código Civil, ao dispor sobre alimentos, não enumera entre os credores e devedores da obrigação alimentar o cônjuge; mas, é que essa obrigação entre cônjuges não resulta do parentesco, senão da sociedade conjugal. O Código Civil estabelece (arts. 396 e segs.) a ordem em que os parentes são chamados a prestar alimentos; mas deve entender-se que em primeiro lugar são eles devidos pelo *cônjuge*; depois é que vêm os parentes (PLANIOL, ob. cit., n.º 2.063).

A falta de assistência propriamente dita, dever mútuo dos cônjuges, que compreende os *cuidados pessoais* em caso de enfermidade, não incide sob a sanção penal. Essa assistência se distingue do dever de alimentar, constituindo uma obrigação de *fazer*, ao passo que a de alimentos é uma obrigação de *dar*. A falta de cuidados pessoais só encontra uma sanção na lei civil: a do desquite, quando a falta assume caráter de *injúria grave*. PLANIOL faz a distinção com clareza. O artigo ora comentado, parte final, pune a falta de assistência propriamente dita ao ascendente ou descendente, deixando de fazê-lo quanto ao cônjuge.

No caso de abandono, sem justa causa, do lar conjugal pela mulher, bem como no caso de desquite judicial, não ten-

do o cônjuge culpado direito a alimentos (Código Civil, artigos 234 e 320), não incorre o outro no crime.

Sujeito ativo do crime pode ser, também, o pai, ou a mãe, a quem cabe a obrigação de “sustento, guarda e educação dos filhos” (Código Civil, art. 231, IV), enquanto menores estes e sujeitos ao pátrio poder. Se maiores ou emancipados, cessa a obrigação da guarda e educação, mas fica a *obrigação alimentar* oriunda das *relações de parentesco*, em torno das quais se formou o instituto dos alimentos (Código Civil, arts. 396 e segs.). Enquanto menores os filhos, compete aos pais, no exercício do pátrio poder, dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda, podendo exigir dos mesmos obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição (Código Civil, art. 384, VII). Assim, o pai, ou mãe, deve sempre alimentos aos filhos menores sob pátrio poder. Todavia, a sanção penal somente protege o *filho menor de 18 anos* ou o *inapto para o trabalho*, que são os sujeitos passivos do crime *dos pais*. Tendo em vista as faculdades inerentes ao pátrio poder, notadamente as que conferem aos pais o poder de administrar e o usufruto; que a menoridade cessa aos 21 anos; que, de regra, a cessação da incapacidade antes dessa idade depende de *concessão dos pais* (Código Civil, art. 9.º); e os casos de emancipação previstos no art. 9.º, § 1.º, do Código Civil: não parece preferível o critério da idade adotado no artigo que ora se comenta. O pátrio poder acarreta, sempre, a obrigação de alimentar, mesmo porque o produto do trabalho do filho menor em regra cabe ao pai (Código Civil, arts. 389 e 391). Se o elemento material do crime consiste em “deixar sem justa causa de prover à “subsistência do filho, não lhe proporcionando os recursos “necessários ou faltando ao pagamento da pensão alimentícia fixada judicialmente”, se é, em suma, o não-cumprimento injustificado da obrigação alimentar, seria preferível que a lei penal remetesse para a lei civil, como o fizeram os Códigos suíço (art. 217) e italiano (art. 399). O sujeito passivo será, pois, no caso, o filho menor de 18 anos, e, além dessa ida-



de, o “inapto para o trabalho”. O Código italiano fala dos “descendentes de menor idade ou inaptos para o trabalho”. O critério da inaptidão para o trabalho é o mesmo que a lei civil impõe para a obrigação alimentar: parente que não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção (Código Civil, art. 399).

O Código não fala do *descendente* (salvo o filho) como sujeito passivo do crime: não será crime a recusa de alimentos pelo avô ao neto desamparado, inapto para o trabalho, mesmo menor. Somente no caso de falta de assistência propriamente dita, falta de *socorro* ao descendente “gravemente enfermo”, responderá criminalmente o ascendente (ainda que não seja o pai). No entanto, o princípio da reciprocidade domina o instituto civil dos alimentos, e o Código pune o descendente que os nega ao ascendente. Outros Códigos rezam pela regra da reciprocidade, que se impõe (Código italiano, art. 570, 2.º). Além disso, o legislador penal contrariou o civil, para o qual a obrigação dos ascendentes *precede* a dos descendentes (Código Civil, arts. 397 e 398).

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 *adulterinos*, 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. 1.º da Lei n.º 883, de 1949). Os *oriundos de casamento nulo* serão igualmente credores (Código Civil, art. 405).

Nos desquites amigáveis, o acordo sobre alimentos vale *entre os cônjuges* e em *proveito dos filhos*, mas não pode ser invocado *contra estes*, não prejudicando a terceiros a transação, nem sendo lícito renunciar o direito a alimentos (Código Civil, art. 404). A obrigação do pai adotivo não exclui a dos pais legítimos, naturais ou espúrios (Código Civil, artigo

397). A suspensão, perda ou interdição (art. 69) do pátrio poder não influem na obrigação alimentar. Não é raro reconhecerem os amásios de mulheres casadas, no registro civil, ou mesmo por outro meio, os filhos destas nascidos durante o concubinato; tais filhos, porém, não são senão filhos do marido, salvo sentença em contrário, provocada por este em ação negatória de paternidade: *pater est is quem nuptiae demonstrant*. Esses estranhos, que se dão por pais, não o são, e não devem alimentos. No caso da sentença acima referida, o documento em que se reconheceu a paternidade serve para fundamentar ação de alimentos: a partir da sentença, o que subscreveu o documento fica obrigado a alimentos e pode cometer o crime. Sem a sentença, o pai é o marido e ninguém mais; o que registrou como seu o filho de mulher casada comete *falsidade*, e o registro ou o reconhecimento são nulos *pleno jure*.

Diz o art. 244: “Deixar, sem justa causa, de prover à subsistência de ascendente inválido ou valetudinário, não lhe proporcionando os recursos necessários, ou faltando ao pagamento de pensão...” Sujeito ativo do crime, aqui, é o descendente, sendo sujeito passivo o “ascendente *inválido* ou *valetudinário*”. O elemento material, nesta hipótese, é o mesmo das anteriores. Parece não ser bastante que o ascendente, na expressão da lei civil, *não possa prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção* (Código Civil, art. 399), para que a falta de cumprimento da obrigação alimentar constitua o delito previsto: é necessário que o pai, ou o avô, etc., sejam *inválidos* ou *enfermicos*, adoentados, achacados. Não há palavras supérfluas na lei. Entretanto, *senectus est morbus*.

A situação dos que recebem crianças para criar é regulada pelos arts. 32 e 33 do Dec. n.º 5.083, de 1926 (tutela especial), e o abandono a que se refere o art. 79 do mesmo decreto pode assumir a forma de privação dos meios de subsistência. Mas, no Código, não se prevê a hipótese.

O direito de alimentos é recíproco entre irmãos (Código Civil, art. 398); mas, como a sanção penal não abrange

esses parentes, não podem eles ser sujeitos ativos ou passivos do crime.

Quanto ao *nascituro* (*nasciturus pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur*), tem ele direito de pedir reserva de alimentos (em face do art. 4.º do Código Civil), podendo a mãe pobre ou o curador recorrer ao juiz para obtê-los, sem despesa (Dec.-Lei n.º 4.083, art. 43). Se há sociedade conjugal, ocorre abandono do marido. Em se tratando de filho ilegítimo, não contemplando o nosso Código o “abandono de mulher já grávida”, justamente punido pelo Código suíço (art. 218), parece não se configurar o crime previsto no art. 244, não obstante o disposto na lei civil sobre o nascituro. O pai pode reconhecer o nascituro (Código Civil, art. 357, parág. único) e, mesmo em se tratando de espúrio, se existir algum dos meios de prova da filiação enumerados no art. 405 do Código Civil (por exemplo, uma sentença criminal em que se reconheça a autoria da gravidez), o filho, desde que nasce, tem direito a alimentos do pai. Nas mesmas condições, antes de nascer, tem ele esse direito, posto a salvo, na forma do art. 4.º do Código Civil, no sentido de que lhe sejam reservados, para que os exerça quando nascer, os direitos que lhe tocariam se já tivesse nascido. Só a *pessoa*, o homem, pode ser *titular de direitos e os exercer*; os direitos do nascituro ficam *guardados*, desde a concepção, dando-lhe a lei *curador*, mas para que ele os exerça quando nascer. Assim, a quota correspondente ao filho nascituro, numa herança, fica-lhe *reservada*; mas, antes de nascer não pode ele, por seu curador, *v.g.*, vendê-la (*exercício de direito*). Do mesmo modo, não pode o nascituro propor ação de investigação de paternidade, ou outra, salvo para reserva de alimentos, pois seria isso *exercer* direitos e não *resguardá-los*. São, porém, alimentos do nascituro, o necessário para as despesas do parto e resguardo, porque *meios necessários à sua subsistência*. Assim, se o pai legítimo ou ilegítimo deixou, sem justa causa, de cumprir a obrigação de ocorrer a essas despesas, incorrerá na sanção penal.

A ação penal será instruída com um dos meios de prova dos arts. 357 e 405 do Código Civil, mas, qualquer que seja a prova da filiação, *a partir da existência desta prova*, mesmo quando resulte de sentença passada em julgado, em ação de investigação de paternidade, ou de sentença de que trata o citado art. 405; não se dão alimentos para o passado, sob sanção penal, porque os pais não são obrigados a reconhecer seus filhos naturais. Impor-lhes sanção penal seria indiretamente constrangê-los a esse reconhecimento.

Na parte final do art. 244 é incriminado o fato de “deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente gravemente enfermo”. Trata-se mais de uma hipótese de *abandono moral* do que de *abandono material*. O fato incriminado não é “faltar à obrigação alimentar” para com o sujeito passivo gravemente enfermo, pois, se assim fosse, haveria redundância, salvo para a hipótese em que o ascendente, além do primeiro grau, é o sujeito ativo. A obrigação, como lembra PLANIOL, não é só *de dar* (obrigação alimentar), mas *de fazer* (assistência propriamente dita), obrigação de *cuidados pessoais*, ou *por interposta pessoa*. A obrigação é recíproca, isto é, descendente e ascendente, qualquer que seja a sua idade (acima de 18 anos) ou condição, podem ser sujeitos ativos e passivos do crime. O elemento material é a falta de cuidados pessoais (“socorro”) na enfermidade grave.

O elemento psicológico é o dolo genérico, a vontade dirigida a um dos fatos de abandono, sabendo o agente da própria qualidade *de fato* em relação ao sujeito passivo (MANFREDINI). O erro de direito não escusa (art. 16). Na falta de subministração de meios de subsistência, o dolo reside na só vontade consciente de fazer faltar os alimentos, não podendo o acusado invocar a renúncia a estes pelo credor, sendo tal renúncia sem efeitos jurídicos civis e irrelevante para os efeitos penais, ainda em relação ao dolo (Cassação de Roma, 1932).

Declara o texto legal que a falta à obrigação, para constituir crime, deve ser *sem justa causa*, sem que houvesse necessidade de fazê-lo (cf. Códigos suíço, art. 217, e italiano, art. 570).

A acusação incumbe provar, apenas, a existência da obrigação: o casamento, ou o parentesco; que o credor é necessário; que o devedor está em condições de prestar os alimentos. Se há decisão cível, o réu poderá provar que *depois* da decisão lhe faltaram os meios de cumpri-la (v. art. 920, § 1.º, do Código de Processo Civil). Se não há essa decisão, poderá o réu provar que lhe faltam os meios; que o sujeito passivo não carece de alimentos (não aproveita, porém, ao réu provar que foi por culpa do próprio credor que este veio a carecer de alimentos).

Outra justa causa estará em não ter sido observada a *ordem* em que os parentes são chamados a prestar alimentos (Código Civil, arts. 397 e 398), e sobre o *quantum* influi a ocorrência de *concurso de obrigados* e *concurso de credores*, hipóteses reguladas nos arts. 435 e 436 da lei italiana de 12 de dezembro de 1938 (novo Livro I do Código Civil italiano), perfeitamente aplicáveis entre nós, dada a omissão do nosso direito a respeito. Não há solidariedade (v. PONTES DE MIRANDA, *Direito de Família*, § 164). PONTES DE MIRANDA assim resume as defesas que o réu pode alegar no cível, oponíveis no crime, como *justas causas* da não-prestação: *a*) que tem apenas o necessário a seu sustento; *b*) que o autor tem haveres, ou ofício, com que se mantenha em condições relativas à sua posição social; *c*) que já destinou bens ao cumprimento da ação alimentar e que o autor recebe as rendas ou se recusa a recebê-las, embora bastem à sua manutenção; *d*) que, sendo filho ou neto tutelado, o alimentando se afastou sem justo motivo da casa paterna ou do avô, para onde deve voltar; *e*) que a autora tem marido que a deve e pode sustentar; *f*) que o autor é casado e não cobrou os frutos do dote de sua mulher, ou não os procura colher; *g*) que o autor é casado pelo regime da separação de bens e não pede

à mulher a contribuição desta para as despesas do casal; h) que existe pessoa a ser chamada antes do oponente; i) que o autor pode prover por seu trabalho à própria subsistência (CARVALHO SANTOS, ob. cit., VI, pág. 164). Consuma-se o delito pela efetivação do evento indicado. Assinala MANFREDINI que a tentativa parece configurável, dado o evento de dano que importa execução preparatória das condições causais que se não transformam imediatamente no evento do crime.

Tratando-se de crime *subsidiário*, não é admissível o *concurso delictorum* (MANFREDINI).

A ação penal é *pública* (art. 102).

O Código Civil, art. 404, dispõe: "Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos." A obrigação alimentar não pode ser objeto de renúncia, de transação, de compensação, de cessão, de alienação, de penhora, de seqüestro (cf. CARVALHO SANTOS, comentário ao art. 404 do Código Civil). Assim, não vale a defesa do devedor fundada num daqueles fatos como extintivos ou modificadores da obrigação (Cassação de Roma, 1932, in PIROMALLO, *Man. Legislativo*, nota ao art. 570 do Código Penal italiano). Pergunta-se, porém, se no caso de *deixar o credor de exercer o direito*, como lhe faculta a lei, incorre o devedor no crime previsto. A questão oferece alguma dificuldade. O crime existe e o Ministério Público deve proceder desde que ele é executado ou tentado, sendo irrelevante a declaração do credor de que não quis ou não quer exercer o direito, pois isso equivaleria a *renunciar* ou a admitir a extinção da ação pelo *perdão*, contrariamente ao disposto no art. 107. O ponto é líquido se o credor é incapaz, caso em que seu representante legal deve, até, reclamar em nome dele os alimentos (CARVALHO SANTOS, VI, pág. 201). Mas, mesmo *sui juris* o credor, é inadmissível a defesa com base na primeira parte do art. 404 do Código Civil. O remédio para o credor que não quer receber está no pagamento por consignação; pelo menos há de o réu provar ter feito oferta das prestações: é a conclusão a tirar, sob pena de se ter de admitir a renúncia



aos alimentos. Aliás, a razão de ser pública a ação penal, e independe até de representação (artigo 102, § 1.º), está explicada na *Exposição de motivos*. O espírito da lei é conseguir a coesão e solidariedade do agrupamento familiar, mesmo a despeito da vontade individual de seus membros.

A pena cominada é de três meses a um ano de detenção, ou multa de um mil a dez mil cruzeiros. A imposição da multa não prejudica a execução civil por alimentos; e o crédito pela obrigação alimentar, reduzida ao limite do indispensável (volta à baila o conceito de *meios de subsistência*), prefere ao proveniente da multa (art. 37, § 3.º). O art. 37, § 3.º, porém, fala de “família”, quando devia ter dito “credores por alimentos”: assim, a menos que se interprete por extensão a preferência, o que não é jurídico, esta só aproveitará ao cônjuge, ao pai, ao filho; não ao avô, etc., que não são da “família”.

A obrigação alimentar pode garantir-se por hipoteca judiciária, que não importa, porém, preferência (Cód. Civil, art. 824). Quanto às penas acessórias, é interessante notar que o Código italiano não incluiu entre elas a perda ou suspensão do pátrio poder (art. 570, combinado com o art. 34). A questão ficou devolvida ao direito civil. O Código suíço, art. 53, impõe a decadência do pátrio poder, tutela e curatela no caso de condenação a prisão por *infração dos deveres de pai, ou mãe, tutor ou curador*; e ao juiz incumbe a declaração de *incapacidade* para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos casos mais graves. Não confundir *perda* (relativa) com *incapacidade* (absoluta). Fora disso, se o juiz, em qualquer crime, considera o condenado indigno de exercer qualquer dessas funções, avisará ao juiz doível competente (art. 53). O Código italiano só tratou da perda (relativa) e da suspensão (art. 34). O nosso Código, no art. 69, II e III, só se ocupou da *incapacidade* (absoluta), isto é, em relação a qualquer *cônjuge, filho tutelado, curatelado*, e não apenas em relação aos sujeitos passivos do delito *in specie*, ou à função que o agente está exercendo. A incapacidade permanente é imposta quando do crime re-

sulta *manifesta incompatibilidade* com o exercício da autoridade marital ou do pátrio poder (art. 69, parág. único, II, letra *a*); ou de tutela ou curatela (art. 69, parág. único, III, letra *a*); a incapacidade temporária está prevista no art. 69, parág. único, II, *b*, e III, *b*. Está-se a ver que o legislador deixou de fazer a distinção do Código suíço por inadvertência. Assim, enquanto que, no art. 69, III, fala da incapacidade *para* o exercício *de* tutela ou curatela (qualquer), no art. 69, parág. único, III, *a*, fala da incompatibilidade com o exercício *da* tutela ou curatela (dando a entender referir-se à tutela, ou curatela, *determinada*, ou *que se está exercendo*). Aliás, nunca se declara *incapacidade* de exercer o poder marital; decreta-se a perda com relação a *determinada mulher* (o agente pode casar de novo); a incapacidade só se refere ao pátrio poder, tutela ou curatela, como deixa certo o citado art. 53 do Código suíço. Teria sido preferível adotar a terminologia da lei civil, que só conhece a *suspensão* ou a *perda* do pátrio poder (Cód. Civil, arts. 394 e 395), a incapacidade para exercer a tutela ou a curatela ou a remoção (Código Civil, art. 413, combinado com o art. 453), e desconhece a própria perda da autoridade marital, impondo apenas a suspensão (art. 251). Em suma, a nosso ver, há confusão do legislador entre “perda e suspensão” e “incapacidade”, parecendo lícito interpretar-se o disposto no art. 69, II e III, no sentido de compreender a “incapacidade”, a “perda” e a “suspensão”, aplicando-se o critério da primeira parte do art. 53 do Código suíço (embora se possa argumentar que o direito penal não está adstrito às sutilezas técnicas do direito civil). Assim: 1, a *incapacidade* só se entenderá com o *pátrio poder, tutela ou curatela*; 2, a incapacidade permanente para o pátrio poder só se decretará nos casos gravíssimos; 3, a incapacidade temporária para o pátrio poder referir-se-á aos casos graves; 4, os casos de perda do pátrio poder serão decretados tendo-se em vista o disposto no art. 395 do Código Civil, combinado com o disposto no

Código de Menores; 5, os casos de suspensão do pátrio poder serão decretados tendo-se em vista o disposto no art. 394 do Código Civil e no Código de Menores (v. a respeito de suspensão e perda do pátrio poder o comentário de CARVALHO SANTOS, VI, págs. 132 e 152); 6, os casos de *perda* (a *incapacidade* do Código é *perda*) do poder marital, definitiva ou temporária, serão decretados tendo-se em vista o disposto no art. 69, parág. único, II, *a* e *b*; 7, os casos de *incapacidade* para a tutela ou curatela, e de conseqüente remoção, serão decretados tendo-se em vista o disposto no art. 69, parág. único, III, do Código Penal, e no art. 413 do Código Civil.

A consulta à lei civil impõe-se, uma vez que o juiz terá de apreciar a influência do fato criminoso na capacidade do agente para o exercício das funções em apreço.

É interessante em outra ordem de idéias notar que, tratando das interdições, preferiu o Código deixar de estabelecer a *interdição legal do condenado*, regulada no art. 32 do Código italiano, segundo o qual o condenado a reclusão por cinco anos ou mais fica sujeito a interdição judicial, nomeando-se-lhe curador na forma da lei civil. Se, pois, a condenação a reclusão ou detenção for por mais de dois anos, os bens do criminoso serão, em regra, administrados por sua mulher (Código Civil, art. 251, II); nos demais casos, não é ele prejudicado na sua capacidade civil, salvo o disposto no art. 69, podendo até constituir procurador. Quanto à pena acessória de “publicação da sentença” (art. 73), não parece ter cabimento (cf. Código Penal italiano, arts. 186, 367, 448, 475, 498, 518 e 722, em confronto com o art. 570). Talvez se possa cogitar dessa pena no caso de condenação que acarrete incapacidade para o exercício de tutela ou curatela, visto o caráter de múnus público da função.

**125. Questões prejudiciais.** Para o exercício da ação penal (salvo, claro está, quando se tratar de não-cumprimento de sentença em ação de alimentos), deve provar-se a relação de casamento ou de parentesco entre os sujeitos ati-

vo e passivo. O casamento celebrado no Brasil prova-se, ou pela certidão do registro civil, ou, justificada a falta ou perda da mesma, por qualquer outra espécie de prova. Há de o juiz do crime consultar as disposições especiais dos arts. 202 e segs. do Código Civil sobre as provas do casamento, podendo, ou devendo mesmo, conforme a gravidade da questão civil, remeter as partes ao juízo cível, na forma do art. 92 do Código de Processo Penal. A devolução não se dá *obrigatoriamente*: depende da condição de ser *séria e fundada* a controvérsia. É necessário lembrar que o casamento *existe até que seja declarado nulo ou anulado*, seja a causa de nulidade a bigamia, ou outra; o dever de alimentos fica em vigor até a sentença cível e pode persistir, se há putatividade do casamento. Assim, provado o matrimônio por certidão, a ação penal não se suspende; se se alega, *v.g.*, falsidade do termo, ou se se pretende dar diversa prova do casamento (Código Civil, art. 202, parág. único), a devolução justifica-se, segundo e por causa da dificuldade de apreciação da prova (seriedade da controvérsia), e não só por se tratar de questão de estado: se o juiz criminal julga difícil afirmar, à vista da prova dada, a existência do casamento, corre-lhe, mais que a faculdade, o dever de, *ex officio*, remeter a controvérsia para o juízo cível. O antigo Código de Processo Penal do Distrito Federal considerava questões prejudiciais obrigatoriamente devolutivas as referentes à *violação dos direitos de estado*: o juiz do crime não podia decidir da violação dos direitos de estado enquanto sobre eles *pendesse litígio em juízo cível*, isto é, se a controvérsia versava sobre a violação de direitos de estado, o criminal devolvia *necessariamente* ao cível a questão, suspendendo-se o processo penal.

Também a prova da filiação deve ser feita de acordo com o direito civil (art. 155 do Código de Processo Penal).

Figuremos alguns exemplos. Em processo-crime por falta de cumprimento da obrigação alimentar pelo pai, alega o réu em defesa, que o menor, embora ele o tenha registrado como seu, é filho de mulher casada com terceiro, e conce-

bido, ou presumido tal, na vigência da sociedade conjugal; junta certidão de casamento. Surge aí a prejudicial: o menor não é filho, mesmo adulterino, do indigitado pai, mas do marido da progenitora (*pater est...*), de modo que o registro é nulo *pleno jure*. Pode o juiz remeter as partes para o juízo cível, onde os interessados serão ouvidos (o filho, a mãe, o marido), a fim de ser estabelecida a verdadeira filiação, já que surgiu questão a respeito, eis que poderá aparecer prova, produzida pelos interessados, de que não era vigente a sociedade conjugal à época da concepção, ou que há sentença negatória da paternidade do marido, etc. Não se aplica ao caso o art. 405 do Código Civil e, portanto, se realmente se trata de filho concebido por mulher casada, o indigitado pai não está obrigado a alimentos: o menor não é seu filho. No caso, a controvérsia não é sobre *violação de direitos de estado de filho*, mas sobre *filiação*; a decisão criminal não versa *principalmente* sobre se o menor é filho do pai A ou do pai B, nem faz *julgado* nesta parte. Se a acusação, porém, versa sobre *violação de estado*, impõe-se necessariamente a devolução porque, em tal caso, a decisão criminal faria *julgado* sobre a *existência do fato*, isto é, *decidiria a questão de estado, proclamaria a filiação*, de modo que a questão não mais poderia ser discutida no cível (Código Civil, art. 1.525).

Segundo o direito francês, as regras gerais entre as duas jurisdições são estas: 1.<sup>a</sup>, *le juge de l'action est le juge de l'exception*; 2.<sup>a</sup>, *le criminel tient le civil en état*. Excepcionalmente essas regras se invertem; há prejudiciais à *ação penal* e prejudiciais ao *juízo penal*, aquelas obrigatoriamente devolutivas; assim, na *supressão de estado em geral*, que “consiste em tirar a uma pessoa, não o seu estado civil, “mas os meios de provar esse estado quanto à filiação legítima ou natural, seja por uma falsidade cometida no termo de nascimento modificando a posse de estado, não mais “conforme ao estado verdadeiro, seja por crimes visando diretamente a essa posse de estado, tais como... a supressão

“de criança, a substituição de criança, a suposição de parto”, *le civil tient le criminel en état*, quer dizer, há devolução obrigatória de uma ou outra jurisdição, e a inatividade da parte interessada, quando a ação é privativa, no cível, impossibilita a ação penal (PLANIOU, ob. cit.; VIDAL-MAGNOL, ob. cit., n.º 646). Pelo direito italiano (*Codice di Procedura Penale*, art. 19, última alínea), compete ação ao Ministério Público perante a jurisdição civil, quando necessário, com citação de todos os interessados. O nosso atual Código de Processo Penal dispõe, igualmente (parág. único do art. 92), no caso de ser o crime de ação pública, que “o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação cível ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados”.

Outro caso. Suponhamos que o réu, pai adotivo, alega, em defesa, no crime de falta à obrigação alimentar, que a adoção é nula, visto não ser ele 16 anos mais velho que o adotado (Cód. Civil, art. 369, alterado pela Lei n.º 3.133, de 1957). Se o fato é provado mediante certidão do registro civil, não deve o juiz determinar ou conceder a devolução ao cível: estatuirá sobre a prejudicial e sobre o mérito, aplicando a regra de que *le juge de l'action est le juge de l'exception*.

Ainda outro caso: dois indivíduos reconheceram por filho um mesmo menor. Processa-se criminalmente um deles por falta de cumprimento da obrigação de alimentos. Não é de rigor a devolução ao cível: ambos são obrigados a alimentos por aplicação do art. 405 do Código Civil *por compreensão*, sem que isso impeça, no cível, o debate sobre a questão de filiação (v., sobre este último ponto, MOURLON, ob. cit., I, n.º 962; Código Civil, art. 362; a Lei de Proteção à Família, art. 16, não parece relacionar-se à matéria da *filiação*). Neste caso, a jurisdição criminal apenas estatui que o menor tem direito a alimentos, em face do documento em que o réu o reconhece por filho; não faz *caso julgado* quanto à matéria da *filiação*. Resolvida esta no cível, poderá a decisão fundamentar revisão criminal.



Mais outra hipótese. Uma mulher denuncia outra, alegando ter-lhe esta substituído o filho pelo filho dela, denunciada (*substituição de recém-nascido*). A acusação versa sobre o seguinte fato: foi *violado o estado civil* dos recém-nascidos A e B, mediante substituição. O juízo penal, para condenar, terá de decidir que *houve a substituição*, isto é, que realmente A é filho de Y, e B da mulher X, e, se assim decidir, terá decidido sobre a *existência do fato*, da *troca*, com o que decidirá sobre a filiação dos recém-nascidos, e a sua decisão fará caso julgado sobre a questão de estado. A questão, em tal caso, deve ser devolvida ao cível, apoiando-se o juiz no art. 92 do Código de Processo Penal.

126. Entrega de filho menor a pessoa inidônea. É a figura criminal de que cuida o art. 245: “Entregar filho menor de 18 anos a pessoa com a qual saiba ou deva saber que fica moral ou materialmente em perigo.” O sujeito ativo pode ser o pai ou a mãe, naturais ou adotivos. Sujeito passivo é o filho menor de 18 anos, legítimo, adotivo ou natural reconhecido. O elemento material é a entrega do filho a pessoa com a qual saiba ou deva saber o agente que fica material ou moralmente em perigo. Elemento subjetivo do crime tanto pode ser o *dolo* (vontade dirigida a essa entrega e conhecimento do perigo que corre o menor), quanto a *culpa* (no caso em que o agente *devia* saber da inidoneidade daquele a quem fez a entrega, deixando de observar a diligência do *bom pai de família*). O Código Penal suíço, no seu art. 219, usa da expressão “*ainsi qu’ils* (os pais) *le savaient ou devaient le présumer*”. O dispositivo do nosso Código resultou da combinação do citado artigo do Código suíço com o art. 292, IV, da antiga Consolidação das Leis Penais. Não se exige que os pais se tenham *desencarregado* do filho: basta a *entrega*. O Código italiano, art. 570, torna igualmente responsável o tutor. O mesmo critério devia ter sido adotado pelo nosso, principalmente tendo-se em vista a tutela especial do Código de Menores (v. Código Civil, arts. 424 e segs.).

A pena é detenção por um a seis meses. Acessoriamente, aplica-se a pena de “incapacidade” para o exercício do pátrio poder. Incapacidade temporária (art. 69, III), entenda-se *suspensão* do pátrio poder. A pena principal é aumentada da sexta parte, concorrendo com ela, além disso, a pena de multa de um mil a dez mil cruzeiros, se o agente é *movido por fim de lucro* (parág. único do art. 245). Neste último caso, dadas as circunstâncias, justifica-se a pena acessória de *perda* do pátrio poder. Em qualquer caso, a sentença deve declarar a pena acessória (art. 70). Em regra, a renda do filho menor pertence ao titular do pátrio poder, compreende-se no usufruto, salvo as exclusões do art. 391 do Código Civil. Assim, basta que o filho tenha sido entregue a prestar serviços remunerados, para ensejar o caso *qualificado*. A fim de saber da ocorrência de perigo moral ou material, é útil a consulta às leis sobre trabalho de menores, devendo ser também consultado o Código de Menores.

127. Abandono intelectual. O art. 125 da Constituição de 37, reproduzindo preceito da Constituição de Weimar, dispõe que “a educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais”. A Lei de Proteção à Família (Dec.-Lei n.º 3.200, de 1941, arts. 24 e segs.) *facilita* a instrução aos filhos de família de mais de um ou dois filhos. A lei penal veio sancionar, sob o aspecto da educação intelectual, o *primeiro dever dos pais*, de que fala a Constituição. Assim, o art. 246, contendo dispositivo inteiramente novo em nossa legislação penal, incrimina o fato de “deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar”. Na França, a instrução primária é obrigatória para as crianças, de ambos os sexos, de seis a 13 anos de idade (lei de 1882), podendo ser dada nas escolas públicas ou particulares, ou em família. A fiscalização compete a uma *comissão escolar*, presidida pelo *maire*, à qual incumbe, ainda, animar a freqüência das escolas. Os *responsáveis* pelos menores são obrigados a *declará-los*, e a comissão organiza

a respectiva *lista* anual. As penas são: a citação do nome do faltoso em edital à porta da Prefeitura, e, nas reincidências, multa, prisão até cinco dias, passando o fato a considerar-se *contravenção*. Sujeito ativo do crime previsto no art. 246 é o pai ou a mãe, no exercício do pátrio poder. Se não se acham no exercício do pátrio poder, estando sob tutela o menor, ao tutor incumbe dirigir-lhe a educação (Código Civil, art. 424); mas o tutor não pode ser sujeito ativo do crime. O dispositivo fala somente de *filho*. Isso, ainda mesmo no caso da tutela especial a que se refere a legislação de menores, de criança *que se toma para criar*. Os pais adotivos ou naturais estão compreendidos; não assim os de filhos espúrios, sujeitos, apenas, à obrigação de alimentos, e não à de educar (salvo o caso de adulterinos reconhecidos, *ut* Lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949). Se existe pai no exercício do pátrio poder, será ele o responsável, e não a mãe (o art. 384, I, do Código Civil fala em “*dirigir-lhes* a educação”); a *obrigação* incumbe àquele dos pais a quem cabe o pátrio poder (Código Civil, art. 380). No caso de filho natural, é de notar que o art. 360 do Código Civil, alterado pelo Dec.-Lei n.º 3.200, de 1941 (Lei de Proteção à Família), foi restaurado pelo art. 1.º do Dec.-Lei n.º 5.213, de 21 de janeiro de 1943, com a seguinte redação: “O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz decidir de outro modo, no interesse do menor”.

Sujeito passivo do crime é o filho em idade escolar, pouco importando que esteja ou não na companhia dos pais.

*Elemento material* é a omissão do dever de prover à instrução primária do filho em idade escolar. Não se indicando essa idade, deve-se recorrer, para saber qual seja, às leis e regulamentos de ensino: se o menor atingiu a idade em que a lei admite-lhe seja ministrada a instrução *primária*, e os pais não a promovem, estão *deixando de prover à instrução primária de filho em idade escolar* e, portanto, incorrem no preceito penal. A obrigação se cumpre não somente pelo fa-

zer freqüentar o filho escola pública ou particular, como também ministrando em casa o ensino. O que ainda falta nas nossas leis é a organização da fiscalização oficial, a qual poderá vir a ser feita por meio de *comissões locais* (municipais, distritais), se, *de lege ferenda*, for adotado o sistema francês.

Qualquer do povo, como qualquer autoridade, pode representar para abertura de inquérito policial, que deve ser promovido *ex officio* sempre que ocorra fato punível, servindo o inquérito de base ao procedimento penal.

A pena é alternativa, de detenção ou multa, competindo ao juiz a escolha, levadas em conta as circunstâncias mencionadas nos arts. 42 e 43. A multa converte-se em detenção, no caso de reincidência, pouco importando a insolvência, se o condenado deixa de pagá-la.

As penas acessórias *graves* do art. 69 não têm cabimento; não se trata de ato de abandono de maior gravidade, como se vê da própria pena principal cominada; pode cogitar-se da suspensão, por dois anos, do pátrio poder: não há prazo menor (art. 69, parág. único, II, b)

O texto legal acentua que a existência do crime está subordinada à ausência de *justa causa*. Todo impedimento de força maior é justa causa; mas não só: dificuldades de ordem econômica da família, quando, por exemplo, a escola fica longe e a família não dispõe de meios para pagar o transporte, podem constituir justa causa. Ao juiz compete aferir quando o dolo é excluído pela justa causa.

Sobre o mérito da *escola primária*, a justificar critério de tornar obrigatório o seu curso, mediante sanção penal contra os pais consciente e injustificadamente relapsos em fazê-la freqüentar pelos filhos em idade própria, assim dissertou, recentemente, NÉLSON HUNGRIA (*A escola primária*, conferência, ed. "Globo", 1946):

"A escola primária, não obstante sua modéstia, é instituição básica de um povo. Na cidade, na aldeia ou no campo, é o estádio inicial na formação de homens para a sociedade e cidadãos para a pátria. É complemento do lar

“doméstico, é vedeta da civilização, é noviciado para o civismo, é vestibulo do mundo, é prólogo da vida prática.

“Entre os méritos da escola primária, da singela e honrada escola primária, ressaí, por certo, o de constituir um dos mais eficientes fatores da unidade nacional. Para a cristalização da consciência unitária de um povo, não basta a identidade de território, de raça, de língua, de costumes: é necessário, também, um lastro comum de idéias, de sentimentos, de lembranças, de aspirações. E nisto reside a grande proeza da escola primária. É a encruzilhada a que afluímos na infância, em promiscuidade igualitária, sem diferenças de nível social, sem distinção de classes, para termos, lado a lado, a primeira visão desse mundo e dessa vida que se estendem para além da casa paterna. Depois dela, vem a inevitável dispersão, a divergência dos caminhos, a diversidade dos destinos, mas o fundo de homogeneidade que ela criou persiste em todos nós como sedimento indestrutível. As lições do professor primário elaboram a subestrutura da alma nacional. Não importa que em períodos ulteriores, a divisão do trabalho e a multiplicidade das vocações separem os antigos escolares. Não importa que a fortuna caprichosa venha a colocá-los em condições sociais da mais profunda disparidade ou até mesmo em situação de recíproca hostilidade. Não importa que uns se tornem Cresos e outros se arrastem no esterquilínio de Jó. Não importa que, no desconcertante jogo dos acontecimentos, venha a caber a uns a moradia palaciana, a outros o casebre no morro e ainda a outros o cubículo da penitenciária. Não importa que uns galguem a boléia e outros se deixem jungir aos tirantes. Não importa que as competições da vida cavem abismos ou levantem muralhas entre eles. Nada disso consegue dissolver o *abstractum* de identidade que lhes ficou da coetânea passagem pela escola pública. O vinco que esta imprime no espírito e na alma da criança é marca que o ferro candente recebe na bigorna. O que se aprende nos bancos da escola primária per-

“manece, indelevelmente, na memória do espírito e na memória do coração.

“É na comunidade espiritual da escola primária que adquirimos, uma vez para sempre, a noção e o sentimento da pátria. É ali que, na manhã de nossa vida, nos dão a entender, para a nossa emoção, o que significa a “nossa pátria”, como unidade complexa, como território, como povo, como história, como continuidade de tradições, como comunhão solidária, como realidade presente e como alvo-roço de ideais, como fé em possibilidades futuras. É ali que nos fazemos partículas conscientes desse grande todo, que é a nossa terra natal. É ali que nos compreendemos e sentimos a nós mesmos como gotas de água integradas nessa caudal incessante, que é a pátria.

“Da escola primária resta em todos nós, que a frequentamos, um núcleo comum de impressões irredutíveis ao tempo, a assegurar um íntimo vínculo de afinidade que resiste a todas as contingências.

“Pelo seu cunho essencialmente democrático, acolhendo igualmente ricos e pobres, fidalgos e plebeus, a escola primária excede a qualquer outra na comunicação de uma alma comum, na estratificação do espírito nacional. A camada fundamental de sentido cívico em cada *indivíduo*, no seio do povo, deriva, principalmente, do ensino na escola primária. Mas esta não é apenas, no transcurso das gerações, um continuado foco de unidade e solidariedade nacionais: constitui, também, o primeiro grau de aprendizado para a vida, a modelagem inicial do homem para o meio social que o aguarda. A esta finalidade, nos tempos modernos, se vem ela afeiçoando cada vez mais. Se o fim de toda instrução ou educação consiste em tornar o homem útil a si mesmo e à sociedade, é desde a escola primária que se tem de promover a consecução desse objetivo. A escola primária de nossos dias, ao contrário do sistema tradicional, já não se limita a ensinar a ler e a contar: tem de atender igualmente à tarefa psicológica de desenvolver a personalidade incipiente da criança, procurando



“do, ao mesmo tempo, conquistá-la para a solidariedade com  
“o grupo social em que vive. Não basta ensinar o *abc* ao  
“menino João: é preciso conhecer o que o menino João sig-  
“nifica ou pode significar como futuro valor humano e so-  
“cial, e orientá-lo para o seu verdadeiro lugar na vida. Já  
“não mais a escola de idéias feitas e rígidas, com uma só  
“craveira, mas um campo de observação e experiência para  
“formação de homens que não sejam produtos de fábrica em  
“série, senão energias vivas e livres; preservados no que te-  
“nham de original, dotados de iniciativa e de crítica, de  
“espírito de curiosidade e de aventura, sem outro obstáculo  
“à sua expansão além dos antepostos à hipertrofia do egoís-  
“mo individual. Não mais a escola de submissão da criança  
“ao leito de Procusto de intratáveis preconceitos, pois é  
“essencial à vida e à saúde do espírito a liberdade, a inquie-  
“tude, a avidez de pesquisa nessa eterna corrente para con-  
“quista das aproximações da verdade, em face do espetáculo  
“do mundo e do mistério da existência. Não mais a escola  
“de “reflexos condicionados”, que conduz ao automatismo  
“do pensamento e à servidão da alma. Não mais a escola  
“de *oculos retro*, de janelas abertas somente para o passa-  
“do, para o recinto da experiência pretérita; mas também  
“com perspectiva para as formas de vida que estejam de  
“acordo com as necessidades atuais e futuras da comunida-  
“de; com vista, simultaneamente, para a terra em que vive-  
“ram os nossos maiores, para a terra em que vivemos nós  
“e para a terra em que viverão os nossos filhos e os nossos  
“netos. Escola que seja, a um só tempo, conservadora, e re-  
“volucionária, tradicionalista e inovadora.

“Antes de tudo e acima de tudo, a escola primária deve  
“sugerir e incentivar o espírito de iniciativa, o poder de ori-  
“ginalidade. Não deve coibir, como a impulsos perigosos, as  
“paixões da criança, mas captá-las para rendimento provei-  
“toso, do mesmo modo que se represam fluxos de águas para  
“obtenção de força útil. Anular paixões *no pequenino ho-*  
“*mem* é mutilar-lhe a alma, é reduzi-lo, de futuro, a um sub-

“-homem. Cumpre que seja resguardada a sua espontaneidade, para que não se habitue ao servilismo da imitação. Ensinar a imitar é ensinar a ser escravo. Para combater o parasitismo da imitação, para ensinar a sentir e a pensar por conta própria, para dar a cada um a coragem de si mesmo, para incutir o senso de crítica, para ensinar a independência de investigação e de julgamento, para estimular o talento inventivo, ao invés de criar o deplorável hábito da cópia e do decalque, está reservado à escola primária, no Brasil, um papel do mais subido relevo. Somos um país de civilização emprestada, de idéias de segunda mão, de atitudes que nos chegam estereotipadas do estrangeiro, de normas e credos que nos vêm do Velho Mundo ou do país dos ianques. Estamos sempre de pescoço esticado e olhos compridos para a exausta cultura do ocidente europeu ou para o pirotécnico estilo norte-americano. Não sofremos as idéias em torno das quais gravitamos. No terreno cultural, vivemos de importação e de adoção. Falta-nos originalidade, autonomia de pensamento, fantasia criadora. Para nós, as idéias são como certas mercadorias: provocam a nossa imediata repulsa, se não trazem no rótulo o aviso *made in England*, ou *made in France*, ou *made in U. S. A.* (e alguns paladares inteiramente estragados já estão exigindo o *made in U.R.S.S.* ...). O satelitismo de nossa cultura manifesta-se nas grandes como nas pequenas coisas. Desde o ideal político ou forma de governo, até os mais frívolos aspectos da vida mundana. Vivemos a copiar, simiescamente, os modelos alienígenas. A moça brasileira fuma na *terrasse* dos cafés ou anda quase nua nas praias de banho porque viu isso nas revistas e filmes que *Tio Sam* nos remete. Os nossos rapazes preferem as canções de Nova Iorque, entoadas em inglês estropiado, às cantigas regionais, à sugestiva toada brasileira. Os nossos livros de ciência, com raras exceções, são confeccionados mediante golpes de tesoura na bibliografia que nos enviam do exterior. A nossa literatura, via de regra, não se emancipa do figurino gaulês ou lusitano. Mesmo esse

“exasperado *futurismo*, que por aí anda às patadas com a arte, é contágio de insânia de além-mar. Em política, estamos vendo caminhando para o Eixo, porque a *cruz gamada* e o *fascio* fizeram recrudescer a nossa coceira de imitação; e estamos a retornar do governo meio totalitário para o democrático, porque os Aliados venceram o Eixo e não nos fica bem deixar de acompanhar o carro triunfal do vencedor. . . Em pleno Parlamento nacional, um representante do povo, espiritualmente aliciado pela *foice e o martelo*, afirma e reafirma que, em caso de guerra, trairá o Brasil, se este não aprender a ler na cartilha de Lênine!

“A nossa receptividade passiva orga, às vezes, pelo irrisório. Bebemos *coca-cola* com sabor de celulóide líquido, porque é refresco usado nos Estados Unidos. Temos toda a selva amazônica e, no entanto, usamos palitos de Fena-cova. Abstrusas hipóteses, pretendidamente científicas, de judeus metafísicos nascidos na Morávia ou alhures, têm curso legal em nossas cátedras como ciência definitiva. Um diretor de presídio desta Capital, imbuído de mal-assimilada penalogia compassiva, manda anunciar que os seus clientes, matadores e ladrões, são os que comem o melhor alimento da cidade, pouco importando que os filhos de operários honestos estejam morrendo de subnutrição ou mesmo de inanição ou que tal anúncio sirva de incentivo ao crime. E por isso mesmo que não concebemos e partajamos as nossas próprias idéias e instituições, preferindo sistematicamente as idéias e instituições alheias, estas não conseguem amoldar-se ao nosso meio social e são deformadas em caricaturas, estripadas como bonecos em mãos de crianças. Os “direitos do homem”, da Revolução Francesa, estão sempre tendendo, entre nós, para o regime da liberdade desorbitada (*naturalis facultas ejus quod cuique facere libet*) ou para a lei da *jungle*. A democracia redundam em espetáculo de puro verbalismo ou no exercício do direito ao desaforo grosso. O sufrágio universal é a quantidade reduzindo a zero a qualidade, é a massa acaçapando

“a elite. O Tribunal do Júri, importado da Inglaterra, transformou-se, paradoxalmente, em gazua de prisões. O *protecționismo* criou a indústria artificial e escorcha o povo em proveito de meia dúzia. O controle da economia pelo Estado dá resultado às avessas, porque se limita à criação de vastos ninhos de burocracia improvisada. As leis eleitorais, adaptadas de outros países, tornam-se, ao fim de uma semana, peneiras furadas pela fraude. A nossa polícia de costumes arrasou o Mangue, porque Buenos Aires suprimiu o *regulamentarismo* da Boca, mas sem cuidar que lá se visou à abolição de um sistema condenado, e não à difusão do hábito de Vênus Libertina por todos os quarteirões, como está acontecendo no Rio. Dir-se-ia que, não podendo vir adicionadas de álcool, como o vinho, as idéias e instituições derrancam ao contato com o nosso clima tropical. Não escapou a essa influência dissolvente a própria religião de ALLAN KARDEC: meteu-se em contubérnio com a mandinga africana e virou macumba de curandeiros...

“Tenho para mim que a missão de nos livrar do vício da imitação ou do excesso de receptividade, restituindo-nos a nós mesmos, à plenitude de nossas possibilidades, às nossas próprias especulações e experiências, aos nossos próprios critérios de vida, à criação de nossos próprios ideais, incumbe, principalmente, à escola primária, à escola que trabalha diretamente com a pasta maleável das crianças. De par com o saneamento geral e a suficiência dos meios de transporte entre o litoral e a hinterlândia, a escola primária, dentro desse programa, representa condição imprescindível à prosperidade e grandeza do Brasil. Tal como deve ser, constituirá uma ininterrupta fonte geradora de lídimo patriotismo e de vida útil, cooperando modularmente na formação de homens apercebidos para a função social e para a função de brasilidade. Patriotismo sadio e construtor, e não patriotismo estático ou de declamação; militante amor ao Brasil, a retificar os erros do passado, a conjurar os males do presente, a espantar as incertezas

“do futuro. Vida ensinada pela aproximação com a vida  
“real, habilitação para viver, capacidade de render o mais  
“possível, preparação para o setor de trabalho que cabe a  
“todo homem, a fim de que possa alcançar sua própria fina-  
“lidade e entrar como força proporcionada ao êxito dos fins  
“coletivos, aquela e estes harmoniosamente coordenados e  
“condicionados numa unidade superior e indissolúvel, numa  
“síntese orgânica e fecunda. É desde a escola primária que  
“se deve demonstrar a falsidade, tanto da concepção ato-  
“mística do mundo e da vida, que sustenta a supremacia  
“das partes sobre o todo, quanto o da concepção contrária,  
“que postula a primazia do todo sobre as partes. A coesão,  
“a inscindível unidade entre as partes e o todo é lição escrita  
“no livro da natureza. O indivíduo e a comunidade são par-  
“tes de um organismo vivo e nenhuma pode existir sem a  
“outra. Nem só o indivíduo, nem só o Estado, mas o ritmo  
“entre um e outro. Liberdade sem obediência gera a anar-  
“quia; obediência sem liberdade gera o despotismo. Liber-  
“dade individual e interesse coletivo não são termos anti-  
“nômicos, não são *duo contradictoria*. Há possibilidade de  
“um meio-termo entre eles, e neste, somente neste, é que  
“deve estar a verdade, para confirmar, uma vez mais, a lei  
“pitagórica das proporções. Colocando-se no ponto de equi-  
“distância entre as extremadas teorias político-sociais, ensi-  
“nando à criança o dever que todo homem tem para con-  
“sigo mesmo e para com a sociedade, instilando o senso  
“grave da ordem e da responsabilidade, a escola primária  
“será para nós um barco de salvamento neste mar tormen-  
“toso, que é o mundo atual. Já dizia MACAULAY, e com todo  
“acerto, que para evitar a ruína de uma nação o melhor  
“recurso é o auxílio do mestre-escola, do professor primário.

“Costuma-se dizer que a instrução, mesmo a primordial,  
“longe de atenuar, acentua as diferenças entre os homens.  
“É uma censura que pode ser dirigida à escola do passado,  
“mas a que deve eximir-se a escola de hoje, com a sua nova  
“pedagogia, com os seus novos métodos psicológicos, *ativos*

“ e práticos. Já se compreendeu que não há maior desigualdade que tratar igualmente seres desiguais. As crianças diferem entre si pelo grau mental, pela percepção, pela memória, pela atenção, pela capacidade de esforço, pela tendência ou insubmissão à disciplina. É preciso, portanto, que sejam amanhadas por processos correspondentemente adequados, de jeito que se elimine ou, pelo menos, se reduza o *handicap* que umas levam sobre outras. Faz-se mister a *individualização* do ensino educacional. Não é possível que se tratem pelo mesmo sistema os meninos de inteligência privilegiada e os mediocres, os precoces e os retardados, os diligentes e os lerdos, os irrequietos e os remanchões, os mansos e os exaltados, os apáticos e os impulsivos. Pode dizer-se que, na quase totalidade dos casos, a reprovação ou a expulsão de um aluno são atestados da incompetência do professor, que não soube conhecê-lo para tratá-lo convenientemente. O professor, digno deste nome, não pode deixar de observar atentamente cada um de seus discípulos, para aferir do seu temperamento, do seu psiquismo especial, das suas preferências, das suas inclinações, do modo a poder orientá-lo e ajudá-lo no sentido de seu futuro êxito pessoal. Primacialmente, o professor deve amar o seu ofício e deve amar a criança, e o que lhe cumpre é aparelhar o homem de amanhã a encontrar-se a si mesmo, na certeza e plenitude da sua vocação. A função educativa deve ser uma obra de psicologia e de oportunidade. Leia-mos este trecho de WILLIAM JAMES: “Em toda pedagogia, o grande segredo é modelar o ferro enquanto está quente, é aproveitar o fluxo dos interesses do aluno em face de cada assunto sucessivo, antes que sobrevenha o refluxo, e assim possa formar-se o conhecimento e dar-se a aquisição de um hábito de firme execução, ou seja, uma corrente de interesse, sobre a qual o indivíduo possa flutuar depois... Averiguar o momento da aparição de um determinado interesse é o primeiro dever de todo educador.” É preciso atinar com o ponto de interesse do aluno. Enquanto não é



“isso conseguido, será inútil tentar exercer sobre ele uma influência realmente benéfica, e, quando se insiste na tentativa, o que pode resultar, ou é um psitacismo estéril ou é um *complexo de inferioridade*, uma deformação da personalidade psíquica.

“Com os moldes e diretrizes da pedagogia atual, a escola primária será uma reveladora e fixadora de valores humanos, que não serão desfalcados ao mundo e à vida. E só assim é que seremos capazes de um nível superior de evolução e vida construtiva, deixando de ser o que ainda somos para ser o que devemos e podemos ser.

“Cada época, como adverte ROURA-PARELLA, tem o seu *slogan*, o seu *in hoc signo vinces*, o seu credo, a sua palavra salvadora. Na Idade Média, foi “Deus”; no século XVIII, foi “Razão”; no século XIX, foi “Progresso”; em nosso tempo, é “Vida”. Tudo, na atualidade, gravita em torno da vida, tudo está a serviço da vida, tudo conflui para a vida. A instrução, desde a escola primária até a universidade, estaria fora de seu tempo se não tivesse por finalidade capacitar para a vida, preparar para a vida, o que vale dizer: ajustar o homem, como indivíduo e como fragmento do todo social, à intensidade do meio ambiente, à vida que flui na realidade palpitante e também aos seus ideais de superação, de possível *melhorismo*, no eterno e ansioso encaixe da tríade platônica: Bem, Beleza e Verdade.

“Como quer que seja, porém, no seu feitio antigo ou moderno, a escola primária, a simples, a acolhedora, a persuasiva escola primária nunca faltou e não faltará jamais ao fim precípua de cimentar a unidade nacional, pelo fundo comum de ensinamentos intelectuais, morais e cívicos que proporciona.

“Eu te bendigo, escola primária! Não há um só dia, talvez, em que eu me não recorde de ti, do tempo em que me tiveste no teu regaço amigo. A saudade que me inspiras é como se fosse a saudade de mim mesmo, do menino que eu já fui e a quem ensinaste as primeiras letras. Nos lon-

“ges do meu passado, diviso nitidamente o teu vulto queri-  
“do e ainda ouço as tuas vozes, que me enternecem. Casi-  
“nha caiada de branco e iluminada de sol, na única rua da  
“minha aldeia natal”. A cartilha, a tabuada, os cânticos pa-  
“trióticos, a petizada chilreante...

“Onde estarão hoje aqueles que foram os meus compa-  
“nheiros e amigos de então, o Pedrinho, o Maneco, o Toto-  
“nho e os outros mais? Perdemos-nos no nevoeiro do tempo  
“e da vida; mas estou certo, escola primária, que, se pre-  
“ciso fosse, a tua lembrança seria como um rebate de sino  
“por entre as brumas, a reunir-nos de novo, junto ao altar  
“da Pátria, ainda que já não pudéssemos reconhecer-nos fi-  
“sionomicamente uns aos outros.

“Multiplicada por milhares, desde a bacia amazônica até  
“as coxilhas do sul, ensinaste e estás ensinando, indefessa  
“proletária da pátria, esse imperecível sentimento de coesão  
“e solidariedade, que é a nossa alma coletiva, que é a alma  
“brasileira!”

128. **Abandono moral.** O art. 247 reproduz, alterando-as, disposições da legislação de menores, que a antiga Consolidação das Leis Penais enfeixara no seu art. 292. As modalidades aí incriminadas podem dizer-se de *abandono moral*, a cujo respeito, justificando a incriminação, assim escrevia NÉLSON HUNGRIA, no regime anterior ao vigente Código:

“Tem sido, modernamente, uma assídua preocupação do  
“Estado o amparo material e moral da infância e adoles-  
“cência. A defesa dos *pequeninos homens*, notadamente con-  
“tra o seu abandono moral, assumiu o mais alto relevo, des-  
“de que se compreendeu que estava aí, em grande parte, a  
“solução de um dos mais graves problemas sociais, qual seja  
“o da prevenção da delinquência. Merece o tema que o  
“abordemos, embora sem o intuito de exauri-lo.

“Certamente, não é de ser acolhido o *apriorismo* lom-  
“brosiano de que todas as tendências para o crime têm o  
“seu começo na primeira infância. Nem é de admitir-se, por

“outro lado, o unilateralismo simplicista de RANDALL: “Sal-  
“vai a criança, e não haverá mais homens a punir!” Não. A  
“delinqüência é, na sua etiologia, um problema complexis-  
“simo, desconcertante, que se não deixa fixar de modo inte-  
“gral e definitivo. A pobre ciência humana sobre ele se  
“debruça, impotente e ansiosa, para tecer e destecer a sua  
“*teia de Penélope*. LOMBROSO, LACASSAGNE, TARDE, FERRI, PA-  
“TRIZI, PENDE, KRETSCHMER, FREUD, ADLER, valem o mesmo  
“na tentativa de uma fórmula decisiva na identificação do  
“*primum movens* do fenômeno da criminalidade: teorias,  
“hipóteses, conjecturas. O mais que se pode reconhecer, de  
“modo positivo, são algumas *condições* ou *causas próximas*  
“da delinqüência. Nem mesmo é permitido afirmar se existe,  
“de modo geral, uma *predisposição* biopsíquica para o crime.  
“Quando a pesquisa científica julga ter surpreendido uma  
“causa genética universal da criminalidade, vem-se a veri-  
“ficar, logo a seguir, que se trata de um simples e incons-  
“tante efeito, que remonta a alguma causa preexistente,  
“indecifrável, misteriosa, a desafiar a argúcia e penetração  
“do espírito humano. Entre as condições próximas e mais  
“frequêntes da delinqüência, é fora de dúvida, porém, que  
“ressai, na primeira plana, a incúria em torno da formação  
“moral de um grande número de homens no período da  
“infância e adolescência. Muitíssimos delinqüentes que  
“constituem a clientela habitual das penitenciárias não te-  
“riam chegado a esse estado de miséria e desgraça moral  
“se tivessem tido, na sua juventude, o necessário amanho e  
“orientação protetora; se no sulco de suas almas, ao invés  
“da erva daninha dos vícios, se tivesse feito cair a semente  
“benéfica dos imperativos éticos. Ao arrepio de uma ciência  
“que anda por aí improvisada, supondo encontrar um repo-  
“sitório de torpezas no *inconsciente* infantil, o postulado  
“*spenceriano* está bem próximo da verdade: *toda criança*  
“*é boa por natureza*. Há uma fase, porém, na vida do *pe-*  
“*queno homem*, em que este, para formação mesma do seu  
“caráter individual, é um elemento revolucionário, em per-

“manente conflito com o mundo objetivo, com o princípio da autoridade, com as injunções sociais. E se vamos rastrear os adolescentes nas baixas camadas da sociedade, naquele *troisième dessous* de que falava Víctor Hugo, nós os encontraremos como vibrações das lezírias pestíferas e letais. Não conhecem da vida senão o que ela tem de sofrimento, de privação, de crueldade, de injustiça. Como diz um criminólogo contemporâneo, vivem eles em tugúrios infectos e foram engendrados em ventres famélicos, com a sinistra colaboração do álcool, da sífilis, da tara hereditária. Ao invés de carinho, só recebem pancada; ao invés do mais elementar conforto, só conhecem a insuficiência, senão a carência do pão. Tornam-se-lhes odiosos o lar, a família, a sociedade. Esses pequenos desgraçados, que vaguem em molambos, quase nus, desnutridos, dormindo nos desvãos da via pública ou em lúgubres pardieiros ou misérrimas baiúcas, *ao Deus dará*, desprotegidos, maltratados, corridos como cães, que se poderia esperar deles senão que se deixem resvalar pelo declive de todos os vícios, de todas as perversões, de todos os malefícios? Imagine-mo-nos a nós mesmos, beneficiários de melhor destino, se nos tivéssemos encontrado, na manhã de nossa vida, nessa mesma sombria e dolorosa situação, rodeados de um ambiente de corrupção e imoralidade, passando fome e frio, apuados pelo acicate de todas as necessidades, impelidos ao descaramento pelo agulhão de todas as privações, mal compreendendo as iniquidades fatais da vida social, deixando ao capricho de nossos próprios instintos e à sugestão de todos os maus exemplos: seríamos iguais ou piores que esses desventurados *homenzinhos* delinquentes, que começam por furtar um pedaço de pão para matar a fome e acabam por integrar-se no mundo torvo da criminalidade. Não foi senão em época relativamente recente que o Estado reconheceu seu grande quinhão de culpa no abandono e corrupção dos meninos e rapazes que vivem no *bas-fond* social, nos sórdidos porões das populações urbanas. Não

“foi senão nestes últimos tempos que as leis sociais cuidaram de proteger as crianças desprotegidas da sorte, para integrá-las como homens úteis no convívio social. Não foi senão modernamente que os legisladores se renderam à evidência de que o mais alto índice de civilização humana é a afirmação e garantia do direito dos *socialmente fracos*. Todos os povos cultos compreendem, hoje, a necessidade de amparar e zelar pelas crianças que não têm lar, ou desertam dele, pela sua penúria ou maldade, ou vivem, pelo desleixo dos pais, em meios corrompidos e deletérios. A proteção não visa somente aos menores materialmente abandonados, mas, no mesmo passo, aos moralmente tais; não somente aos órfãos, os *sem família*, os meninos-párias, mas também àqueles que vivem num mau ambiente familiar, quer se trate de lares batidos pela pobreza, quer daqueles outros que, embora economicamente felizes ou fartos, são aviltados e podres na sua intimidade. Reconheceu-se que a delinquência infantil é, principalmente, um problema de educação. Erraram LOMBROSO e MAUDSLEY quando disseram, numa apreciada generalização, que os criminosos *nascem*, como os poetas. Erraram aqueles que afirmaram ser o crime um fato normal na infância, porque nesta só se encontra a ira, a crueldade, a lascívia, a inveja, a falsidade. Errou FREUD — o denegridor da espécie humana — quando, nas suas hipóteses sobre o *inconsciente*, viu na psique da criança um volutabro em que se acumulam infâmias e sordícies. Ainda que se não queira admitir o otimismo de SPENCER e ROUSSEAU, de que todos os homens, ao nascer, só têm sentimentos bons, a experiência tem evidenciado a gênese marcadamente *social* ou *exógena* da criminalidade infantil.<sup>17</sup> O mau ambiente doméstico, o paupe-

<sup>17</sup> Em crítica às mais recentes teorias sobre a etiologia do crime, assim se pronunciou o citado NÉLSON HUNGRIA:

“Nada menos de três teorias se apresentam, atualmente, para a pesquisa e explicação do *mecanismo* do crime: a *caracterológica*, a *psicanalítica* e a *individual-psicológica*. Em rápidas palhetadas,

“rismo, a incorreção moral, a má educação, a vida solta nas ruas, o mau exemplo e mesmo a instigação dos pais, as más companhias, os espetáculos obscenos e leituras impudicas, as solicitações ao livre ensejo dos instintos e múltiplas outras causas do *mundo externo* é que fazem o

---

“vamos fixá-las dentro de suas fórmulas. A teoria caracterológica assenta no postulado da unidade biológica ou correlação entre o soma e a psique, já afirmada por LOMBROSO, mas agora, ao que se proclama, confirmada cientificamente, dado o melhor conhecimento dos sistemas humoral, neuro-endócrino e constitucional. São discriminados e estudados os *biótipos* humanos, sob o triplice aspecto: morfofisiológico, bioquímico-humoral e psicológico. O problema do caráter é trasladado para o campo ontogenético-constitucional, visando-se à fixação do modo típico de reação individual em face dos estímulos do mundo externo. Segundo PENDE, “os três citados aspectos da personalidade convergem para um vértice comum, que é a resultante vital complexa do biótipo, o conjunto dos valores funcionais e dos valores psicológicos, que constituem o produto sintético da triplice série dos caracteres individuais e aliadamente traduzem a *fórmula somático-psíquica individual*”. Em contraposição à doutrina morfológica francesa, a biológico-constitucionalista admite e sustenta a origem humoral do tipo biológico, recusando as influências exógenas. PENDE e KRETSCHMER (para só citar os corifeus da biotipologia) estabeleceram como indeclinável premissa que os tipos da personalidade se definem por suas características e expressões somático-psíquicas. Ambos se fundam na aludida hipótese de íntima correlação entre a alma e o corpo, demonstrada pelo estudo das perturbações endócrinas ou pela conhecida influência dos hormônios (produtos secretivos das glândulas endócrinas) sobre a vida somática e psíquica do homem. Para KRETSCHMER, há três diferentes biótipos: o *leptossomático*, o *atlético* e o *pícnico*. Sua teoria, como acentua MEZGER, parte da afinidade biológica (por ele sustentada) entre os dois primeiros tipos, de um lado, e o último, de outro, respectivamente, e as doenças mentais ou psicoses, ambas de origem humoral, denominadas *esquizofrenia* (demência precoce) e *ciclofrenia* (psicose maniaco-depressiva, loucura circular), das quais se desce às personalidades psicopáticas *esquizóide* e *ciclóide* e, por fim, aos temperamentos *esquizotímico* e *ciclotímico*. Há paralelismo ou relação entre *psicose*, *psicopatia* e *constituição*, ligando-se a esta o caráter e o temperamento. A diferença entre *frênicos* (esquizofrênicos, ciclofrênicos), *óides* (esquizóides, ciclóides) e *tímicos* (esquizotímicos e ciclotími-



“homem madrugar para o crime. Não devemos crer no fatalismo da delinquência. O próprio adulto inveterado na trilha do crime é corrigível, pois, como diz SALDAÑA, não é ele uma pedra. A proclamada tendência hereditária ou congênita para o crime, o pretendido determinismo orgânico para o mal tem sido exagerado pela preocupação de redondar as conclusões científicas, ou pretendidamente tais. E ainda que seja inegável, em muitos casos, a tara hereditária, pode esta ser neutralizada ou atenuada pela educação, pela profilaxia do meio, pelo trabalho racionalizado, por influências morais a transfundirem-se na alma juvenil, a criarem motivos inibitórios que condicionam a harmonia do indivíduo com o todo social. Não vale dizer que 30% de me-

---

cos) é apenas de grau. No sistema de PENDE, para quem, igualmente, a personalidade psíquica depende da fórmula harmônica, são contrapostos os *vagotônicos* e os *simpaticotônicos*, ou tipos *brevilíneo* e *longilíneo*, o *hiper* e o *hipotireóideo*, etc. As glândulas de secreção interna, vertendo no sangue seus produtos em quantidade variável, atuam sobre os processos vitais e constituem verdadeiros “registros do relógio da vida” — é o que afirma o professor de Gênova. Os postulados de PENDE e de KRETSCHMER foram naturalmente aplicados à criminologia. Os biótipos, ao que se pretende, orientam a pesquisa crimino-psicológica, no sentido da correspondência entre a psique e o soma. KRETSCHMER julga ter facilitado o conhecimento da alma humana e, portanto, do criminoso, pelo estudo dos *tipos psíquicos de reação*. PENDE sustenta a semelhança entre o *facies* e o tipo morfológico de alguns delinquentes e certos indivíduos endocrinopatas, e daí infere que há relação entre as anomalias morfológicas e o caráter, a ser explicada pela endocrinologia. Abstém-se de afirmar que a etiologia do crime esteja nas anomalias endócrinas, mas declara irrecusável a influência destas na criminalidade. As anomalias endócrinas não constituem, por si mesmas, predisposição suficiente e fatal para o crime, mas são *condições facultativas* e, algumas vezes, indispensáveis na cadeia causal que redunde na delinquência. São agravantes ou *momentos* das manifestações da constituição mental anormal, do mesmo modo que esta ocasiona exacerbação das desordens endócrinas, apresentando-se, assim, intercadência entre umas e outras. Sob o prisma criminológico, a biologia constitucional procura, em suma, com fundamentos causal-científicos, pesquisar os tipos de personalidade em seus caracteres e manifestações somático-psíqui-

“nores delinquentes são filhos de alcoólicos ou sífilíticos, ou  
“são psiquicamente anormais, deficientes, retardados, abúli-  
“cos, impulsivos, etc. Não fora a cumplicidade do ambiente  
“social viciado, aliada à ausência de uma educação adequa-  
“da, e jamais teriam palmilhado a senda do crime. Pode  
“afirmar-se, como um princípio geral, que o menor delin-  
“quente é um produto do meio, a resultante de um ambien-  
“te familiar e social corrompido. A criança, pela sua plas-  
“ticidade, pelo seu mimetismo, é solidária com tudo quanto  
“a circunda. O lar doméstico, como diz JUARROS, é a forja em  
“que se modela a delinquência infantil, notadamente entre  
“as classes inferiores ou desprovidas de fortuna. A criança  
“que nasce e respira numa atmosfera de extrema pobreza e

“cas, aplicando-os ao estudo e compreensão do delinquente. Pas-  
“semos, agora, a focalizar a *psicanálise criminal* (como a vem de  
“chamar, em livro recente, JIMÉNEZ DE ASÚA). Reproduzindo MEZ-  
“GER (*Kriminalpolitik*, 1934, pág. 57), assim resume ASÚA a *posição*  
“do freudismo (*Psicoanálise criminal*, 1940, págs. 34 e segs.): “A  
“psicanálise esclarece o fenômeno anímico com a ajuda dos cha-  
“mados *complexos*, que nascem na vida psíquica infantil e que seu  
“titular, as mais das vezes inconscientemente, envia à consciência  
“em formas compensatórias de variada espécie. Sua dinâmica ani-  
“mica é a consequência última e extrema de uma visão naturalis-  
“tica e mecânica do mundo, aplicada à vida da alma humana. O  
“cenário dessa dinâmica é a *psique inconsciente* do homem, de onde  
“derivam as forças autenticamente propulsoras da conduta. Estas  
“forças são de índole sexual, determinando-se e formando-se nos  
“episódios sexuais da criança. Em primeiro plano, apresenta-se o  
“*complexo de Édipo*: o ódio ao pai (à autoridade) e o amor à mãe.  
“Parricídio e incesto são os crimes primitivos da humanidade. Esta,  
“a súpula da doutrina psicanalítica que ASÚA nos dá de segunda  
“mão. Cumpre, porém, notar que o freudismo não faz obra ape-  
“nas com os fatos ou experiências (*vivências*) psicosssexuais da vida  
“infantil, pois também admite uma *herança arcaica*. É o que acen-  
“tua o próprio FREUD. Há certos casos em que as reações da criança  
“não correspondem à sua própria experiência e se apresentam como  
“instintivas, deixando perceber uma aquisição filogenética, resíduo  
“de acontecimentos vividos por nossos primeiros antepassados. Aco-  
“lhe, portanto, a psicanálise, pelo menos até certo ponto, a teoria  
“darwinista ou a chamada *lei biogenética* de HAECKEL, segundo a  
“qual a ontogênese é uma recapitulação da filogênese. Seu proclama-

“que se vê constantemente rodeada de exemplos corruptores, de provocações indiretas, quando não francas e despejadas, para o mal; que cresce entregue exclusivamente à inspiração dos próprios desejos e caprichos; que vive, o maior tempo, distanciada dos pais, a quem a conquista do pão obriga ao trabalho fora de casa; que se forma o próprio caráter com o testemunho cotidiano de cenas perversas e indecorosas; que se cria brutalizada, suja de corpo e de alma, em lares ensombrados pela penúria e onde reina a mais despuodrada promiscuidade, que coisa se poderá esperar dela senão que se exilem do seu coração todos os sentimentos bons e morais? Em segundo lugar, vem a rua, que, principalmente

---

“do mérito principal é ter demonstrado o dinamismo incessante de energias, adquiridas ou primitivas, que atuam no *inconsciente* e constituem o próprio *abstractum* da personalidade humana. Entre tais energias, são predominantes as tendências sexuais, que se acham “carregadas” pelo *Eros*. Quando contrastadas ou *censuradas* pelas exigências éticas da vida social, cuidam de ladear, ou disfarçam-se sob formas longínquas de sua finalidade específica, ou se *sublimam*, ou redundam em neuroses. O *inconsciente* freudiano é tudo quanto há de mais remoto na evolução ontogenética e na hereditariedade filogenética. Em conflito com o *consciente*, que lhe contrapõe o tabique ou diafragma da censura (aquisições éticas, educacionais, religiosas, etc.), trata-se de realizar-se sub-repticiamente, por meio do *simbolismo dos sonhos*, dos *atos falhados*, dos *lapses* ou dos *sintomas neuróticos*. Todos nós teríamos, na primeira infância, uma fase de *incestuosidade latente* e outras tendências eróticas, que são *recalcadas*, formando-se, então, o *complexo edípico*, o *complexo de castração*, o *complexo de Diana*, o *complexo de Narciso*, etc. Mas o recalque não elimina as tendências, e estas podem reaparecer mais tarde, durante ou após a puberdade, provocando as mais variadas neuroses. O desenvolvimento ulterior de tais complexos, como afinal consentiu Freud em reconhecer, depende da constituição individual, do temperamento ou fórmula harmônica de cada um de nós, e, assim, a psicanálise viria a cruzar com a doutrina endocrinológica. Vejamos, a seguir, a aplicação da psicanálise à criminologia. Continuando a repetir fielmente MEZGER, escreve o Prof. ASÚA: “A concepção psicanalítica do crime explica este com a simples ajuda dos *complexos*. Sobre o delinqüente gravita, em virtude do impulso criminoso inconsciente, um constante *sentimento de culpabilidade*. Por isso, trata de li-

“nos bairros pobres, é o vazadouro de todas as impurezas, a feira de todas as indecências. As tentações, os maus exemplos, os maus conselhos, as cenas de brutalidade, a calaçaria, as sugestões obscenas, as amizades perigosas, as más companhias, os grupelhos de prematuros malandros, os espetáculos perniciosos, o cinema com o seu amoralismo que vai até a apologia velada do crime, as leituras malsãs, as casas de vício, tudo isso se acumplicia para desviar do direito caminho a criança desvigiada. Diz-nos CUELLO CALÓN,

bertar-se do seu crime, e, assim, inconscientemente, ao invés de temer a pena, deseja-a. O complexo de Édipo faz surgir o sentimento social de culpa. O portador de tal sentimento, na insatisfação dos seus desejos criminosos, pratica o crime e exige para ele a pena, com o desígnio de aplacar a consciência de culpabilidade reprimida.” O mesmo ASÚA, depois de intercalar conceitos de FREUD, REIK e FERENCZI sobre o sentimento de culpabilidade, prossegue produzindo a sinopse de MEZGER: “Os *delinquentes neuróticos* praticam o crime porque este é proibido e porque sua execução lhes dá alívio. A causa ignorada do sentimento de culpa que sobre eles pesa, procedente do complexo de Édipo, ao associar-se mediante o crime a um ato determinado, transforma-se em fenômeno consciente, mais suportável. O *enfermo neurótico* e o *delinquente neurótico* são, no fundo, a mesma coisa: aquele manifesta autoplasticamente a tensão entre os impulsos inconscientes e as forças repressoras, por sintomas neuróticos mórbidos; este, ao contrário, transforma essa tensão aloplasticamente no ato criminoso da realidade. O que o neurótico faz pela representação no domínio dos sintomas inofensivos, executa-o o delinquente em ações reais criminosas. Ambos, porém, neurótico e delinquente, são enfermos, e ambas as condutas mórbidas trazem a marca dos fatos do inconsciente, que, por sua vez, se originam na vida sexual da criança e em seus desejos proibidos.” É grande a colheita que faz ASÚA no livro do insigne professor de Munique. Até mesmo este trecho de conclusão é trasladado do penalista alemão, apenas com algumas interpolações: “Em suma, segundo FREUD, o homem vem ao mundo como um ser associal, com tendência para o crime, produzida por seus impulsos de dar satisfação a seus instintos, isto é, como um ser socialmente inadaptado. Os homens normais conseguem reprimir ou transformar, no sentido social, suas impulsões criminosas, enquanto que no delinquente se frustra esse processo de adaptação.” Há, pois, uma criminalidade *latente*, que só a psicanálise

“ com a sua experiência de juiz de Menores de Barcelona, que  
“ duas terças partes, pelo menos, da criminalidade infantil  
“ derivam do meio imoral e derrancado em que vivem seus  
“ protagonistas. Ora, pondera o mesmo autor, a influência  
“ perniciosa do ambiente familiar ou social pode ser anulada  
“ e destruída e, assim, a grande maioria desses delinquentes

“ pode tratar, segundo FRITZ WITTELS. A criminalidade é, portanto,  
“ segundo esta doutrina, abstraídos os casos limítrofes, não uma  
“ *tara de nascimento*, mas um *defeito de educação* (o trecho de MEZ-  
“ GER, no original alemão, é o seguinte: “*Der Mensch kommt als kri-*  
“ *minelle, d. h. sozial nicht angepasstes Wesen auf die Welt. Während*  
“ *es dem Normalen gelingt, seine kriminellen Trieberegung teils zu*  
“ *verdrängen, teils im Sinne der Sozietät umzuwandeln, missigluckt*  
“ *dem Kriminellen dieser Anpassungsvergang. Kriminalität ist also*  
“ *nach dieser Auffassung — von Grenzfällen abgesehen — kein Ge-*  
“ *burtsfehler, sondern ein Erziehungsdefekt.*”) Finalmente, vejamos  
“ o que postula a *psicologia individual*, que tem relação muito íntima  
“ com o *marxismo*. A doutrina foi formulada por ADLER, discípulo  
“ dissidente de FREUD, e encontrou adeptos decididos, entre os quais  
“ EUG. SCHMIDT, WEXBERG e BOHNE. A tese adleriana é um amálgama  
“ de FREUD, NIETZSCHE e MARX. Não é o instinto sexual que deve expli-  
“ car a dinâmica do psiquismo. Predomina em nós o *instinto do Ego*  
“ (*Ichtriebe*), cujo conteúdo é o *desejo de poder*. Nos neuróticos  
“ esse instinto se exaspera e atua mais que o *Eros* de FREUD ou a  
“ *libido* de JUNG. O *conflito* não ocorre entre o sexualismo e as ini-  
“ bições éticas, mas entre o instinto egoístico da personalidade e a  
“ realidade social. O que o indivíduo manda para o inconsciente são  
“ as lembranças de tudo quanto, no domínio do consciente, torna-  
“ riam presentes à memória os seus próprios defeitos e os seus insu-  
“ cessos sociais e lhe criariam um penoso *complexo de inferioridade*.  
“ É este sentimento que produz o neurótico, em cujo inconsciente se  
“ lhe disfarça a debilidade ou insuficiência do Eu. O homem enér-  
“ gico pode transformar em realidade as suas fantasias inatas; mas  
“ aquele que não pode realizar-se a si mesmo, seja por obstáculos  
“ exteriores, seja por sua própria deficiência, recolhe-se e isola-se  
“ no seu mundo fantástico, cujo conteúdo, em caso de enfermidade,  
“ se transforma em sintoma neurótico. Ainda aqui, a auxiliar-nos na  
“ tarefa de traduzir um resumo contido na *Kriminalpolitik* de MEZ-  
“ GER, encontramos o castelhano de ASÚA, tão mais fácil de ser verti-  
“ do para o nosso idioma: “A psicologia individual esclarece os fenô-  
“ menos anímicos mediante um *complexo de inferioridade* ou *minus-*  
“ *valia*, procedente de inferioridades orgânicas, falsa educação, re-

“ é suscetível de reforma e de adaptação às condições normais  
“ da vida social. Para isso, porém, é necessário que o Estado  
“ não se descuide deles, não os deixe abandonados a si mes-  
“ mos, privados não só de assistência material como, notada-  
“ mente, de assistência moral. MENDES CORREIA divide os me-  
“ nores delinquentes em *anormais por “deficit” intelectual*

---

“ pressão social, etc., que o *impulso de poder* do homem trata de su-  
“ perar mediante *compensações* e conduz o indivíduo a múltiplos  
“ conflitos internos e externos. O conjunto da doutrina, apesar de  
“ sua base orgânica, acha-se, *ab initio*, fortemente incorporado à  
“ concepção sociológica e não repudia sua relação espiritual com  
“ certas doutrinas econômicas e sociais (no original de MEZGER lê-se:  
“ *“mit den sozialistischen Lehren des Marxismus”*, isto é, “com as  
“ doutrinas socialistas do marxismo”). Estes vínculos se manifestam  
“ no pensamento da repressão e no protesto contra a mesma, aliado  
“ à forte relevância das relações com o próximo. Das “relações do  
“ Eu com o mundo circundante” recebe a “relação do Eu consigo  
“ mesmo” seu desenvolvimento dinâmico. Permite isso a identifica-  
“ ção da linha vital de uma individualidade com seu programa de  
“ autovalorização. De tais relações nascem os sentimentos de infe-  
“ rioridade, pelos quais o indivíduo se reconhece fraco ante o poder  
“ social, e põe em jogo sua ânsia de superá-lo. Nesta luta pelo de-  
“ sejo de superioridade e pela afirmação de si próprio, criam-se os  
“ mais variados mecanismos de *segurança*: proteções e compensações  
“ do desenvolvimento físico e o dos traços do caráter, construções  
“ espirituais e sintomas neuróticos... Por isso, a psicologia indivi-  
“ dual considera como objetivo da educação adaptar o indivíduo à  
“ comunidade, e para tanto não deve representar papel algum o  
“ fundo biológico, nem como pretexto de debilidade, nem como escusa  
“ de vaidades. Em primeiro lugar, como diz WEXBERG, “a igual-  
“ dade de todos como princípio prático... pode realizar seu ideal de  
“ comunidade e deve impor-se vivamente aos indivíduos”. Nestas  
“ palavras está patente o pensamento do materialismo econômico,  
“ segundo o qual *todos os homens são iguais*, isto é, sem diferenças  
“ de classes. O indivíduo e a personalidade nada valem; ao homem,  
“ formam-no as condições econômicas. A psicologia individual é,  
“ exclusivamente, uma teoria do mundo circundante”. Da psicolo-  
“ gia individual ou *adlerismo* derivou, também, uma teoria crimino-  
“ lógica, para cuja exposição ainda nos vamos servir de MEZGER: “A  
“ psicologia individual, segundo os fundamentos expostos, concebe o  
“ crime como expressão, no agente, de complexo de inferioridade e  
“ da luta por sobrepujá-lo... A ação criminosa se produz como pro-



“(idiotas, imbecis, débeis ou retardados mentais), *instáveis* (com ou sem debilidade mental), *astênicos* (apáticos, abúlicos, perversos), *anormais por “deficit” afetivo ou moral* (indisciplinados, amorais, viciados), *anormais convulsivos* (epilépticos, histéricos, coréicos), *alienados propriamente ditos*, *anormais por “deficit” físico ou sensorial* e, finalmente, *anor-*

“testo contra a ordem social. O crime é, para a psicologia individual, *uma forma de expressão do desalento social*, como diz EUGÊNIO SCHMIDT, num livro que tem esse título. É este o esquema que se pode traçar: inferioridade orgânica ou social — complexo anímico de inferioridade — ânsia de superação e protesto viril — crime. Fica assim definitivamente esclarecido que, ao contrário da tese da herança de disposições e inclinações criminais, a *única hipótese possível* de interpretação da delinquência, fecunda na órbita da luta contra o crime, é considerar a origem deste nas influências do mundo circundante e em reação da personalidade sobre esse mundo. O crime aparece como um *produto de desalento*, como a atitude típica do homem que perdeu a fé de vencer dentro da sociedade, com os meios que lhe oferece a organização social. O delinquente sofre pelos erros que adquiriu na juventude e que o induzem a pôr-se em hostilidade contra o mundo circundante. Na investigação das recordações infantis dos criminosos, sempre se depara o fato de que se trata de homens que não foram conquistados, na sua infância, para a cooperação e a solidariedade. Entre o delinquente e o neurótico, apesar de que ambos têm de comum o poderoso sentimento de inferioridade e o ardoroso impulso de superação, há a diferença de que em todo desalento do criminoso sempre resta ainda atividade bastante para realizar seu objetivo, embora em *cenário beligerante subalterno* (*Nebenkriegschauplatz*), enquanto o neurótico reprime seus desejos anormais.” Vê-se por aí que o adlerismo não refere o dinamismo do inconsciente ao instinto sexual, como faz o *freudismo*, mas, sim, ao *instinto de poder*, à *vontade de potência* no sentido nietzschiano, e o crime seria o protesto militante do *subhomem* inconformado com a própria inferioridade.

“Expostas assim de relance as três novas teorias sobre a gênese do crime, indaguemos das medidas práticas que propõem no tocante ao problema da delinquência. Todas elas pleiteiam uma radical modificação dos meios de prevenção e reação contra o crime. Os constitucionalistas ou caracterologistas pretendem que os delinquentes, pelo menos aqueles cuja atividade anti-social é imputável a causas endócrinas, devem ser entregues à clínica criminal.

“ *mais por “deficit” educativo.* Estes últimos, porém, avultam  
“ de tal maneira sobre os outros, que quase se poderia resumir  
“ a eles a ação profilática e preventiva contra a delinquência  
“ juvenil. De assistência moral, primacialmente, é que neces-  
“ sitam os delinquentes precoces. É preciso socorrê-los, salvá-  
“ -los de si próprios, e do meio em que vegetam, ensejando-se

---

“ Podem ser tais causas neutralizadas ou atenuadas por meio far-  
“ macológico ou cirúrgico. Podem ser corrigidas as tendências hiper  
“ ou hipossecretivas das glândulas endócrinas. Preconiza-se a medi-  
“ cação opoterápica, isto é, a ministração, por via oral ou parente-  
“ ral, de extratos glandulares (tiroidina, adrenalina, extrato hipofi-  
“ sário, extrato ovárico). Aconselha-se, em certos casos, a tiroidec-  
“ tomia parcial. LUGARO, no seu fácil entusiasmo, proclamava que,  
“ se se aplicasse a resseção de três quartos da tiróide, não haveria  
“ mais criminosos violentos!

“ De seu lado, os psicanalistas apregoam, quanto à delinquência  
“ neurótica, uma especial terapia, a que eles chamam *catártica*, em  
“ substituição ao vigente sistema penal. O que cumpre fazer é de-  
“ sarraigar o inconsciente sentimento de culpa e tornar conscientes  
“ os motivos inconscientes. Em tal sentido há toda uma técnica de  
“ *interpretação de sonhos*, de *interrogatórios* e *confissões*, de *associa-  
“ ções livres* ou *provocadas*, de *traslação afetiva*. Extirpados os es-  
“ calrachos do inconsciente, estará o paciente curado, e de um cri-  
“ minoso far-se-á um elemento útil à sociedade, a que deverá ser  
“ devolvido. Por último, a doutrina individual-psicológica reclama a  
“ substituição da pena por adequados métodos pedagógico-sociais.  
“ Se o indivíduo foi ao crime por *desalento*, não deve ser ainda mais  
“ *desalentado* com a pena. O delinquente deve ser *ressocializado*.  
“ Ao invés de punir, educar, no sentido da sincronização com a vida  
“ social.

“ Apreciemos, agora, o que valem essas doutrinas e teorias, a que  
“ se apegou, em desespero de causa, o moribundo positivismo penal,  
“ mas que só lhe têm servido para a prolongação da agonia. Não se  
“ apercebem os teóricos das causas orgânicas do crime que a época  
“ da antropologia criminal está definitivamente terminada. Não há  
“ de ser com generalizações ilegítimas, com analogias infundadas e  
“ com profusa verbiagem que se poderá penetrar na misteriosa etlo-  
“ logia do crime. Continuamos, a tal respeito, tão profundamente  
“ ignorantes quanto o éramos antes de LOMBROSO. A contribuição  
“ lombrosiana foi apenas uma tentativa malograda e depois dela não  
“ se avançou um palmo no estudo objetivo da criminalidade: tudo  
“ são hipóteses, conjecturas, inferências sem base na realidade, fal-

“-lhes aquisições éticas, reavivando neles o sentimento de  
“vergonha e de autocensura. É preciso que se formem neles  
“aquela personalidade moral que, se não fora a minha idios-  
“sincrasia por FREUD, eu consentiria em chamar o *superego*  
“*individual*. É preciso reabilitá-los para a dignidade da vida,  
“para o seu direito a um *lugar ao sol*. Há toda uma nova

“sificações do método galileano para o encaço de fantasias, dei-  
“xando apenas de manifesto a persistente indemonstrabilidade das  
“causas genéticas do crime. Cada doutrina, cada “escola”, dentro  
“de seus preconceitos e unilateralismos, somente sabe fazer dialética  
“abstrata, através de intermina avalanche livresca. Os dados reco-  
“lhidos são pouco mais que nada: alguns correlativos, umas tantas  
“*analogias*, certas *coincidências*, tais ou quais *nuvens parecidas com*  
“*Juno*. Mas, no emprego equivoco de tais dados, os argumentos abs-  
“tratos, as sutilezas, os raciocínios arbitrários e as conclusões gra-  
“tuitas de tal forma se desdobram, que ultrapassam a estratosfera  
“e vão soldar-se com o Infinito. Ao invés do *dinheiro de contado* da  
“ciência, os *saques a descoberto* da metafísica e da filosofia.

“Focalizemos a *caracterologia*, com suas bases na morfologia  
“constitucional e na endocrinologia. Seus resultados, em matéria  
“criminológica, são e não podem deixar de ser nulos. Somente ser-  
“viria ao estudo dos casos *patológicos* e, portanto, teria de ser con-  
“finada na órbita da *psiquiatria*. Não nos dá a conhecer coisa algu-  
“ma do *mecanismo* do crime nos homens normais, e para estes, so-  
“mente para estes, é que existe a sanção penal. E acontece, além  
“disso, que, sob o prisma psiquiátrico-constitucionalista, como ob-  
“serva GEMELLI, a caracterologia redundou no insucesso. Se as clas-  
“sificações de KRETSCHMER e de PENDE coincidem, mais ou menos, no  
“estabelecer as grandes categorias, divergem quando procuram pas-  
“sar à indicação dos vários tipos. Fora do tipo *Sancho-Pança* e do  
“tipo *D. Quixote*, tudo é artifício. Nem poderia caber em esque-  
“mas e quadros fechados o polimorfismo do caráter humano. Ten-  
“tá-lo é pretender cercar o infinito. Os caracterólogos, repita-se,  
“só têm diante de si os tipos anormais, os modelos fornecidos pela  
“patologia. Não explicam o crime do *homo medius*, do homem de  
“glândulas equilibradas e sãs. E o estudo das correlações psicofisio-  
“lógicas e psicomorfológicas é tão incipiente e tão problemático nas  
“suas ilações, que se não pode deixar de reconhecer a sua lamen-  
“tável inutilidade. Pretender definir uma personalidade com os da-  
“dos da biotipologia, vale o mesmo que tentar reconstruir o tem-  
“plo de Salomão pelo conhecimento de um mero detalhe de sua  
“estrutura. Dizer-se que o caráter é fixado exclusiva e imutavel-

“ciência para esse fim: é a *pedagogia correcional*, a *Heil-  
“pedagogik*, dos alemães. A alma da criança é um terreno  
“afeiçãoável a todas as culturas. O delinquente infantil está  
“longe de ser um caso irreduzível aos processos educacionais  
“inspirados na psicologia experimental. Há episódios da cri-  
“minalidade infantil que atestam, paradoxalmente, por vezes,

“mente pela constituição, importa um unilateralismo cego e surdo à  
“realidade. Não é no pneumogástrico e no simpático ou na consti-  
“tuição do corpo que se há de condicionar irremissivelmente o ca-  
“ráter, pois na formação deste entram em jogo fatores variadissi-  
“mos, a que não resistirá nenhuma classificação apriorística. O que  
“a experiência ensina é a plasticidade, a variabilidade incalculá-  
“vel do caráter. O que a experiência demonstra é que cada indivi-  
“duo reage a seu modo diante dos estímulos externos e que até um  
“mesmo indivíduo não reage sempre igualmente em face dos mes-  
“mos motivos. É de evidência meridiana a ilegitimidade de rastrear-  
“-se a psicogênese do crime no campo dos anormais. A anormali-  
“dade nem sempre explica o crime do próprio anormal. O crime  
“não é um episódio fatal da vida dos anormais. Como, então, que-  
“rer generalizar o que é apenas um acidente? Não está absolutamente  
“provado que haja delinquentes constitucionalmente tais. Não está,  
“de modo algum, averiguado que haja indubitáveis sinais ou stig-  
“mas, biológicos ou patológicos, do crime. Se este ou aquele delin-  
“quente apresenta uma constituição mórbida, uma perturbação en-  
“dócrina, um traumatismo psíquico, não significa isso, irrestrita-  
“mente, que o crime está em relação de causalidade com uma ou  
“outra dessas anomalias. O ato criminoso pode ser, às vezes, o acon-  
“tecimento pelo qual se manifesta uma constituição psíquica, mas  
“não é o *único* modo de exteriorizações desta. A hipótese endocri-  
“nológica é apenas uma aventura a mais no campo da desacredita-  
“da biologia criminal. A literatura de PENDE é a primeira a deixar-  
“-nos em perplexidade, colocando-nos numa encruzilhada de *pos-  
“sibilidades*: as relações entre as anomalias humorais e as éticas  
“são de *subordinação*, ou de simples *coordenação*, ou de *influência  
“recíproca*? A resposta a qualquer destas perguntas ainda não foi  
“dada senão através de vã logomaquia, sem avanço de um milí-  
“metro além do terreno das ilações hipotéticas. O próprio PENDE  
“faz a advertência de que, na atualidade, é temerário querer entrar  
“em generalizações sobre a influência endócrina na etiologia do  
“crime. VIDONI declara que o campo das secreções internas é dema-  
“siadamente amplo para ser iluminado em todos os seus pontos. O  
“estudo de que têm sido objeto é ainda obscuro, mesmo quanto a

“o tesouro de bondade e nobreza, que é o coração de uma criança. BUGALLO SÁNCHEZ conta-nos de um rapazelho que havia furtado de uma colchoaria uma certa porção de lã, e interrogado sobre o que pretendia fazer com aquilo, informou, sem mentir: “Um travesseiro para minha pobre mãezinha, que está doente.” As mais das vezes, o crime na

certas preliminares, e a avaliação de muitos dados é baseada mais sobre hipóteses do que sobre verdadeiras conquistas científicas. PALOPOLI assevera que seria imprudente supor que se possa explicar o crime como reação endócrina. JIMÉNEZ DE ASÚA acoima de literárias e ingênuas as concepções tipológicas de PENDE e declara aventurosa a pretensão de criar uma biotipologia criminal. São palavras do ilustre professor espanhol: “*Por mui prometedoras que sean las investigaciones llevadas a cabo en el campo de las secreciones internas, jamás podrá creerse en que esta doctrina sea la única interpretación del crimen. Los que quisieran transformar en Endocrinología toda la Criminología emprenderían una ruta simplista y unilateral.*” GEMELLI concede que “a endocrinologia pode explicar os poucos e desinteressantes casos em que a via emotiva está ligada a desequilíbrios endócrinos”. E a concessão é ainda excessiva, pois o desequilíbrio endócrino, por si só, é zero à esquerda...

“Passemos, de seguida, ao balanço da psicanálise e sua teoria criminal. É uma sucessão de paradoxos, de hipérboles, de irrisórias *trouvailles*, de extravagâncias de toda ordem. Dir-se-ia o sonho delirante de um febreiro. Falta ao freudismo, como diz HOCHÉ, qualquer fundamento teórico ou prático: o método de FREUD é anticientífico, e a psicanálise não passa de um episódio da cultura. É um pábulo aos boateiros da ciência, como foram a *frenologia* de GALL, o *magnetismo animal* de MESMER, a *lei biogenética* de HAECKEL e a *morfologia* de LOMBROSO. Segundo justamente observa KRAEPELIN, o pouco que a psicanálise tem de aceitável é de JANET. No mesmo sentido GEORGE DUMAS: na psicanálise somente se salva o que ela aproveitou da psicologia tradicional. WEIGANDT, criticando-lhe a *mania interpretativa*, considera-a apenas uma *epidemia*, alheia a pesquisas de clínica e de laboratório. LIEPMANN acusa o freudismo de ser uma “deplorável devastação do pensamento lógico e naturalístico”. MAC CURDY atribui a popularidade da psicanálise ao seu aspecto de “pornolalia”. MENDES CORREIA assim se pronuncia: “Duvidamos do valor terapêutico da psicanálise, que nos parece, as mais das vezes, um *match* de imaginação em que são protagonistas o paciente e o psicanalista e que,

“infância não é mais que um episódio doloroso de miséria extrema, que nos enche de infinita piedade e, também, de revolta contra a brutal, embora inevitável, desigualdade dos destinos humanos. O mesmo escritor espanhol acima citado relembra, a propósito, o caso de um menino que furtou a uma confeitaria uma caixinha de bombons e assim se

---

“como diz BLONDEL, se exerce em doenças que, quando curáveis, se curam por si mesmas ou que, como a histeria, quase desapareceram das listas nosográficas nos países em que se não pratica a psicanálise.” MORSELLI faz-lhe crítica cerrada; as “energias” da “dinâmica” de FREUD são descritas como um jogo de excitações e inibições recíprocas, que combinam ou se neutralizam: é uma dinâmica abstrata, e não biofisiológica, de modo que vai dar na metafísica e na filosofia. Deixa de lado a hereditariedade mórbida, os fatores individuais, os precedentes mórbidos, a predisposição patológica. Tudo nela é analogia, ilações empíricas, raciocínios absurdos, asserções gratuitas, interpretações arbitrárias, fraseologia complicada, a lembrar as ciências esotéricas. Dos mais insignificantes fatos da vida cotidiana faz método de interpretar o inconsciente. A pseudoterapia psicanalítica está ao alcance de qualquer curioso: não exige tirocínio sério, nem de clínica, nem de laboratório, e, assim, qualquer pessoa com vocação para padre confessor ou juiz de instrução pode praticá-la, embora a lutar em vão com a resistência do paciente e sem que se possa distinguir qual é o neurótico: se o interrogador, se o interrogado... Quando o freudismo sai do seu metapsicologismo de complexos adquiridos e se mete a refazer a *paleo-psique*, é para argumentar artificialmente, dentro de sua mania de incestuosidade latente, com o *totemismo* primitivo e as prescrições *tabu*, deturpando o pensamento de DARWIN, e para aderir à fantástica e já inteiramente desmoralizada lei biogenética de HAECKEL. GENIL-PERRIN está cheio de razão quando diz que “o reino da criminologia psicanalítica não é deste mundo”. RUIZ MAIA nega que a psicanálise possa servir de fundamento a uma criminologia: “...si no olvidamos que es una doctrina violentamente impugnada, que entre sus verdades encierra o contiene muchas fantasías, que establece conceptos sin existencia real etc., no será atrevido, ni expresión de partidismo, afirmar que el psico-análisis carece aún de eficiencia, de suficiente valor para ser ofrecido a los juristas. El psico-análisis explicará algunos casos de delincuencia; pero no puede ser el fundamento de una criminología.” Nem de outro modo opina o próprio FERENCZI, “psicanalista convencido, que, se admite possa a psicanálise fundar



“ justificava: “Para falar verdade, eu não queria tirá-la, mas  
“ me fazia tanta inveja ver os outros meninos comprando  
“ doces... Eu estava com fome, e aquilo parecia tão gosto-  
“ so... Eu nunca tinha provado um bombom...” Cumpre  
“ atalhar na criança a inclinação congênita ou adquirida para  
“ o mal, formando ou preservando-se nela o futuro *homem de*

---

“ uma nova psicologia criminal, declara cepticamente: “Desgraçada-  
“ mente, as investigações realizadas até agora em tal sentido são,  
“ quase sem exceção, de índole puramente teórica e não autorizam  
“ conselhos ou deduções suficientemente práticos para poder inte-  
“ ressar os juristas.” SCHNEIDER entende que a psicanálise substitui  
“ as contribuições científicas pela afirmação do seu particular ponto  
“ de vista sobre o mundo, o que vale por uma atitude simplista, mas  
“ apropriada para atrair o favor do grande público, sempre inclinado  
“ ao misticismo. HANSEL considera a doutrina psicanalista um fator  
“ dissolvente, pois ameaça subverter, entre as massas populares, o  
“ sentimento da responsabilidade pessoal. ASCHAFFENBURG vê na  
“ psicanálise uma série de infundadas fórmulas genéricas, dentro  
“ de preconceitos e apriorismos. Impugna as idéias de STAUB e as  
“ de REIK sobre o “constrangimento à confissão” e a “necessidade  
“ de castigo” e declara que nenhuma prova existe da eficácia do  
“ extravagante método psicanalista na conjuração das tendências  
“ criminosas. Supondo fazer “psicologia profunda”, a psicanálise  
“ redundaria em generalização superficial. MEZGER, depois de acentuar  
“ o ilogismo do “desejo inconsciente da pena”, dado que o receio da  
“ pena devia contribuir na formação do *superego*, deita sobre o  
“ ataúde do freudismo esta *pá de cal*: “A psicanálise não pôde de-  
“ monstrar a pretendida existência do chamado *complexo de Édipo*,  
“ como fenômeno geral humano, e, portanto, esboroam-se os seus  
“ fundamentos criminológicos.”

“Apreciemos, afinal, a *psicologia individual*. É um cisma da  
“ psicanálise, uma variante do pretensioso psicologismo profundo:  
“ o *complexo de inferioridade* é, aqui, o *stigma Diaboli*, e vale o com-  
“ plexo de Édipo. Embora menos extravagante que o freudismo, o  
“ adlerismo é também baseado num terreno de lucubrações abstra-  
“ tas e unilaterais. É de todo inaceitável o apriorismo de que o  
“ crime seja derivativo do *desalento* do indivíduo na luta pela vida,  
“ dentro da organização atual da sociedade. E nada nos assegura  
“ que numa ordem social *igualitária*, segundo a utopia marxista, o  
“ crime desaparecesse. Evidentemente, a delinquência, subsistiria,  
“ ainda que sob novas formas, para que surgisse um ADLER às  
“ avessas, atribuindo-lhe a origem de um *complexo de... superiori-*

“bem. O Estado, a que incumbe a consecução dos fins coletivos, não pode alhear-se, em tal sentido, a uma função de assídua vigilância, a uma provida e militante ação tutelar. Embora sem a desejável eficiência ou realização prática, as nossas normas legais sobre proteção à infância podem emparelhar com as das mais adiantadas legislações. O nosso

---

*dade reprimida!* Quanto ao seu programa educacional de solidariedade humana e espírito de comunidade, isso já vem dos Evangelhos, e dois mil anos de pregação foram inúteis para extirpar a pretensa criminalidade neurótica. Em crítica ao adlerismo, discorre MEZGER, com todo acerto: “O crime não é apenas a expressão de um *desalento* no sentido posto em moda, ou de um sentimento de inferioridade na luta social pela existência, pois que, em maior proporção e em numerosos casos (sirva de exemplo a delinquência profissional), representa luta aberta e sem escrúpulos contra os interesses legítimos do próximo. Na realidade, não é o delinquente produto lamentável dos fenômenos repressivos, ao qual pode apresentar-se a ordem social como repressão injusta. A psicologia individual desloca a imagem da realidade por construções teóricas preconcebidas, e também abstrai que o mecanismo anímico da “supercompensação” tanto pode ser fonte do crime como gênese do mais elevado progresso humano... O extremadíssimo exclusivismo mesológico, que a psicologia individual defende, não corresponde à realidade da vida. Finalmente: a individual-psicologia também não atende a que o direito penal é direito de luta na evolução social, cultural e popular. A piedosa importância que concede às tendências de inferioridade na alma humana produz resultados contrários aos que pretende obter. Além disso, a teoria, no fundo, manifesta-se como princípio hostil, mais ou menos consciente, de materialismo econômico nivelador contra a ordem cultural dominante, e como o direito penal está ao serviço desta, repele, consequentemente, as suas pretensões político-criminais.” Não é preciso dizer mais, com tanta precisão e lógica... Já de outra feita assim nos pronunciamos: “O legislador não pode substituir a construção jurídica atual por critérios fundados em hipóteses aventurosas e gratuitas. Os colaboradores do novo Código brasileiro deveriam ter sido levados imediatamente para o manicômio se, ao invés da pena, mandassem aplicar aos criminosos uma injeção de extrato genital ou tiroxina, uma dose de adrenalina ou de hormônio hipofisário, ou entregá-los à terapia psicanalítica, para extirpar-lhes do inconsciente os escalrachos edípicos e outras putrilagens da invencionice freudiana.” No Congresso de Criminologia de Santiago

“Código de Menores é modelar, e complementarmente outras medidas posteriores têm procurado colocar-nos, nessa matéria, à altura da civilização contemporânea. Compreendeu o legislador pátrio que não eram suficientes medidas de ordem simplesmente administrativa, e adotou o critério, hoje geralmente difundido, de fazer assegurar sob sanção penal os deveres familiares de assistência aos menores, sem excluir a intervenção do Estado, no sentido de tomar a seu cuidado os menores material e moralmente abandonados.”<sup>18</sup>

*Sujeito ativo* de qualquer das modalidades do crime previsto no art. 247 é o pai, ou a mãe, ou o tutor (os que têm

<sup>18</sup> Julgando insuficiente o art. 45, III, do Código, a lei n.º 2.252, de 1-7-1954, sob a rubrica de “corrupção de menores” (*nomen juris* já adotado pelo Código na rubrica marginal do art. 218, pertinente ao setor dos crimes sexuais ou contra os costumes), dispõe: “Art. 1.º: Constitui crime, punido com a pena de reclusão de um a quatro anos e multa de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00, corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 anos, com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la.” Assim, ao invés de simples agravante no caso de concurso de agentes, haverá, no caso, a cargo do “corrutor”, um concurso formal entre o crime previsto na lei n.º 2.252 e o que vier a praticar o menor induzido ou participe (veja-se vol. I, t. II, n.º 112, destes “Comentários”).

“do Chile (1941), já havíamos batido na mesma tecla: “... é preciso afastar inteiramente o direito penal, em suas aplicações práticas, das ervas daninhas de hipóteses mais ou menos gratuitas que por aí andam com o rótulo de ciência, como sejam a endocrinologia, a caracterologia e a psicanálise. Os médicos e biólogos não podem reclamar dos juristas que adotem seus pontos de vista enquanto estes não estejam plenamente comprovados. Não há de ser porque entre os delinquentes se encontrem 10% de endocrinopatas, que se tenha de reconhecer na endocrinopatia uma causa genética do crime. Conheço *basedowianos* flagrantes que são incapazes de fazer mal a uma formiga. O biopsicograma de KRETSCHMER poderá servir à psiquiatria, mas não à criminologia, porque não explica o crime do homem normal. Por outro lado, não há de ser por meio de simbolismo em torno do *inconsciente* que se deverá explicar o fenômeno da delinquência. Os psicanalistas, fazendo abstração do terreno de predisposição que provém do plasma germinal, imaginaram o complexo de Édipo, mas não explicam por que tal complexo impele certos indivíduos ao crime e a outros não.”

*poder* sobre o menor), ou, ainda, o que está encarregado do menor, o que o tem para criar, ou o que, mesmo temporariamente, como diretor de colégio, tem o menor sob sua guarda ou vigilância. Respondem, em primeiro lugar, os encarregados de guarda ou vigilância imediatas; mas pode ocorrer co-autoria entre estes e os que têm o *poder*, desde que uns e outros *permitam* o que o dispositivo pune.

*Sujeito passivo* é o menor de 18 anos.

*Elemento material* está no fato objetivo de deixar que o menor pratique qualquer dos atos previstos.

*Elemento moral* é o dolo, que consiste em saber o agente que o menor está praticando o fato, e voluntariamente omitir o emprego de meios conducentes e evitá-lo. Mesmo quanto aos menores relativamente incapazes, compete aos pais, no exercício do pátrio poder, exigir que lhes prestem obediência e respeito (Código Civil, art. 384, VII) e castigá-los moderadamente (arg. do art. 395, I, do Código Civil, combinado com o art. 136 do Código Penal). Tratando-se de tutor, deve ele pedir providências ao juiz competente (Código Civil, art. 424, II). Não sendo bastantes estes meios, para evitar os fatos previstos no dispositivo, os pais deverão solicitar providências às autoridades, inclusive policiais; do contrário, estariam permitindo os mesmos fatos.

No caso do n.º I do referido artigo, primeira parte, para que se caracterize o crime, é preciso ter em conta a possibilidade de corrupção do menor, de acordo com o grau de entendimento; não assim no da segunda parte.

No caso do n.º II, cabe a mesma observação: trata-se de corrupção moral, e não de atentado à *saúde física*.

Pelo n.º III, a mulher de má vida não pode ter em sua companhia o filho menor, no local ou casa em que exerce o seu torpe comércio; e os menores de 18 anos não podem aí *trabalhar*, ainda quando não haja *permanência*, como no caso do *caixeiro* que serve a casa suspeita.

Na hipótese de mendicância, a lei anterior punia também, expressamente, o mendigo que se fazia acompanhar de menor. O artigo ora comentado não cuida da espécie, pois figura no capítulo que trata de crimes *contra a família*. O mendigo, aliás, incorre em co-autoria (art. 25).

É necessário, para que se configure o crime, que o menor seja utilizado pelo mendigo *para excitar a comiseração pública*: assim, o menor pode guiar o mendigo cego sem que o responsável por ele incorra em crime, se não é o menor quem mendiga, nem está servindo ao mendigo para excitar comiseração.

A pena é detenção *ou* multa. Na reincidência, se, por qualquer motivo, não há pagamento, converte-se a multa em detenção (art. 38). Conforme a gravidade do fato e de suas circunstâncias, haverá imposição de penas acessórias previstas no art. 69, II e III.

A ação penal é *pública*.

## CAPÍTULO IV

## Dos crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela

Induzimento  
a fuga, en-  
trega arbi-  
trária ou so-  
negação de  
incapazes

*Art. 248. Induzir menor de 18 anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial; confiar a outrem, sem ordem do pai, do tutor ou do curador, algum menor de 18 anos, ou interdito, ou deixar, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame:*

*Pena — detenção, de um mês a um ano, ou multa, de Cr\$ 200,00 a Cr\$ 2.000,00.*

Subtração  
de incapazes

*Art. 249. Subtrair menor de 18 anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:*

*Pena — detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.*

*§ 1.º O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.*

*§ 2.º No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.*



**DIREITO COMPARADO** — Códigos: italiano, arts. 573 e 574; alemão, § 235; suíço, art. 185 e 220; francês, arts. 354 a 357; espanhol, arts. 484 a 486; belga, arts. 364 a 369; norueguês, §§ 216 e 217; polonês, art. 199; dinamarquês, art. 215; português, arts. 342 a 344 e 347; chileno, arts. 355 a 357; argentino, arts. 131 e 146 a 149; boliviano, arts. 433 a 446; peruano, arts. 220 e 221; uruguaio, art. 267.

**BIBLIOGRAFIA** — Já citada nos capítulos anteriores.

### COMENTÁRIO

**129. Observações preliminares.** Este capítulo dos crimes contra a família podia perfeitamente incluir-se no anterior, “Dos crimes contra a assistência familiar”, como está no Código italiano, porquanto os atos nele punidos são os tendentes a subtrair o menor ou interdito à assistência que lhe é devida por sua família, seja esta legítima, seja natural, ou representada por institutos de direito de família, como sejam a tutela e a curatela.

Adverte a *Exposição de motivos* (n.º 79, *in fine*) que, “cuidando dos crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela, se limita o projeto a reinvidicar para o futuro Código Penal certos preceitos do atual Código de Menores, apenas ampliados no sentido de abranger na proteção penal, além dos menores de 18 anos, os interditos”.

Na *retenção*, como na subtração de incapazes, previstas neste capítulo, a ação é pública, enquanto que, nos Códigos italiano (arts. 573 e 574) e suíço (art. 220), *depende de queixa* do sujeito passivo (pai, tutor, curador). Perante o nosso Código, a ação não depende nem mesmo de representação (art. 102, § 1.º). Ora, ao pai, ao tutor, ao curador é que naturalmente compete discernir no caso, e não ao Ministério Público. Acresce que não poderá haver *perdão* (art. 107), de modo que se dará o caso, por exemplo, do noivado entre o agente e o subtraído, com a continuação do processo criminal contra aquele. Por outro lado, não se dispôs sobre o efeito do casamento entre o sujeito ativo e o subtraído, como fez o Código italiano, cujos arts. 573 e 574 mandam aplicar o

art. 544, segundo o qual esse casamento extingue o crime e faz cessar a execução e os efeitos penais da condenação. Se, pois, nos termos do art. 108, VIII, o casamento do raptor com a raptada extingue a punibilidade do crime de rapto, todavia não extingue a dos crimes previstos no capítulo em apreço: o agente, em detenção, por exemplo, por dois anos, mesmo que case com o subtraído, tem de terminar o cumprimento da pena a que foi condenado.<sup>19</sup> O casamento não se inclui na *restituição* do § 2.º do art. 249, nem o efeito desta se estende aos delitos do art. 248. Seria, talvez, admissível a interpretação por analogia, favorável ao réu.

130. *Induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes.* Várias são as modalidades criminais previstas no art. 248. A primeira delas é a de *induzimento a fuga*: “induzir menor de 18 anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial”; a segunda — “entrega arbitrária de incapazes” — consiste em “confiar a outrem, sem ordem do pai, do tutor ou do curador, algum menor de 18 anos, ou interdito”; finalmente, a *sonegação* (retenção) *de incapazes*, que se verifica com o fato de “deixar, sem justa causa, de entregar” o menor de 18 anos ou o interdito “a quem legitimamente o reclame”.

*Sujeito passivo* é o pai, a mãe, o tutor ou o curador, e não o menor ou interdito; *sujeito ativo* é todo aquele, paren-

<sup>19</sup> Entende NÉLSON HUNGRIA que tal não pode ocorrer. Segundo seu comentário (veja n.º 60), nosso Código adotou critério diverso do acolhido no Código italiano, para não incidir no *bifrontismo* deste, que coloca o rapto violento ou *per fraudem* entre os crimes sexuais (contra a liberdade sexual) e o rapto consensual (*in parentibus vel tutores*) entre os crimes contra a família (contra a assistência familiar). No caso de *subtração* ou *retenção* de incapaz, se se segue o casamento, era este, *naturalmente*, o fim do agente, e o crime é o de *rapto consensual*, de modo que o *subsequens matrimonium* extingue a punibilidade, sem necessidade do recurso, acima sugerido, à analogia *in bonam partem*.

te ou não, que pratica um dos fatos incriminados no artigo em questão.

O *induzimento a fuga* extrema-se da *subtração* prevista no art. 249: no *induzimento*, a ação acha-se ligada à idéia de *fazer o menor sair do lugar* em que se encontra colocado pelo responsável (asilo, colégio, etc.); se o agente induz o menor a segui-lo, haverá *subtração*, que é crime mais grave. Na *subtração*, o menor é tirado do *poder* de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial; ao passo que, no *induzimento*, ele é levado a *sair do lugar onde foi posto*. Como se vê, não é fácil diferenciar uma figura criminal da outra. Se o agente induz o incapaz a fugir *com ele* ou *para ele*, há *subtração*, que cumpre distinguir do *rapto*, que é crime *contra os costumes*. A *entrega arbitrária* concretiza-se no fato do agente (diretor de colégio, de asilo, de casa de saúde, etc.) que entrega o menor ou o interdito a outrem, sem autorização, verbal ou por escrito, do sujeito passivo. Em tal caso, o terceiro que recebe o incapaz será co-autor, se conhecer do *arbitrio* da entrega; se desconhecia tal circunstância, mas se recusa a restituir o incapaz, incorrerá no crime de *sonegação* (terceira modalidade prevista no art. 248). Se o terceiro obtém a entrega mediante engano do *tradens*, ou violência material ou moral contra este, cometerá o crime de *subtração* (art. 249). A terceira modalidade, isto é, a *sonegação*, consiste na recusa de entrega (retenção), sem justa causa, do incapaz a quem legitimamente o reclame. O Código italiano (art. 574) pune com reclusão por um a três anos o que *retém* o menor de 14 anos contra a vontade do pai ou tutor, ou o menor de *mais de 14 anos*, sem o consentimento dos mesmos, pai ou tutor; se há provimento judicial desrespeitado, a pena vai até três anos de reclusão ou multa de mil a 10 mil liras (art. 388). Nosso Código pune mais levemente a *recusa de entrega* que a *subtração* do incapaz. Neste último caso, mais grave, concedeu ao juiz a faculdade de deixar de aplicar a pena, se o incapaz é restituído sem ter sofrido maus-tratos ou privações (art. 249, § 2.º); no entanto, deixou-se de dar a mes-

ma faculdade para o caso de *recusa de entrega*. A restituição do incapaz *antes de condenação*, no Código italiano, tanto na recusa de entrega como na subtração propriamente dita, é atenuante especial (arts. 573, 574 e 575). Perante o nosso Código, a subtração, mesmo feita em desobediência a provimento judicial, não faz incorrer o agente no crime de desobediência do art. 359, de pena mais grave, como mostra o § 1.º do art. 249, que declara não isento das penas do referido artigo “o pai ou tutor do menor, ou curador do interdito, se *destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda*”. Mas a *recusa de entrega* (sonegação, retenção), do art. 249, contra ordem judicial, parece constituir a desobediência do art. 359: o agente se arroga o exercício de direito de que se acha privado, por perda ou suspensão, em virtude do provimento judicial. Diferente é o sistema italiano (arts. 388 e 574).

131. **Subtração de incapazes.** É a entidade criminal prevista no art. 249. Qualquer pode cometer o crime de subtração do incapaz, contra o titular do pátrio poder, da tutela ou curatela, contra quem tem o incapaz sob sua guarda, por o ter tomado para criar, contra a pessoa a quem ele se acha confiado, ou por uma das pessoas acima especificadas, ou por ordem judicial. Como vimos, quando comentamos o artigo precedente, no caso de sentença que prive o agente de exercer o direito de guarda do incapaz ou de o ter em sua companhia, mandando que ele seja entregue a outrem, se o agente comete *subtração*, não incorre no crime de desobediência do art. 359, mas no crime de que ora se trata (arg. do § 1.º do art. 249). Quando, havendo provimento judicial, o agente é estranho ao mesmo, com maioria de razão ficará incurso no art. 249, de pena mais branda.

É necessário distinguir entre a *subtração de incapaz* e o *rapto*.

Este último é sempre praticado contra mulher honesta e para fim libidinoso ou de casamento, podendo ser consen-

sual ou não (arts. 219 e 221), e tanto pode ser executado mediante subtração, como mediante retenção.

Ao cominar pena à subtração de incapaz, o texto legal ressalva: “se o fato não constitui elemento de outro crime”. O crime em questão pode ser elemento do crime de rapto. Se o subtraído for homem, tenha ou não prestado o seu consentimento, seja ou não o fim do agente a libidinagem ou o casamento, dá-se *subtração*; se for mulher, honesta ou não, e o fim do agente não for libidinoso ou de casamento, dá-se ainda *subtração*.

Na subtração, do mesmo modo que na retenção (artigo 248), presume-se praticado o fato contra a vontade dos pais do menor, até prova em contrário (Cassação italiana, 1932). A mulher que retém em sua casa menor de 18 anos, para fim libidinoso ou de casamento, comete o crime do art. 248, e não o de rapto.

Pouco importa que a subtração seja praticada mediante violência ou ameaça contra o incapaz, ou seja consensual. Se houve violência ou ameaça, pode cogitar-se de concurso de crimes do art. 249 e do art. 146 (constrangimento ilegal), o primeiro contra o pai, tutor, etc., e o segundo contra o subtraído, aplicando-se, então, a regra do concurso formal (artigo 51, § 1.º).<sup>20</sup> Só é incriminada a subtração de menor

---

<sup>20</sup> Mediante uma só ação praticou o agente os dois crimes. Não se trata de crime complexo (definido no art. 103), pois o crime de constrangimento ilegal não é elemento constitutivo ou circunstância agravante do crime do art. 249. Ressalvado o disposto nos parágrafos do art. 51, a *regra* geral deste artigo só não se aplica ao concurso de crimes quando a *lei* considera um dos crimes como elementar ou agravante do outro. O Código italiano tem regra expressa a respeito (art. 84), que é de ser recebida no direito do Código brasileiro: porque se a *lei* considera um dos crimes como elemento constitutivo ou agravante do outro, o primeiro fica punido pela punição do segundo; na pena cominada ao último está, evidentemente, contida a cominada ao primeiro. No caso figurado no texto, não considerando a *lei* o crime do art. 146 elemento ou agravante do crime do art. 248, dá-se concurso *formal*, única tendo sido a ação. Já no crime de furto mediante entrada em casa alheia, *v. g.*, há,

quando este tem idade inferior a 18 anos. Outros Códigos, entretanto, como o italiano (arts. 573 e 574) e o suíço (artigo 220), falam apenas em *menor*. Se a subtração for de interdito de mais de 18 anos, é necessário, bem entendido, que o sujeito passivo tenha sua *guarda legal*, pouco importando que a exerça pessoalmente ou por meio de outrem. São sujeitos a interdição por sentença judicial os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos e os pródigos nas condições previstas no artigo 446 do Código Civil. Não se comete subtração do prodigo, porque, à vista do disposto no art. 459 do Código Civil, o curador não tem a *guarda* de sua pessoa. E quanto aos loucos e surdos-mudos, é necessário saber se a curatela se estende à guarda de sua pessoa, pois, tanto no que respeita aos surdos-mudos (Código Civil, art. 451), como aos loucos, o juiz deve marcar os *limites da curatela*. O Código a meu ver, devera ter desprezado a expressão "interditos" e adotado a "alienado ou débil mental", como fez no caso de rapto (art. 224,

---

a nosso ver, concurso *material*, pois o crime de entrada em casa alheia (art. 150) não é considerado *pela lei* elemento constitutivo ou agravante do crime de furto. A circunstância *acidental* de o ladrão ter de invadir o domicílio para alcançar o objeto da subtração não afasta o concurso material; seria necessário, para a absorção, que a *lei* considerasse, *in abstracto*, o primeiro crime como elemento ou agravante do segundo. Já no direito italiano, a *lei* (art. 625, 1.º) considera a entrada em domicílio *agravante* do furto; não há pois, no caso em exame, concurso material, como entre nós.

Nossos textos sobre concurso de crimes são os do art. 51 e parágrafos; não possuímos textos correspondentes aos franceses, segundo os quais, *v. g.*, o crime de falsidade como *meio* de praticar o de estelionato cai sob o princípio do *non cumul des peines*, do art. 365 do Cód. Inst. Crim., princípio ali "consagrado em várias disposições legais", como observa VIDAL (*Cours de Droit Crim.*, 1935, § 252, letra b). No direito do novo Código, os únicos temperamentos à regra geral de que ao agente se aplicam, cumulativamente, as penas de todos os crimes que praticar (regra expressa no art. 51), são os consignados nos parágrafos do mesmo art. 51. Assim, por exemplo, no caso de estelionato praticado por meio de falsidade documental, diversamente do que acontece no direito positivo francês, o agente, me-



b). O art. 674 do Código italiano fala em *infermo di mente*. Se a subtração tem por objeto o louco ou o débil mental *não interditados e maiores de 18 anos*, não se configura crime *contra a família*.

O § 2.º do art. 249 faculta o perdão judicial “no caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações”.

---

diante *duas* ações, pratica *dois* crimes, aplicando-se-lhe a regra geral do art. 51 — concurso material; não há, como em França, texto que lhe atenuie a pena. É de ressaltar, finalmente, que o exposto traduz, apenas, reserva de minha opinião pessoal; a opinião dos “Comentários” é diversa e se acha exposta no 1.º volume da obra, a cargo do professor NÉLSON HUNGRIA (notadamente à pág. 121), com a riqueza de argumentação e erudição peculiares a todas as suas produções, aliadas à sua maior autoridade de co-autor do projeto.



## BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR (Asdrúbal) — *Ciência sexual*, 1923-1924.  
— *Virgindade*, 1924.
- ALIMENA (B.) — *Principii di diritto penale*, II, 1912.  
— *L'età nei delitti contro il buon costume e contro l'ordine delle famiglie*, in *Giustizia Penale*, X.
- ALLENDY (R.) — *Le crime et les perversions instinctives*, 1942.
- ALVES GARCIA (J.) — *Compêndio de Psiquiatria*, 1942.  
— *Psicopatologia forense*, 1945.
- ANOSOW — *Religion und Strafrecht in U.S.R.R.*, in *Monatschrift für Kriminologie*, 1931.
- APPLETON — *La traite des blanches*, 1903.
- ASÚA (Jiménez) — *Libertad de amar y derecho a morir*, 1929.  
— *El criminalista*, I, 1941.  
— *Psicoanálisis criminal*, 1940.
- BATTAGLINI — *L'arte e la tutela penale al pudore*, in *Rivista Penale*, 1931.
- BAUMANN (F.) — *New York Kadetten (Os rufiões de Nova Iorque)*, 1905.
- BAVIERA — *La corruzione di minorenni in relazione all'art. 335 e alla giurisprudenza*, in *Scuola Positiva*, XX, 1909.
- BEAUNIS — *Sensations internes*, 1887.
- BECCARIA — *Dei delitti e delle pene*, 1764.
- BELL (Blair) — *The sexual-complex*, 1920.
- BELLAVISTA (G.) — *La tutela penale dell'economia corporativa nel Codice vigente*, 1936.
- BELTJENS (G.) — *Encyclopédie du droit criminel belge*, 1901.
- BENNECKE (H.) — *Die strafrechtliche Lehre vom Ehebruch (A doutrina penal do adultério)*, 1884.
- BENDA (Julien) — *La grande épreuve des démocraties*, 1942.
- BENTO DE FARIA — *Código Penal Brasileiro*, 1943.
- BERENINI (A.) — *Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, in *Trattato de FLORIAN*, 1937.

- BERFORD (Álvaro) — *A pornografia*, in *Anais da Conferência Judiciária Policial*, I, 1918.
- BEVILÁQUA (Clóvis) — *Código Civil*, 1917.
- BIANCHEI — *Note sul delitti di sciopero nei pubblici servizi*, in *Scuola Positiva*, 1928.
- BLOCH — *Die Prostitution*, 1912.
- BOHNE (G.) — *Notzucht (Estupro)*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de SOMLO-ELSTER, 1927.
- *Sittlichkeitverbrechen (Crimes contra os costumes)*, idem.
- *Mädchenhandel (Tráfico de mulheres)*, idem, IV.
- BOTT — *Zur Lehre von dem Religionsvergehen (Sobre a doutrina dos delitos de religião)*, 1890.
- BRASIL AMERICANO — *Dos crimes contra os costumes*, 1943.
- BROUARDEL — *Les attentats aux mœurs*, 1909.
- BULOC (E.) — *Le "droit de grève" et les grèves*, 1910.
- BUMKE — *Trattato di psichiatria*, trad. ital. de TIRELLI, 1927.
- BUNAMICI — *Del delitto di violato sepolcro*, 1873.
- BURCKARDT — *In Protokoll der zweiten Expertenkommission (sobre o projeto de Código Penal suíço)*, vol. IV.
- BUSH — *Forensisch-psychiatrische Beiträge zur Frage des sexuellen Missbrauches geistig minderwertiger Personen (Contribuições psiquiátrico-forenses à questão do abuso sexual contra pessoas mentalmente inferiorizadas)*, 1930.
- CALAME — *In Protokoll der zweiten Expertenkommission (sobre o projeto de Código Penal suíço)*, III.
- CALKER (van) — *Strafrecht*, 1927.
- CALOGERO (C.) — *Dei delitti contro il buon costume e contro l'ordine delle famiglie*, in *Trattato de COGLIOLO*, vol. II, parte I, 1890.
- CAMPOLONGO — *I delitti contro la religione e la pietà dei defunti*, 1930.
- *Del delitto di violato sepolcro*, in *Rivista Penale*, LV.
- *Delitti contro la libertà dei culti*, in *Rivista Penale*, VII, 1898-1899.
- *Reati contro la libertà dei culti*, in *Digesto Italiano*, VIII.
- CAMPOS (Francisco) — *Exposição de motivos*, 1940.
- CAMPOS JÚNIOR — *Do lenocínio e do tráfico de mulheres*, in *Anais do I Congresso Nacional do Ministério Público*, 1943.
- CANUTO (G.) — *Afrodisiologia*, in *Manuale di Medicina Legale*, de MÁRIO CARRARA, I, 1937.
- CARMIGNANI — *Elementi di diritto penale*, II, 1863.
- CARNEVALE (E.) — *Intorno alla nozione del violato sepolcro*, in *Rivista Penale*, XXVII.
- CARRARA (F.) — *Programma*, parte especial, 1909.
- CARRARA (M.) — *Medicina Legale*, I, 1937.

- CARVALHO (Beni) — *Crimes contra a religião, os costumes e a família*, 1943.  
 — *Sexualidade anômala*, 1937.
- CARVALHO (Ed.) — *A sedução no crime de estupro*, in *Revista de Direito*, vol. 67.
- CARVALHO SANTOS — *Código Civil Interpretado*, 1937.
- CASSINELLI (B.) — *Lo sciopero nel Codice Penale*, in *Scuola Positiva*, 1932, 1.<sup>a</sup> parte.
- CESARINO JÚNIOR — *Dos crimes relativos ao trabalho do novo Código Penal brasileiro*, in *O novo Código Penal*, II, 1942.
- CHASSAN — *Des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 1846.
- CHAUVEAU ET HÉLIE — *Théorie du Code Pénal*, 1862.
- CHONEZ — *L'abandon de famille*, sem data.
- CIAMPOLINI — *Sessualità e medicina legale*, I, 1936.
- CLARK (J. M.) — *Social control of business*, 1926.
- CLARUS (Julius) — *Practica Criminalis*, § *Stuprum*.
- COELHO (Ad.) — *Ópio, cocaína e escravidão branca*, 1934.
- COMMENCE — *La prostitution clandestine à Paris*, 1904.
- CORDOVA (A.) — *L'osceno nel delitto di oltraggio al pudore nell'arte*, in *Rivista Penale*, 1916.  
 — *Le disposizione penali nella legislazione sui sindacati*, in *Rivista Penale*, 1926.
- CORREDO (P.) — *Lenocínio*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VII.
- CRESPOLANI — *Dei delitti contro la libertà dei culti*, in *Rivista Penale*, suppl., VIII, 1899-1900.
- CRIVELLARI — *Il Codice Penale*, 1894.
- CUELLO CALÓN — *Derecho Penal*, 1943.  
 — *El delito de abandono de familia o de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, 1942.
- DALLOZ — *Dictionnaire pratique de droit*, suppl., 1923.
- DAMBRUN (L.) — *La grève envisagée dans ses effets juridiques*, 1903.
- DANIEL (G.) — *Il vilipendio della religione nel progetto di codice penale italiano*, in *Scuola Positiva*, 1930.
- D'AUTREC — *L'outrage aux mœurs*, 1923.
- DE LITALA — *Diritto Penale del Lavoro e della Pubblica Economia*, 1939.
- DE LUCA (E.) — *Quale reato può costituire il bacio violento*, in *Rivista Penale*, 1912, pág. 658.
- DE SANCTIS — *Opera d'art o di scienza e pornografia*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1935, págs. 297 e segs.
- DÍAZ (E.) — *El Código Penal*, 1928.

- DI FALCO-SALTELLI — *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, 1931.
- DONDINA (M.) — *Corruzione di minorenne*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IV.
- *Prostituzione*, idem, vol. X.
- *Tratta di donne e di minori*, idem, vol. XII, parte 2.<sup>a</sup>
- DREYFUS (Ferdinand) — *Rapport sur la traite des blanches*, in *Bulletin de l'U.I.D.P.*, vol. 8.<sup>o</sup>, 1900.
- DUARTE (José) — *Lenocínio*, separata de Direito, 1940.
- DUFOUR — *Histoire de la prostitution chez tous les peuples du monde*, 1851.
- DURANTE — *Bigamia*, in *Digesto Italiano*.
- DURNERIN (P.) — *Grèves et coalitions ouvrières*, 1909.
- ELSTER (Alex.) — *Zuhälter (Rufião)*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, fasc. 19, 1936.
- ESCOBEDO — *Elogio della congiunzione carnale*, in *Giustizia Penale*, 1909.
- *Il reato di corruzione di minorenne nella recente giurisprudenza della Corte Suprema*, in *Rivista Penale*, XVII.
- *Il significato giuridico dell'inganno nel reato di ratto*, in *Giustizia Penale*, XIX.
- *L'aggravante dell'abuso di fiducia e delle relazioni domestiche nella violenza*, in *Giustizia Penale*, 1923.
- ESZTERHÁZY (Agnes) — *Das lasterhaft Weib (A mulher viciosa)*, 1920.
- ETTINGER — *Zur Lehre von Religionsverbrechen (Para a doutrina dos crimes de religião)*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 303.
- EYQUEM (Alb.) — *La pornographie*, 1905.
- FABREGUETTES (G.) — *Des outrages aux bonnes moeurs*, 1894.
- FALCHI (G. F.) — *Diritto penale romano*, vol. II, 1932.
- FÁVERO (Fiamínio) — *Medicina Legal*, 1942.
- FERÉ — *L'instinct sexuel*, 1899.
- FERNANDES (Adauto) — *Diritto Industrial Brasileiro*, 1942.
- FERRAI e HOFFMANN — *Trattato di medicina legale*, 1929.
- FERREIRA ALVES — *Do Direito das Sucessões*, 1928.
- FERREIRA DA ROSA — *O Lupanar*, 1896.
- FERRINI — *Esposizione storica e dottrinale del diritto penal romano*, in *Enciclopedia de PESSINA*, 1905.
- FEUILLOLEY (G.) — *Communication sur la traite des blanches*, in *Bulletin de l'U.I.D.P.*, vol. 10.
- FIAUX (L.) — *La police des moeurs*, 1902.
- FINGER (A.) — *Das Strafrecht (O direito penal)*, II, 1895.



- FINZI (M.) — *Le norme penali sulla disciplina dei rapporti collettivi di lavoro*, 1930.  
 — *La occupazione delle fabbriche*, 1935.
- FLORIAN (E.) — *Delitti contro la libertà*, 1923.  
 — *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, 1936.
- FONTAN BALESTRA — *Delitos sexuales*, 1945.
- FOREL (Aug.) — *A Questão Sexual*, trad. port. rev. por FÁVERO, 1934.
- FRANK (R.) — *Das Strafgesetzbuch f. das deutsche Reich*, 1925.  
 — *Kommentar des Strafgesetzbuches*, 1903.
- FREUD (Sig.) — *Drei Abhandlungen zur Sexualtheorie* (*Três ensaios sobre a teoria da sexualidade*), 1922.  
 — *Totem et tabou*, 1926.  
 — *Zur Neurosenlehre* (*Sobre a doutrina das neuroses*), 1906.
- FROTA AGUIAR — *O lenocínio como problema social no Brasil*, 1940.
- GABRIELI (F.) — *Violenza carnale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 1940.  
 — *Atti di libidine*, idem.  
 — *Ratto*, idem.  
 — *La connessione dei reati ai fini dell'art. 542, n. 2, Codice Penale*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1932, págs. 1.527 e segs.
- GABUZZI — In *Protokoll der zweiten Expertenkommission* (sobre o projeto de Código Penal suíço), vols. III e IV.
- GAMBAROTA (G.) — *L'adulterio*, 1898.
- GARÇON — *Code Pénal Annoté*, 1901-1906.
- GARNIER (P.) — *A geração universal*, trad. port., sem data.
- GARRAUD (R.) — *Des attentats à la pudeur et des viols sur les enfants*, 1889.
- GARRAUD (R. e P.) — *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, vol. V, 1935.
- GATTI (T.) — *Diritto Penale del Lavoro*, 1930.
- GAUTIER (Alfr.) — In *Protokoll der zweiten Expertenkommission* (sobre o projeto de Código Penal suíço), vols. III e IV.
- GAUTIER (Théophile) — *Mademoiselle de Maupin*, ed. Garnier-Fr., 1930.
- GILLES (Alb.) — *La presse devant le jury*, 1938, págs. 350 e segs.
- GIOFFREDI (R.) — *Bigamia*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II.  
 — *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, idem, volume 12, parte 2.<sup>a</sup>
- GLEISPACH — *Angriffe auf die Sttlichkeit* (*Atentados contra os costumes*), in *Das kommende deutsch Strafrecht*, col. de GÜRTNER, 1936.

- GOMES (Hélio) — *Medicina Legal*, II, 1945.
- GÓMEZ (Eus.) — *Tratado de derecho penal*, III, 1940.
- GONNARD (R.) — *Histoire des doctrines économiques*, 1922.
- GRANATA — *Corruzione di minorenni*, in *Enciclopedia Italiana*, XXII.
- GRASSI (Hugo) — *La violenza carnale nel progetto Rocco*, in *Scuola Positiva*, 1933.
- GRISPIGNI — *Offese al pudore ed all'onore sessuale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IX.
- *Atti osceni*, idem, I.
- *Pubblicazioni e spettacoli osceni*, idem, X.
- GUNZBURGO (Niko) — *Le transformations récentes de droit pénal interne et international*, 1938.
- HACHFELD — *Des Mädchenhandel und seine Bekämpfung in Volkrecht* (O tráfico de mulheres e sua repressão no direito das gentes), 1913.
- HAFTER (E.) — *Schweizerisches Strafrecht* (Direito Penal suíço), parte especial, 1937.
- HAGERMANN (Max) — *Kuppelei (Proxenetismo)*, in *Handwörterbuch der Kriminologie* de ELSTER-STIER, IV, 1927.
- HALDY (W.) — *Die Wohnungsfrage der Prostitution* (A questão de localização do meretrício), 1914.
- HATZIG — *De Mädchenhandel*, in *Zeitschrift der Strafrechtswis.*, XX.
- HAVELOCK ELLIS — *La pudeur*, trad. franc. de VAN GENNEP, 1916.
- *La selection sexuelle chez l'homme*, idem, 1912.
- *L'inversion sexuelle*, idem, 1914.
- *L'impulsion sexuelle*, idem, 1941.
- *L'uomo e la donna*, ed. ital., de R. SAUDRON, sem data.
- HEINEMANN (R.) — *Die Entführung* (O rapto), 1907.
- HEMARD (A.) — *L'individu et le sexe*, 1918.
- HENKEL — *Strafrecht und Religionsschutz* (Direito penal e tutela da religião), in *Zeitschrift f. gesam. Strafrechtswissenschaft*, 1931.
- HERR (Paul) — *Der Begriff des Zuhälters* (O conceito de rufião), in *Zeitschrift f. die gesam. Strafrechtswissenschaft*, vol. 21.
- HOCHE (A.) — *Le anomalie et i perversimenti dell'istinto sessuale*, in *Trattato di Psichiatria* de BISWANGER-SIEMERLING, tradução ital. de DALMA, 1927.
- HOFFMANN e FERRAI — *Trattato di medicina legale*, I, 1909.
- HUNGRIA (N.) — *Direito Penal*, parte especial, 1937.
- *Questões juridico-penais*, 1940.
- *Novas questões juridico-penais*, 1945.

- IMPALLOMENI — *Il Codice Penale Illustrato*, 1890.
- IONESCO-DOLY — Tese na *Semaine Internationale de Droit*, 1937.
- IRURETA GOYENA — *Delitos de aborto, bigamia y abandono de niños y otras personas incapaces*, 1932.
- *Delitos contro la libertad de cultos, rapto y estado civil*, 1933.
- JANNITTI-PIROMALLO (E.) — *Dei delitti contro la famiglia e Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, in *Il Codice Penale illustrato, articolo per articolo*, de UGO CONTI, III.
- *Dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, idem.
- KAHL (W.) — *Religionsverbrechen*, in *Vergleichende Darstellung des deutsch und ausländisch Strafrecht* (Crimes contra a religião), vol. III, 1906.
- KENNY (S.) — *Outlines of Criminal Law*, 1936.
- KOENIG (E.) — *Die Religionsdelikte nach den kantonal-schweizerischen Strafgesetzen* (Os delitos contra a religião nas leis penais cantonais suíças), in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 195, 1917.
- KOHLER (J.) — *International Strafrecht*, 1917.
- KRAFFT-EBING e MOLL — *Psycopathia sexualis*, 1924.
- KRONFELD — *Sexualpathologie*, 1923.
- KUPRIN (A.) — *Yama* (O bordel), trad. port., sem data.
- LACASSAGNE — *Vacher l'éventreur et les crimes sadiques*, 1899.
- LACERDA (Romão) — *Do casamento religioso para efeitos civis e do casamento civil*, 1936.
- LACHENEL — In *Protokoll da 2.<sup>a</sup> Com. do proj. penal suíço*, III.
- LANG — Idem.
- LANZA (V.) — *Principii di diritto processuale*, 1914.
- *Sistema di diritto proc. italiano*, 1922.
- LAREDO (C. G.) — *El rapto y su jurisprudencia*, 1945.
- LAUFENBURGER (H.) — *L'intervention de l'Etat en matière économique*, 1939.
- LAYRAC (L.) — *La traite des blanches et l'excitation à la débauche*, 1904.
- LAZARUS — *Das Unzüchtige und die Kunst* (O obsceno e a arte), 1909.
- LEONCINI — *Sessualità*, in *Trattato di medicina legale* de BORRI-CEVIDALI-LEONCINI, III, 1924.
- LEONE — *La violazione degli obblighi di assistenza familiare nel nuovo Codice Penale*, 1931.
- LE POITTEVIN (G.) — *Traité de la presse*, 1903.

- LINDEMAN — *Das internationales Verbrechen und seine Bekämpfung* (A criminalidade internacional e sua repressão), in *Bulletin de l'U.I.D.P.*, vol. 13.
- LIRA (R.) — *Polícia e justiça para o amor*, 1938.
- LISZT (F. von) — *Tratado de direito penal alemão*, trad. de J. HIGINO, vol. II, 1899.
- LISZT-SCHMIDT — *Lehrbuch des Strafrecht*, 1927.
- LOGUERCIO (L.) — *L'Osceno nell'opera d'arte come reato*, in *Rivista Penale*, 1939.
- LOMBARDI — *Intorno ai delitti contro la libertà dei culti*, suppl. da *Rivista Penale*, IV, 1895-1896.
- LOMBROSO-FERRERO — *La donna delinquente*, 1915.
- LONDRES (Albert) — *Le chemin à Buenos Aires* (La traite des blanches), 1927.
- LONGO (M.) — *Commento al Codice Penale Italiano*, 1911.
- LÓPEZ-REY — *Introducción al estudio de la criminología*, 1945.
- LORETO (Sev.) — *Il bacio nel diritto penale*, in *Foro Italiano*, 1928, II.
- LORIA (A.) — *Economia Politica*, 1927.
- LUCIUS (Pierre) — *Faillite du capitalisme?*, 1932.
- LUTZ (Guálter) — *Auto-acusação, homossexualismo e travestismo*, 1939.
- MAC COLL (E. A.) — *Legislación sobre proxenetismo y delitos afines*, 1932.
- MACEDO SOARES — *Código Penal*, 1908.
- MAGALHÃES NORONHA — *Crimes contra os costumes*, 1943.
- MAGGIORE (G.) — *Principi di diritto penale*, vol. II, 1934.
- MAJNO — *I reati carnali contro i fanciulli*, 1907.
- MANCI (F.) — *Reati sessuali*, 1927.
- MANASSERO (A.) — *Il delitto collettivo e la teoria del concorso*, 1914.  
— *I sindacati e il dir. penale*, in *Scuola Positiva*, 1927.  
— *I delitti sindacali*, idem, 1930.
- MANDUCA — *Il ratto consensual od improprio*, in *Scuola Positiva*, I.
- MANFREDINI — *Delitti contro la famiglia*, in *Trattato de FLORIAN*, 1934.  
— *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, idem.  
— *Sul inganno quale elemento costitutivo di ratto proprio*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, I, parte I.
- MANGINI (Ruffo) — *Delitti contro l'economia pubblica, industria e commercio*, in *Nuovo Digesto Italiano*, V, 1938.
- MANZINI (V.) — *Trattato di diritto penale*, 1935.  
— *Trattato di diritto processuale penale*, 1931.

## BIBLIOGRAFIA

487

- MARAÑON — *Evolução da sexualidade e dos estados intersexuais*, tradução port., 1938.
- MARC ANCEL — Tese perante a *Semaine Internationale de Droit*, 1937.
- MARCIANO (G.) — *Il nuovo Codice Penale*, 1932.
- *L'oltraggio al pudore e l'opera d'arte*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1932.
- MARCUSE (M.) — *Homosexualität*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, 1933.
- MARSICH — *Sulla nozione del reato permanente e sul carattere istantaneo della bigamia*, in *Scuola Positiva*, 1926, II.
- MASCHKA — *Trattato di medicina legale*, trad. ital. de GUELFI, III, 1891.
- MAYNZ — *Droit Romain*, 1891.
- MAZZANTI — *L'osceno e il diritto penale*, 1956.
- MENDES JÚNIOR (João) — *Processo Criminal Brasileiro*, 1920.
- MERKEL (E.) — *Der Leichenraub (O furto de cadáver)*, 1904.
- MEYER-ALLFELD — *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1907.
- MEZGER (E.) — *Kriminalpolitik*, 1934.
- MILLER — *On Criminal Law*, 1934.
- MIREUR — *La syphilis et la prostitution*, 1875.
- MITTERMAYER — *Verbrechen un Vergehen wider die Sittlichkeit*, in *Vergleichene Darstellung*, parte especial, 4.º.
- MOLINARIO (Alfr.) — *Derecho Penal*, 1943.
- MOLL — *Die konträre Sexualempfindung (O sentimento sexual contrário)*, 1899.
- MOLL-KRAFFT-EBING — *Psycopathia sexualis*, 1924.
- MOMMSEN — *El derecho penal romano*, trad. esp. de DORADO, vol. II.
- MORAIS (Evaristo de) — *Ensaio de patologia social*, 1921.
- MORSELLI — Prefácio a *Prostitutas e Prostituição*, de VIDONI, 1931.
- MOSCHINI — *In tema di violenza carnale*, in *Scuola Positiva*, 1899.
- MOURLON — *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, 1866.
- NASS — *Die Religionsverbrechen im neuen Strafgesetzbuchentwurf (Os delitos de religião no novo projeto de Código Penal)*, in *Deutsche Strafrecht Zeitung*, 1921, fasc. 11-12.
- NEGRI (A.) — *Dei delitti contro la libertà*, in *Trattato de COGLIOLO*, vol. 2.º, 1.ª parte, 1888.
- NORDHAUSEN (G.) — *Notzucht (Estupro)*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, de ELSTER-LINGEMANN, 1934.
- NOSEDA (E.) — *Dei delitti contro la libertà*, in *Enciclopedia de PESSINA*, VI, págs. 317 e segs.
- NOURRISSON — *De la participation des particuliers à la poursuite des crimes et délits*, 1894.
- OLIVEIRA FILHO — *Prática Civil*, 1937.

- ORDINE — *I delitti contro la libertà del lavoro*, supl. à *Rivista Penale*, vol. II.
- OVERBECK-THORMANN — *Das schweizerisches Strafgesetzbuch* (O Código Penal Suíço), 1940.
- PAPPAGALLO — *Il dolo nel reato di offesa al pudore*, in *Rivista Penale*, supl., VII.
- PAULA PESSOA — *Código de Processo Criminal*, 1882.
- PEIXOTO (Afr.) — *Medicina Legal*, 1910.
- PERATONER — *Dei delitti contro la libertà*, 1891.
- PERCIVAL DE OLIVEIRA — *Abandono de família*, 1938.
- PESSINA (E.) — *Elementi di diritto penale*, 1883.
- PIACENTINI (M.) — *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà del defunti*, in *Nuovo Digesto Italiano*, XI.
- PIETRIBONI (E.) — *L'arte, il pudore e il Codice*, in *Scuola Positiva*, 1935, fascs. 1-2.
- *La tutela giuridica del pudore nell'opere d'arte*, 1933.
- PLACZEK — *Homosexualität und Recht*, 1925.
- PLANIOL-RIPERT — *Traité élémentaire de droit civil*, 1926.
- PONTES DE MIRANDA — *Direito de família*, 1.<sup>a</sup> ed.
- POZZOLINI — *Dei reati contro il buon costume*, in *Trattato de FLO-RIAN*, 1.<sup>a</sup> ed.
- PUGLIA — *Dei delitti di libidine*, 1897.
- PUIBARAUD — *Les malfaiturs de profession*, 1900.
- PURPURA (R.) — *Sciopero e serrata*, in *Scuola Positiva*, 1928.
- RABINOWICZ — *O crime passionai*, trad. port., 1933.
- RATIGLIA — *La tutela penal della pubblica economia*, 1931.
- RENDE — *Il bacio violento e il Codice Penale*, in *Rivista di diritto e proc. penale*, III, 1912.
- REUSS — *La prostitution au point de vue de l'hygiène et de la administration*, 1889.
- RICCIO (Stefano) — *La bigamia*, 1934.
- RIGOLA — *Oltraggio al pudore*, in *Rivista Penale*, VII.
- ROCCO (Alfr.) — *Relazione sobre o projeto de Código Penal italiano de 1930*.
- ROCCO (Art.) — *Opere giuridiche*, 1933.
- ROCCO (Marco) — *L'assenza in rapporto ai delitti d'adulterio e di bigamia*, in *Rivista Penale*, 1927.
- ROMEIRO — *Dicionário de direito penal*, pág. 110.
- ROTH — *Die strafrechtliche Bekämpfung der unsittlichen Litteratur* (*A repressão penal da literatura obscena*), 1928.
- ROUGIER (L.) — *Les mystiques économiques*, 1938.



## BIBLIOGRAFIA

489

- RUIZ MAIA — *Psiquiatria Penal e Civil*, 1931.
- SABATINI (G) — *Dei delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, in *Il Codice Penale Illustrato*, de U. CONTI, vol. II, págs. 628 e segs.
- SALES (Miguel) — *Himens complacentes*, in *Revista de Direito*, vol. 26.
- SALTELLI-DI FALCO — *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, II, parte II, 1931.
- SALVAGNO CAMPOS — *Los delitos sexuales*, 1934.  
— *La huelga ante el derecho penal*, 1946.
- SAMPAY (A. E.) — *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués*, 1942.
- SANDULLI (Alfr.) — *Violenza carnale, violenza induttiva in specie*, in supl. à *Rivista Penale*, XVIII, pág. 245.  
— *I delitti nell'art*, in *Scuola Positiva*, 1935.
- SANTI BERTINO — *In tema di atti osceni*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1935, págs. 561 e segs.
- SANTORO (A.) — *Le nuove figure di reato nella legislazione sindacale italiana*, in *Scuola Positiva*, 1927, parte 1.<sup>a</sup>
- SANTOS (Abadie) — *Represión del proxenetismo*, 1932.
- SCHIAPPOLI — *Il matrimonio nel diritto canonico*, 1929.  
— *Diritto penale canonico*, in *Enciclopedia de PESSINA*, I.
- SCHNEIDER — *Der Mädchenhandel und seine Bekämpfung* (O tráfico de mulheres e sua repressão), 1928.
- SECHI — *La differenza tra corruzione e seduzione di minorenni*, in *Legge*, LI.
- SEHLING — *Direito canônico*.
- SEVERIANO (Jorge) — *Código Penal*, III, 1942.  
— *Dos crimes e infrações no direito de trabalho*, 1945.
- SILBERNAGEL — In *Protokoll da 2.<sup>a</sup> Com. do proj. de Cód. suíço*, III.
- SILVA FERRÃO — *Teoria do direito penal*, 1857.
- SIQUEIRA (Galdino) — *Direito Penal Brasileiro*, parte especial, 1924.  
— *Código Penal Brasileiro*, 1941.  
— *Processo Criminal*, 1917.
- SOCIEDADE DAS NAÇÕES — *Rapport du Comité spécial d'experts sur la question de la traité des femmes et des enfants*, 1927.
- SOLER (Sebastián) — *Derecho Penal Argentino*, III, 1945.
- SOTGIU — *La violenza carnale presunta nel nuovo Codice Penale*, in *Il nuovo diritto italiano*, janeiro, 1933.
- SOUSA LIMA — *Medicina Legal*, 1924.
- STENGLEIN — *Die polizeische Reglementierung der Prostitution* (A regulamentação policial da prostituição), in *Der Gerichtsaal*, vol. LVII, 1903.

STHENDAL — *De l'amour*, ed. de 1863.

STOOS — *Die schweizerischen Strafgesetzbucher*, 1890.

STOPPATO — *Relazione* ao projeto ORLANDO de 1917.

TARDIEU — *Attentats aux mœurs*, 1878.

TEJERA (Diego) — *El rapto*, 1921.

TESAURO — *I reati e le pene nella legislazione sindacale*, 1927.

THOINOT — *Attentats aux mœurs*, 1898.

THORMANN-OVERBECK — *Das schweizerisches Strafgesetzbuch*, 1940.

TUOZZI — *I delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, in *Enciclopedia de PESSINA*, IX, 1909.

VALLEJO NÁGERA — *La asexualización de los psicópatas*, 1934.

VASSALI — *Lezioni di diritto matrimoniale*, 1932.

— *Sulla definizione del delitto di bigamia e sui rapporti fra l'azione di nullità di matrimonio e l'azione penale*, in *Scuola Positiva*, 1926, 1.<sup>a</sup> parte.

VEILLARD — *La prostitution*, 1918.

VIAZZI (P.) — *Sui reati sessuali*, 1896.

— *Ratto*, in *Enciclopedia Giuridica* de MANCINI.

VICINI — *Oltraggio al pudore*, in *Digesto Italiano*, XVII.

VIDAL-MAGNOL — *Cours de droit criminel*, 1928.

VIDONI — *Prostitutas y prostitución*, trad. esp., 1931.

VIVEIROS DE CASTRO — *Atentados ao pudor*, 1895.

— *Delitos contra a honra da mulher*, 1897.

WAITE — *Cases on criminal law and procedure*, 1937.

WEIL (A.) — *Sexualreform und sexualwissenschaft*, 1922.

WIDMER — *Der strafrechtliche Schutz der Minderjährig vor Miss-handlung und sexuellen Missbrauch (A proteção penal dos res contra maus-tratos e abusos sexuais)*, 1922.

WULFFEN (E.) — *Der Sexualverbrecher (O delinquente sexual)*, 1922.

XAVIER (Carlos) — *Dos crimes contra o patrimônio*, 1942.

ZANARDELLI — *Relazione* ao projeto italiano de 1898.

ZEGRETTI (L.) — *Bacio*, in *Nuovo Digesto Italiano*, II.

ZERBOGLIO — *Corruzione di minorenni mediante congiunzione carnale*, in *Rivista di dir. e proc. penale*, 1910.

ZÜRCHER — In *Protokoll* da 2.<sup>a</sup> Com. do proj. penal suíço, III.

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

# ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

HELENO CLAUDIO FRAGOSO



## Crimes contra a organização do trabalho

1. A denominação, empregada pelo CP vigente para designar os ilícitos penais relativos ao trabalho, é inovação claramente inspirada na filosofia política dominante na época em que a lei foi elaborada. Trata-se de proteger, não a liberdade do trabalho, reconhecendo a legitimidade das lutas dos trabalhadores por melhores condições no contrato, mas sim um valor transcendente que deflui da ordem sócio-econômica estabelecida, através da qual os empregados são submetidos pelos patrões. Proclamando a liberdade do contrato, o capitalismo assegurou o predomínio dos mais fortes, pois o contrato entre o forte e o fraco não é mais do que um sistema de poder.<sup>1</sup> A lei penal aparece historicamente nessa matéria para reprimir a coalizão dos trabalhadores, supostamente para impedir a perturbação da ordem causada pelos movimentos paralisistas, mas, em realidade, para evitar os prejuízos por eles causados ao sistema capitalista. Foi dura e penosa a luta para que a greve fosse reconhecida como direito dos trabalhadores. A Carta Constitucional de 1937 (art. 139) declarava a greve e o *lock-out* recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional. Procura-se proteger o sistema. Daí falar o código em crimes contra a *organização* do trabalho.

2. Na previsão das figuras de delito incluídas nesse título, inspirou-se o legislador, mais uma vez, e aqui por óbvias afinidades políticas, no código Rocco. Este, no entanto tra-

---

<sup>1</sup> Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Igualdade e desigualdade na administração da Justiça*, no volume *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, 24.

tando destes crimes, classificou-os no título "*Dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*". O projeto alemão de 1936 trazia um capítulo especial, "ofensa à força do trabalho" (*Angriffe auf die Arbeitskraft*), incluído em título que se denominava "ofensas à força vital do povo". Como se dizia na Exposição de motivos, tratava-se aqui de proteger, não a liberdade individual de trabalho, mas, sim, a "capacidade física e mental do homem, de realizar trabalho e assim produzir riqueza", de modo que a tutela jurídica se dirigia, em última análise, ao "conjunto do trabalho alemão" "à força laborativa da nação" (*den Gesamtumfang der deutschen Arbeit, der Arbeitskraft der Nation*).

3. Trata-se, como logo se vê, de orientação fascista, incompatível com um sistema democrático. Na Itália, a Corte Constitucional considerou inconstitucionais várias disposições do CP de 1930 (arts. 502, 503, 506 e 507), que inspiraram diretamente as regras de nosso código. A tendência que hoje prevalece é no sentido de proteger o trabalho como bem jurídico individual, sendo muito duvidosa a conveniência de inserir no CP específicas figuras de delito para proteger a liberdade do trabalho, já compreendida na objetividade jurídica de outros crimes contra a liberdade individual.<sup>2</sup> As normas penais sobre a *organização do trabalho* estão historicamente superadas, constituindo uma visão antiliberal, no plano político, das soluções devidas para os conflitos do trabalho.

4. No dia 1.º de junho de 1964 foi promulgada a vigente Lei n.º 4.330, que, a propósito de regular, virtualmente, suprimiu o direito de greve. Essa lei veio revogar o DL n.º 9.070, citado por Nelson Hungria em seus comentários, e surgiu em grave momento histórico, após o movimento militar de 1964 e o *Ato Institucional* (que depois veio a receber o n.º 1, inau-

---

<sup>2</sup> Veja-se o projeto alemão de 1962 (que silencia a respeito) e sua excelente exposição de motivos. *Entwurf eines Strafgesetzbuches. E 1962, mit Begründung*, Bonn, 1962, 265.



gurando uma larga série). As disposições penais violentíssimas da L. n.º 4.330 (hoje chamada de “lei antigreve”) vieram tornar letra morta o já débil reconhecimento constitucional do direito de greve. Explicam-se historicamente pelas graves agitações havidas ao tempo do governo João Goulart, através de organizações ilegais de trabalhadores (CGT, PUA e CNTI), que realizaram inúmeras greves de conteúdo político, capazes de paralisar virtualmente o país.<sup>3</sup>

5. O art. 29 da L. n.º 4.330 esclarece que, “além dos previstos no Título IV da Parte Especial do Código Penal, constituem crimes contra a organização do trabalho:

- I — promover, participar ou insuflar greve ou *lock-out* com desrespeito a essa lei;
- II — incitar desrespeito à sentença normativa da Justiça do Trabalho que puser termo à greve ou obstar a sua execução;
- III — deixar o empregador, maliciosamente, de cumprir decisões normativas da Justiça do Trabalho, ou obstar a sua execução;
- IV — incitar à greve ou *lock-out*, ou aliciar participantes quando estranho à profissão ou atividades econômicas;
- V — onerar a despesa com dívida fictícia ou de qualquer modo alterar maliciosamente os lançamentos contábeis para obter majoração de tarifas ou preços;
- VI — adicionar aos lucros ou fazer investimentos com os rendimentos obtidos com revisão tarifária ou aumento de preços especificamente destinados a aumentos salariais de empregados;
- VII — praticar coação para impedir ou exercer a greve:

---

<sup>3</sup> Cf. HELENO C. FRAGOSO, *A Justiça Penal e a Revolução*, Rio de Janeiro, 1965, 11.

Pena — reclusão de 6 meses a 1 ano e multa de Cr\$ 5,00 a Cr\$ 100,00. Ao reincidente aplicar-se-á a penalidade em dobro.

Parágrafo único. Os estrangeiros que infringirem as prescrições desta lei serão passíveis de expulsão do território nacional a juízo do governo”.

O art. 30 dispõe: “Aplicam-se no que couber as disposições desta lei à paralisação da atividade da empresa por iniciativa do empregador (*lock-out*)”.

6. No inciso I do art. 29 enquadra-se a *greve pacífica* (basta que sejam desobedecidos os prazos previstos, para que a greve seja *ilegal*, art. 22, n.º I), mesmo tendo por objeto reivindicações legítimas. A incriminação da greve pacífica é intolerável. As hipóteses de violência são as únicas que justificam a punição, e, mesmo assim, a tendência atual é no sentido de limitar o círculo dos responsáveis, evitando-se que a repressão possa atingir a massa dos grevistas, em relação a qual as medidas punitivas são sempre odiosas.<sup>4</sup>

7. O art. 197, II, *in fine* CP (“constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça... a participar de parede ou paralisação de atividade econômica”), acha-se revogado pelo art. 29, VII, da L. n.º 4.330, *na parte em que se refere à greve*, que passou a ser mais gravemente punida.

8. A definição de greve contida no art. 200, parág. único, CP (paralisação do trabalho por, pelo menos, três empregados) não está mais em vigor. Veja-se o art. 2.º da L. n.º 4.330. Entende-se por greve a cessação coletiva do trabalho deliberada pela totalidade ou pela maioria dos trabalhadores de uma ou de várias empresas, acarretando a paralisação de todas ou de algumas das respectivas atividades.

<sup>4</sup> CESARE PEDRAZZI, *Lo sciopero nella legge penale*, Riv. It. di Diritto e Procedura Penale, 1963, 1.089.

9. A L. n.º 4.330 permitia a greve nas atividades fundamentais, “quando motivada pela falta de pagamento de salário nos prazos previstos em lei ou pelo não-cumprimento de decisão, proferida em dissídio coletivo, que tenha transitado em julgado” (art. 16). O DL n.º 1.632, de 4 de agosto de 1978, no entanto, proíbe a greve nas atividades que chama de “essenciais” e que correspondiam às que a lei chamava de “fundamentais”, declarando que “são de interesse da segurança nacional, dentre as atividades essenciais em que a greve é proibida pela Constituição, as relativas a serviços de água e esgoto, energia elétrica, petróleo, gás e outros combustíveis, bancos, transportes, comunicações, carga e descarga, hospitais, ambulatórios, maternidades, farmácias e drogarias, bem assim as de indústrias definidas por decreto do Presidente da República” — (art. 1.º) Compreendem-se na definição deste artigo a produção, a distribuição e a comercialização (art. 1.º, § 1.º). O § 2.º do mesmo artigo acrescenta: “Considerando-se igualmente essenciais e de interesse da segurança nacional os serviços públicos, federais, estaduais e municipais, de execução direta, indireta, delegada ou concedida, inclusive os do Distrito Federal”. O DL n.º 1.632 define o que seja greve, no art. 2.º (“Para os efeitos deste decreto-lei, constitui greve a atitude da totalidade ou de parte dos empregados, que acarrete a cessação da atividade ou diminuição de seu ritmo normal”).

10. Vê-se, pois, que a bem pouco se resume o direito de greve entre nós. Infelizmente, as atividades que a lei abusivamente considera essenciais e de interesse da segurança nacional são as mesmas que o art. 201 CP refere como “serviço de interesse coletivo”, ampliando-se assim, além de todo limite razoável, a incriminação da greve pacífica. É este um terreno em que a esperada redemocratização do país haverá de introduzir modificações importantes.

11. Revelando a preocupação do sistema com a greve, encontramos na Lei de Segurança Nacional (L. n.º 6.620, de 17

de dezembro de 1978), várias disposições a respeito. O art. 27 pune com a pena de 2 a 12 anos de reclusão o fato de “impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais, administrados pelo Estado ou executados mediante concessão, autorização ou permissão”. O art. 35 pune com reclusão de 1 a 3 anos o fato de “promover paralisação ou diminuição do ritmo normal de serviço público ou atividade essencial definida em lei, com o fim de coagir qualquer dos Poderes da República”. O art. 36 pune com reclusão de 2 a 12 anos quem incita à paralisação de serviços públicos ou atividades essenciais (inciso V), e o art. 42 pune com reclusão por 1 a 3 anos a ação de fazer propaganda subversiva, realizando greve proibida (inciso IV). Trata-se de fabuloso arsenal repressivo, que se destina a justificar as violências da polícia política contra trabalhadores.<sup>5</sup> Os crimes contra a segurança nacional exigem necessariamente o propósito político-subversivo, ou seja, o fim de atentar contra a ordem político-social vigente.

#### Crimes contra o respeito aos mortos

12. A L. 5.479, de 10 de agosto de 1968, dispondo sobre a retirada e transplante de órgãos e partes de cadáver para fins terapêuticos e científicos, introduziu várias figuras de delito. Esta lei manda punir com a pena de 1 a 3 anos de detenção a retirada abusiva de parte do cadáver para fins terapêuticos (art. 11). E pune com as penas previstas no art. 211 CP quem viola o mandamento contido em seu art. 6.º: “Feita a retirada, o cadáver será condignamente recomposto e entregue aos responsáveis, para o sepultamento”. Trata-se de crime omissivo puro, que é praticado por quem tenha retirado tecidos, órgãos ou parte do cadáver. “Recompor condignamente” é utilizar os processos técnicos que permitem dar ao cadáver, tanto quanto possível, a aparência normal de um

---

<sup>5</sup> HELENO C. FRAGOSO, *Lei de segurança nacional. Uma experiência antidemocrática*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1980, 44.

morto, nas circunstâncias em que se achava antes da intervenção.<sup>6</sup>

#### Crimes contra a assistência familiar

13. A L. n.º 5.478, de 25 de julho de 1968, em seu art. 21, alterou o art. 244 CP e lhe introduziu um parágrafo único. A redação em vigor é a seguinte: "Deixar, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou de filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando a pagamento de pensão alimentícia judicialmente *acordada*, fixada ou *majorada*; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo. Parágrafo único: *Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada*".

14. Na cabeça do artigo a alteração é insignificante. A pensão alimentícia judicialmente *acordada* exige a homologação judicial, sendo, portanto, judicialmente *fixada*. A pensão alimentícia judicialmente *majorada* também é fixada pelo juiz. Seja como for, a nova redação serve para espantar dúvidas.

15. O novo parágrafo único também, a nosso ver, *chove no molhado*, servindo apenas para esclarecer situação já contemplada na cabeça do artigo.

Quem frustra ou ilide falta ao pagamento. O abandono injustificado de emprego ou função, como forma de frustrar o pagamento exige, para que se configure o ilícito penal, clara demonstração do fim de agir (dolo específico).

---

<sup>6</sup> HELENO C. FRAGOSO, *Lições de direito Penal, Parte Especial*, vol. II, São Paulo, Bushatsky, 1980, n.º 645.





## ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

## ABANDONO INTELECTUAL

Conceito — 439

## ABANDONO MORAL

Conceito — 451

## ABANDONO MATERIAL

Conceito — 417, 501

Questões prejudiciais — 434

## ADULTÉRIO

Anulação do casamento — 374

Casos de não-punibilidade — 375

Conceito — 373

Direito de queixa — 373

Histórico — 370

Perdão judicial — 376

Prova do crime — 377

## ALICIAMENTO DE

## TRABALHADORES

v. *Crime contra a organização do trabalho*

## ATENTADO AO PUDOR

## MEDIANTE FRAUDE

Condição de maior punibilidade — 147

Elementos constitutivos — 144

Precedentes — 143

## ATENTADO CONTRA A

## LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

v. *Crime contra a organização do trabalho*

## ATENTADO CONTRA A

## LIBERDADE DE TRABALHO

Arte, ofício, profissão ou indústria — 25

Conceito — 21

Elemento subjetivo — 28

Modalidades do crime — 28

## ATENTADO VIOLENTO AO

## PUDOR

Consumação e tentativa — 131

Definição — 121

Histórico — 120

Sujeitos do crime — 129

## ATO OBSCENO

Definição — 298

## AUDIÇÃO E RECITAÇÃO

## OBSCENA

Ultraje público ao pudor — 316

## BIGAMIA

Consumação e tentativa — 359

Divórcio anterior — 355

Menoridade — 351

Pena — 356

Prescrição — 357

Pressupostos — 348

Questão prejudicial — 356

## BOICOTAGEM VIOLENTA

v. *Crime contra a organização do trabalho*

**CASA DE PROSTITUIÇÃO**

Lenocínio — 278

**CORRUÇÃO DE MENORES**

Conceito — 181

Corrução e lenocínio — 197

Histórico — 178

Modos de corrução — 185

**CRIME A DISTÂNCIA**

Definição — 288

**CRIME CONTRA A****ASSISTÊNCIA FAMILIAR**

Abandono intelectual — 439

Abandono material — 417, 501

Abandono moral — 451

Entrega de filho menor a pessoa inidônea — 438

Generalidades — 405

**CRIME CONTRA A FAMÍLIA**

Bigamia — 348

Crime contra o estado de filiação — 378

Generalidades — 321

**CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL**

Estupro — 101

Objetividade jurídica — 100

**CRIME CONTRA A****ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO**

Aliciamento para fins de imigração — 44

Aliciamento de trabalhadores — 44

Atentado contra a liberdade de associação — 34

Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho — 31

Atentado contra a liberdade de trabalho — 21

Boicotagem violenta — 33

DL n.º 9.070 — 44

Frustração de direito — 39

Generalidades — 13, 495

Greve — 10, 29, 35, 37

Histórico — 8

Infração de decisão administrativa — 43

Invasão de estabelecimento — 38

*Lock-out* — 10, 35

Nacionalização do trabalho — 41

Paralisação do trabalho de interesse coletivo — 37

Paralisação violenta do trabalho — 35

Sabotagem — 39

**CRIME CONTRA O CASAMENTO**

Adulterio — 370

Bigamia — 348

Simulação de autoridade para celebração de casamento — 366

Simulação de casamento — 368

Conhecimento prévio de impedimento — 363

Induzimento a erro essencial — 358

Ocultação de impedimento — 360

**CRIME CONTRA O ESTADO DE FILIAÇÃO**

Generalidades — 379

Ocultação de recém-nascido — 387

Parto suposto — 382

Registro de nascimento inexistente — 381

Sonegação de estado de filiação — 392

- Crime contra o estado de filiação (cont.)
- Substituição de recém-nascido — 390
- Supressão ou alteração de direito de recém-nascido — 382
- CRIME CONTRA O PATRÍO, PODER, A TUTELA E A CURATELA**
- Entrega arbitrária — 475
- Observações preliminares — 474
- Sonegação de incapazes — 475
- CRIME CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS**
- Espécies — 67
- Destruição, subtração ou ocultação de cadáver — 72
- Generalidades — 68
- Histórico — 68
- Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária — 69
- Retirada e transplante de órgãos — 500
- Vilipêndio a cadáver — 74
- Violação de sepultura — 70
- CRIME CONTRA OS COSTUMES**
- Ação penal — 237
- Atentado ao pudor mediante fraude — 143
- Atentado violento ao pudor — 119
- Aumento de pena — 239
- Casamento subsequente — 243
- Corrupção de menores — 177
- Crime contra a liberdade sexual — 100
- Disposições gerais — 219
- Dote à ofendida — 251
- Formas qualificadas — 221
- Generalidades — 77
- Hipnose — 235
- Lenocínio e tráfico de mulheres — 253
- Posse sexual mediante fraude — 133
- Rapto — 199
- Sedução — 149
- Sexualidade anormal — 35, 96
- Ultraje público ao pudor — 292
- Violência presumida — 225
- CRIME CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO**
- Escarnecimento por motivo de crença — 60
- Generalidades — 47, 52
- Histórico — 49
- Impedimento ou perturbação de culto — 61
- Vilipêndio de culto — 64
- DIREITO DE GREVE**
- v. *Crime contra a organização do trabalho*
- ENTREGA DE FILHO MENOR A PESSOA INIDÔNEA**
- Conceito — 438
- ESCRITO OU OBJETO OBSCENO**
- Conceito — 304
- ESTUPRO**
- Concurso com outros crimes — 118
- Conjunção carnal — 105
- Consumação e tentativa — 115
- Definição — 105
- Dolo específico — 113
- Histórico — 103
- Prova — 116
- Sujeitos do crime — 113

**ETIOLOGIA DO CRIME**

Análise — 454

Psicanálise criminal — 457

Teoria caracterológica — 455

**GREVE***v. Crime contra a organização do trabalho*

Conceito — 498

DL n.º 9.070 — 12

L. n.º 4.330 — 496

**ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO**

Conceito — 17

**LENOCÍNIO**

Casa de prostituição — 278

Favorecimento da prostituição — 276

Generalidades — 258

Histórico — 257

Mediação para satisfazer a lascívia de outrem — 272

Rufianismo — 281

Tráfico de mulheres — 284

**“LOCK-OUT”***v. Crime contra a organização do trabalho***NACIONALIZAÇÃO DO TRABALHO***v. Crime contra a organização do trabalho***OCULTAÇÃO DE RECÉM-NASCIDO**

Conceito — 387

**PARALISAÇÃO VIOLENTA DO TRABALHO***v. Crime contra a organização do trabalho***PARTO SUPOSTO**

Noção — 382

**POSSE SEXUAL MEDIANTE FRAUDE**

Consumação e tentativa — 142

Crime qualificado — 142

Elementos constitutivos — 139

Legitimidade da incriminação — 137

Precedentes históricos — 134

**RAPTO**

Classificação — 202

Concurso de crimes — 215

Consensual — 210

Consumação e tentativa — 210

Histórico — 200

Meios executivos — 209

Privilegiado — 213

*Restitutio in integrum* — 214

Sujeitos do crime — 208

Violento ou fraudulento — 204

**RECÉM-NASCIDO**

Conceito — 400

**REGISTRO DE NASCIMENTO INEXISTENTE**

Noção — 381

**RUFIANISMO**

Conceito — 281

**SABOTAGEM***v. Crime contra a organização do trabalho***SEDUÇÃO**

Conceito — 158

Consumação e tentativa — 177

Himen complacente — 165

Histórico — 150

- Sedução (cont.)  
  Intervenção de terceiro — 177  
  Qualificada — 159  
  Simples — 159
- SIMULAÇÃO DE CASAMENTO  
  Conceito — 368
- SONEGAÇÃO DE ESTADO DE  
FILIAÇÃO  
  Conceito — 392  
  Conceito de recém-nascido —  
    400  
  Questões prejudiciais — 399
- SUBTRAÇÃO DE INCAPAZES  
  Conceito — 477
- TRÁFICO DE MULHERES  
  Conceito — 284
- ULTRAJE PÚBLICO AO PUDOR  
  Ato obsceno — 298  
  Audição ou recitação obscena  
    — 316  
  Escrito ou objeto obsceno —  
    304  
  Generalidades — 297  
  Histórico — 294
- VIOLAÇÃO DE SEPULTURA  
  v. *Crime contra o respeito aos*  
    *mortos*





## ÍNDICE GERAL

<i>Sumário</i> .....	V
<i>Plano Geral da Coleção Atualizada</i> .....	VII
<i>Advertência</i> .....	IX

## NÉLSON HUNGRIA

TÍTULO IV — Dos crimes contra a organização do trabalho (artigos 197 a 207) .....	3
TÍTULO V — Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos	
<i>Capítulo I</i> — Dos crimes contra o sentimento religioso (art. 208) .....	47
<i>Capítulo II</i> — Dos crimes contra o respeito aos mortos (arts. 209 a 212) .....	67
TÍTULO VI — Dos crimes contra os costumes .....	76
<i>Capítulo I</i> — Dos crimes contra a liberdade sexual (arts. 213 a 216) .....	100
<i>Capítulo II</i> — Da sedução e corrupção de menores (arts. 217 e 218) .....	148
<i>Capítulo III</i> — Do rapto (arts. 219 a 222) .....	199
<i>Capítulo IV</i> — Disposições gerais (arts. 223 a 226) .....	219
<i>Capítulo V</i> — Do lenocínio e do tráfico de mulheres (arts. 227 a 232) .....	253
<i>Capítulo VI</i> — Do ultraje público ao pudor (artigos 233 e 234) .....	292

## ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA

TÍTULO VII — Dos crimes contra a família .....	321
<i>Capítulo I</i> — Dos crimes contra o casamento (arts. 235 a 240) .....	345
<i>Capítulo II</i> — Dos crimes contra o estado de filiação (arts. 241 a 243) .....	378

<i>Capítulo III</i> — Dos crimes contra a assistência familiar (arts. 244 a 247) .....	403
<i>Capítulo IV</i> — Dos crimes contra o pátrio poder tutela ou curatela (arts. 248 e 249) .....	473
<i>Bibliografia</i> .....	481

## HELENO FRAGOSO

## ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

Crimes contra a organização do trabalho .....	495
Crimes contra o respeito aos mortos .....	500
Crimes contra a assistência familiar .....	501
<i>Índice Alfabético Remissivo</i> .....	503

**VOLTA**



# Conheça melhor os comandos do Adobe Acrobat Reader



**Busca por palavras**

**Visualização 100%**

**Encaixa página na tela**

**Encaixa página na largura**

**Segue à última página vista**

**Volta à última página vista**

**Vai à última página**

**Próxima página**

**Página anterior**

**Primeira página**

**Selecionar Textos**

**Lente de aumento**

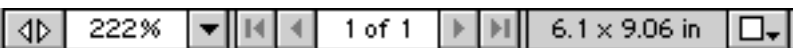
**Movimentar Páginas**

**Miniaturas e marcadores**

**Imprimir**

**Abrir outros documentos**

**Sobre o Acrobat Reader**



**Páginas contínuas**

**Tamanho da página**

**Movimentação pelas páginas**

**Nível de Zoom**

**Miniaturas e marcadores**

