

ANÁLISE HISTÓRICA DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES E CONTRA A FAMÍLIA NO CÓDIGO PENAL DE 1940

Parte Especial: Títulos VI e VII

Marcela Albuquerque Zan*

RESUMO

O presente trabalho, sem a pretensão de esgotar o assunto, pretende oferecer um exame histórico do Código Penal de 1940, atendo-nos mais detidamente aos dispositivos referentes aos Crimes contra o Costume e contra a Família. Examinando o contexto histórico e a sociedade à época, procuraremos demonstrar a importância do estudo histórico da nossa legislação.

PALAVRAS-CHAVE

Código Penal de 1940 – Análise histórica – Crimes contra os Costumes e Família

ABSTRACT

This work, without pretending to exhaust the subject, aims to offer a historical examination of the Penal Code 1940, more closely related devices to the Crimes against Custom and against the Family. Examining the historical context and the society at the time, will try to demonstrate the importance of the historical study of our legislation .

KEYWORDS

Penal Code 1940 – Historical examination – Crimes against Custom and against the Family

SUMÁRIO

Introdução. 1. Crimes contra os Costumes. 2. Crimes contra a Família. Conclusão.
Bibliografia

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, sem a pretensão de esgotar o assunto, pretende oferecer um exame sistemático dos crimes previstos nos Títulos VI e VII da Parte Especial do Código Penal de 1940. Examinando o contexto histórico e a sociedade à época como pano de fundo para o surgimento dos dispositivos, procuraremos demonstrar a importância do estudo histórico da nossa legislação.

1. DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

Não adotando a rubrica do Projeto Alcântara Machado “Dos crimes contra o pudor individual e a moralidade pública”, e modificando a anteriormente adotada pelo Código Penal de 1890 “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”, o Código Penal de 1940 tratou dos *crimes sexuais* no Título VI – Dos crimes contra os costumes.

Nelson Hungria explica que 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 convivência 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.*

Com relação ao crime de **estupro**, a proposta do projeto Alcântara Machado não foi assumida, já que tinha como elemento do estupro a violência, ameaça ou a fraude.

A modificação trazida pelo Código Penal de 1940 foi a supressão da redução da pena em se tratando de vítima *mulher pública ou prostituta*, existente à época do Código de 1890. Explica Nelson Hungria:

É irrelevante à existência do estupro o estado ou qualidade da mulher paciente: se solteira, virgem 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 *accede au premier passant*, despejada mercadora do amor (que *palam qaestum corpore facit* ou *cujus venalis est publica tirpitude*), francamente entregue ao *exercitium vulvivagae veneris*, perde o direito ou liberdade de escolha sexual. [...] a desvergonha de uma

mulher, por mais extrema, não a priva do direito de livre disposição do próprio corpo.¹

E Edgard Magalhães Noronha:

O Código deixa patente que não se preocupa com a posição social ou com as virtudes morais da vítima. Pode a mulher se prostituta, deflorada e honesta, ou virgem. Afastou-se êle de seus predecessores. O diploma de 1890, no art. 268 § 1º, e o de 1830, no art. 222, faziam distinção entre o estupro da mulher honesta e o da meretriz, baixando respectivamente a pena do máximo de 6 para 2, e de 12 para 2 anos.²

Outra questão enfrentada à época era a possibilidade do marido cometer referido crime em relação a sua esposa. A posição de Nelson Hungria é nesse sentido:

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 explicitamente (cân. 1013, § 1º) [...] 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, nº III).³

E de Edgard Magalhães Noronha:

As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíprocos dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não se pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não se pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não acender à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, êle responder pelo excesso cometido.⁴

Com relação ao crime de **atentado violento ao pudor**, o Projeto Alcântara Machado, em seu artigo 285, previa como meios executivos a violência, o engano e a fraude. Não seguiu esse direcionamento a redação do nosso Código Penal de 1940, que somente tem em vista a violência e a grave ameaça.

¹ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. volume VIII. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 115.

² NORONHA, Edgard Magalhães. *Código Penal Brasileiro comentado*. v. VII. São Paulo: Edição Saraiva, 1954. p. 115.

³ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. volume VIII. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 114-115.

⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Código Penal Brasileiro comentado*. v. VII. São Paulo: Edição Saraiva, 1954. p. 114.

A nova ordem incluiu os tipos “**posse sexual mediante fraude**” e “**atentado ao pudor mediante fraude**”. A exposição de motivos é clara: *Estas duas entidades criminais, na amplitude com que as conceitua o projeto, são estranhas à lei atual. [...] Segundo o projeto, entretanto, existe crime sempre que, sendo a vítima mulher honesta, haja emprego de meio fraudulento (v.g.: simular casamento, substituir-se ao marido na escuridão da alcova). Não importa, para a existência do crime, que a ofendida seja, ou não maior ou virgo intacta.*

Nelson Hungria explica que o Projeto Alcântara, desde sua primeira edição, considerou o fato como modalidade de estupro, mas a Comissão Revisora constituiu como fato autônomo, porque a violência seria valor de maior gravidade do que a fraude.⁵

Galdino Siqueira ressalta a importância do surgimento dessas figuras:

Como se vê desde logo da disposição, a proteção penal é dada à mulher honesta, contra as insídias da fraude, ela qual fora levada à cópula carnal ilícita.

Punir a fraude somente como elemento integrante do defloramento, como fazia o anterior código, era deixar a mulher honesta, embora não virgem, em completo desamparo, quando lesada em sua liberdade sexual.

Assim, o código atual, dando acolhida à figura delituosa em aprêço, mantendo a dição clara do projeto, supriu, não há dúvida, uma lacuna inexplicável da nossa legislação.

Se não fêz do delito, ora apreciado, uma modalidade do estupro, seguindo ainda o projeto e outros códigos, considerou-a distintamente, apenando, embora menos fortemente, atendendo, talvez, à menor intensidade da gravidade, que não elimina, entretanto, a audácia do seu cometimento.⁶

Magalhães Noronha, na mesma esteira, ressalta:

Em nossa legislação é a primeira vez que surge essa figura delituosa. [...] O artigo em exame veio suprir lacuna sensível notada na legislação anterior. Não demandaria longas cogitações, entretanto, a necessidade. Em país, como o nosso, em que a ignorância e o analfabetismo assumem proporções avultadas, máxime nas populações rurais, propiciando uma credulidade e boa-fé, às vezes,

⁵ HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. volume VIII. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 136.

⁶ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 267.

inacreditáveis, não se compreende deixasse o legislador sem o amparo da lei a mulher, pondo a coberto da fraude sua honra.⁷

Pois bem, era caso em o agente se utilizava de artifícios, estratégias para conjunção carnal de mulher honesta. Não seria mera sedução, mas a fraude devia envolver circunstâncias tais que a mulher se enganasse sobre a identidade pessoal do agente ou sobre a legitimidade da conjunção carnal. *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.*

Outras discussões ficaram em torno do conceito de mulher honesta. Para Nelson Hungria:

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 a condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher *fácil*, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (*cun vel sine pecúnia accepta*).⁸

Edgard Magalhães Noronha, no seu livro “Dos crimes contra os costumes”, frisa que a prostituta *sendo mulher que se entrega a quem a solicita, difícil, senão impossível, será a ocorrência da fraude*. No entanto, se a mulher fosse amancebada não devia retirar-lhe, de modo absoluto, a tutela penal.

Em relação ao crimes de **sedução**, o nosso Código de 1940 alterou sensivelmente o artigo 267 do código anterior, que previa a figura do defloramento. A exposição de motivos disserta sobre as inovações: *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 virgineum), quando, na realidade, basta que a cópula seja realizada com mulher virgem, ainda que não resulte essa ruptura, como nos casos de complacência himenal. O sujeito passivo da sedução é a mulher virgem, maior de 14 e menor de 18 anos. No sistema do projeto, a menoridade, do ponto de vista da proteção penal, termina aos*

⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *Código Penal Brasileiro comentado*. v. VII. São Paulo: Edição Saraiva, 1954. p. 176.

⁸ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. volume VIII. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 138-139.

18 anos. Fica, assim, dirimido o ilogismo em que incide a legislação vigente, que, não obstante reconhecer a maioridade 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 influir por promessas evidentemente insinceras.

Destarte, se antes o crime de defloramento era previsto tendo como vítima menor de idade (menor de 21 anos) e emprego de sedução, engano ou fraude, agora o crime de sedução passa a ter como vítima mulher vítima menor de 14 a 18 anos, que tem sua inexperiência ou justificável confiança aproveitadas para a conjunção carnal.

Segundo Galdino Siqueira, *o objeto do crime é a pudicícia, a pureza do corpo e da alma em relação aos prazeres sexuais, e encarada especialmente quanto à mulher, constituindo a virgindade.*⁹

Nelson Hungria revela-nos que o emprego do verbo “seduzir” foi reclamado por Costa e Silva na Comissão Revisora. E explica que sedução é meio de captação do consentimento da ofendida, diferenciando a sedução simples da qualificada pelo engano, excluído o emprego da fraude, que levaria ao crime descrito no artigo 215 – posse sexual mediante fraude. A sedução simples não *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 hábil comunicação da volúpia, o prelúdio excitante dos beijos, os contatos gradativamente indiscretos. Numa palavra: é a arte de Don Juan.*¹⁰

Já a sedução qualificada seria *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 noivado oficial ou a formal promessa de casamento; mas não é raro que a ilusão do próximo matrimônio seja obtida sem compromisso*

⁹ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 277.

¹⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. volume VIII. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 157-158.

*explícito, resultando de fatos que fazem supor as sérias intenções do agente (facta concludentia).*¹¹

Julgados da época discutiam, destarte, o que seria motivo justificável e inexperiência da moça que levassem a uma real sedução. Vejamos:

O crime de sedução caracteriza-se pela conjunção carnal com mulher virgem, menor de 18 e maior de 14, aproveitando-se o sedutor de sua inexperiência ou justificável confiança. O namôro prolongado e a amizade resultante de uma convivência assídua justificam perfeitamente a confiança que uma menor deposita em seu namorado, a ponto de ceder para lhe ser agradável. (Ac. un. da Turma Julgadora do T. de Apelação do Ceará, de 18 de dezembro de 1942, na ap.crim, 6483, de Limoeiro, Rel. Des. Leite de Albuquerque – Ver. dos Julgados, de 1942, vol. II, pag. 323).

Sedução, está afirmado, é tudo quanto pode vencer a resistência da mulher inexperiente e honesta, levando-a a entregar o corpo e a honra que lhe desperto o instinto sexual, através de blandícies e artifícios, no qual confia apaixonadamente.

A captação do consentimento da mulher, que há de ser mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos, não pode ser medida mediante regras padronizadas, pois todos os meios são suficientes para induzi-la a ceder, desde que aptos a vencerem a sua inexperiência ou sirvam para criar confiança no sedutor.

A inexperiência da menor seduzida tem de ser apreciada, para convencer, através de condições peculiares ao meio em que vive a menor, sua educação e costumes. Não se há de admitir que os meios, capazes de seduzir uma moça acostumada à vida trepidante das cidades, sejam os mesmos em prática contra uma mulher rústica, de apoucada educação e instrução nula.

A fascinação de uma jóia falsa não seduzirá uma moça educada e acostumada a meio ambiente elevado, mas bem poderá arrostar à infelicidade uma criatura do sertão; os galanteios dirigidos a uma e outra não podem ser idênticos. Os fatores sódio-morais devem ser levados em conta, para concluir pela inexperiência da ofendida.

¹¹ HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. volume VIII. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 159.

No caso dos autos, tratando-se de moça rústica e recatada, contra cuja vida não se argúi a menor falta, não há por onde excluir a inexperiência, da qual tirou proveito o ofensor, que não se pejou de confessar tê-la procurado por ouvir falar mal a seu respeito.

Inegável é que, por isso, haja pôsto o sedutor, em prática, toda sorte de artifícios para vencer a resistência de sua vítima, cujas declarações, reforçadas por testemunhas, constituem, nos crimes em espécie, elemento de relevante força probante. (T. de Justiça do Ceará, ap.crim. 7076, de Ubajara. Rel. Des. Olivio Camara – Ver. dos Tribs., Vol. 215, pag. 323)

E ainda mais:

Toda môça de família se considera recatada, até prova em contrário. Se aparece grávida, tendo namorado que lhe protestava amor e lhe falava em casamento, deve ser tido como o autor do desvirginamento.

A inexperiência que a lei protege não é mais a inocência, porque esta desaparece com a puberdade. É a falta de pleno conhecimento da maldade humana e sua incapacidade para resistir ao instinto e à sedução. (Ac. Do T. de Apelação do Distr. Fed., de 11 de setembro de 1946, na revisão crim. 1791. Rel. Des. Martins Teixeira). Vencido o Des. NELSON HUNGRIA, com o seguinte voto: Não houve, no caso vertente, o que a lei penal incrimina como sedução. O requerente não foi um sedutor, mas, antes um seduzido. Rapazola de 18 anos, recentemente saído de colégio interno e filho de pai rico, foi a fácil e apetejada prêsa da teia de Aracne que lhe estendeu uma rapariga calculista e inescrupulosa. Para evidenciá-lo, basta fixar-se o episódio central do caso dos autos: foi a môça, que na ausência de seus pais, convidou o requerente a penetrar na sala de visitas de sua casa, cuja porta, previdentemente, fechou, para evitar surpresas, e, após troca de beijos e afagos, entregou-se a êle sem outra objeção que a ditada pelo receio de engravidar-se. Interpelado o requerente sobre tal eventualidade, e tendo êle respondido que, nesse caso, repararia o mal pelo casamento, a menor não vacilou em deixar-se possuir sexualmente. Promessa de casamento, feita ‘estuante libidine’ e condicionada à superveniência de gravidez, não pode inspirar confiança à mais inexperiente das môças. Nem de inexperiência se pode falar no caso concreto. A cada página, os autos revelam que a ‘soi disant’ vítima é uma dessas môças que, a coberto de qualquer vigilância dos pais e na companhia

exclusiva de namorados, fazem a vida libérrima das praias de banho, dos cinemas, dos passeios à noite. O que os elementos de convicção, coligidos no processo, demonstram é apenas a tentativa de caçar para marido um futuro herdeiro de abundante patrimônio (Ver. Forense, vol. 112, pags. 208-209)

Com relação ao crime de **corrupção de menores**, já estava descrito no Código Penal de 1890, no parágrafo único do artigo 266, sob a forma: corromper mediante atos de libidinagem. A lei nº 992, de 25 de setembro de 1915, deu nova redação ao dispositivo fazendo incluir a figura da excitação, favorecimento ou facilitação da corrupção de menores. O Projeto Alcântara Machado, inspirando-se no Código italiano, reuniu as duas formas, prevendo a corrupção pela prática do ato libidinoso, bem como pela indução a essa prática. O Código de 1940, com pequena variação de redação, assim reproduziu.

Na explicação de Galdino Siqueira:

No primeiro caso temos o que, na legislação anterior, se dizia corrupção efetiva, o agente pratica o ato libidinoso com a vítima, assim o corrompendo; no segundo, temos a indução à corrupção, o agente procura inculcar em seu espírito práticas sensuais, maculando seu pudor, ou fazendo o menor presenciar o ato impudico ou libidinoso de terceiros, ou indo do conselho, da instigação ao exemplo vivo.¹²

Nesse sentido a Exposição de Motivos: *Ao configurar o crime de corrupção de menores, o projeto não distingue, como faz a lei atual, entre corrupção efetiva e corrupção potencial: engloba as duas species e comina a mesma pena. O meio executivo do crime tanto pode ser a prática do ato libidinoso com a vítima (pessoa maior de 14 anos e menor de 18 anos), como induzimento desta a praticar (ainda que com outrem, mas para a satisfação da lascívia do agente) ou a presenciar ato dessa natureza.*

O artigo 270 do Código de 1890 equiparava o crime de **rapto** de mulher honesta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viúva, por sedução ao violento. O § 1º previu a modalidade do rapto consensual de maior de 16 e menor de 21 anos. E ainda no artigo seguinte previu o caso da restituição da vítima ilesa. Já no Projeto Alcântara Machado, o delito vinha previsto no artigo 287, punindo o rapto violento de pessoa de qualquer sexo, e no artigo 288 rapto para casamento, de mulher solteira ou viúva,

¹² SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 290.

mediante violência, ameaça ou fraude, diminuindo a pena, neste caso, se houvesse consentimento da raptada maior de 16 anos.

A Exposição de Motivos do Código de 1940 traz que não houve modificações significativas em relação ao anterior. O artigo 219 considerou como vítima somente a mulher honesta nos raptos mediante violência, grave ameaça ou fraude; a figura do rapto consensual vinha prevista no artigo seguinte e exigia como sujeito passivo mulher entre 14 e 21 anos. E o artigo 221 trazia a diminuição da pena caso a finalidade fosse o casamento e a restituição da vítima ocorresse sem a consumação do fim libidinoso.

Explica-nos Basileu Garcia:

Crime que constantemente assume o feitiço de ato preparatório de outro, de meio para consecução de um fim, que poderá ser delituoso (estupro, sedução etc.), torna-se possível o arrependimento ativo, eficaz, do agente, que restitui a vítima à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família, com o que tem direito assegurado a intensa mitigação penal (art. 221). Mas, como todo genuíno arrependimento, essa marcha-à-ré no propósito delituoso, essa 'restitutio in integrum', para valer como causa diminuidora da pena, deve ser espontânea e não provocada pela diligências de perseguição do culpado e punição do seu crime.¹³

Ainda a Exposição de Motivos apresenta que 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-social da família – interesse que sobreleva o da liberdade pessoal. Seu justo lugar, portanto, é entre os crimes contra os costumes.*

Edgard Magalhães Noronha, entendendo ser o bem jurídico do tipo a liberdade sexual da mulher ao lado da liberdade da pessoa e da organização da família, aduz que:

[...] melhor colocação encontraria o artigo no capítulo sob a epígrafe 'Dos crimes contra a liberdade sexual'. Essa figura delituosa assume

¹³ GARCIA, Basileu. Revista dos Tribunais, vol. 182, p. 534. In MIRANDA, Darcy Arruda. *Jurisprudência do Código Penal*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959. p. 792.

todos os característicos de um crime contra a liberdade sexual, tal qual se dá no estupro e no atentado violento ao pudor.

O fato de que o crime se completa, mesmo não sendo consumado o fim, não lhe tira êsse caráter, pois nem por isso o fim deixa de existir, nem deixa de ser ofendido o pudor da vítima e atacada a liberdade sexual. [...] No projeto ALCÂNTARA MACHADO e na 'Nova Redação' o rapto fazia parte dos delitos contra aquela liberdade.¹⁴

Outro apontamento importante feita por Basileu Garcia é no sentido de que o rapto consensual constitui crime contra o pátrio poder: *Por isso que não constitui crime contra a menor, mas sim contra a autoridade do pai ou tutor, o rapto consensual também se denomina impróprio ou 'in parentes'.*

No Capítulo IV são previstas disposições gerais. As **formas qualificadas** em casos em que da violência resulta para a vítima lesão corporal grave ou morte são previstas pela primeira vez pelo Projeto Alcântara Machado no artigo 283, §2º, I e II e mantidas pela prescrição do artigo 223 do Código de 1940.

A **presunção de violência** era prevista no artigo 272 do Código de 1890 somente para os casos de crimes cometidos no caso de vítima menor de 16 anos. Mas não podemos olvidar que o artigo 269, no contexto do crime de estupro, assim definia violência: *Por violência entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os anesthesicos e narcóticos.*

Já o Projeto Alcântara usou fórmula diversa, prevendo em seu artigo 293, a violência presumida para vários delitos antes definidos nos casos em que a vítima era menor de 16 anos (inciso I), tiver entre 16 e 18 anos e for descendente ou tutelada do agente, ou estiver sujeita à autoridade, guarda, cuidado ou vigilância dele, por motivo de educação, tratamento, emprego ou custódia (inciso II) e para os casos de estado de alienação mental, ou de inconsciência, ou de inferioridade física ou psíquica, provado ou não pelo agente, que lhe impossibilite ou enfraqueça a resistência. Mas no parágrafo único ressaltando que não havia presunção absoluta de violência nos casos dos incisos I e II se a vítima fosse mulher pública e no caso do inciso III se o agente não conhecia ou tivesse como conhecer o estado da vítima.

¹⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Código Penal Brasileiro comentado*. v. VII. São Paulo: Edição Saraiva, 1954. p. 290.

Já a redação do Código Penal de 1940 trouxe como casos de violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual os casos em que a vítima não é maior de 14 anos, é alienada ou débil mental, conhecendo o agente esta circunstância, ou acha-se em estado de inconsciência, provocado ou não pelo agente, ou doença ou outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. A Exposição de Motivos esclarece: *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 evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a innocentia consilii do sujeito passivo, ou seja, a sua completa inciência 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 realidade o negar-se que uma pessoa de 14 anos completos já tem noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco 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 projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido e ubi ratio, ubi eadem dispositivo. Por outro lado, se a incapacidade de consentimento 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).*

Com relação à ação penal não houve mudança significativa. Manteve-se para os crimes sexuais a iniciativa privada, passando a ser pública 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 e quando o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. Nelson Hungria justifica essa adoção tendo em vista que 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.*

Quanto ao **aumento de pena** previsto no artigo 226 também não vislumbramos modificação expressiva. O concurso de pessoas, previsto como causa de aumento de pena somente para o crime de estupro no Código de 1890 (art. 268, § 2º), passa a ser tido em conta também para os demais delitos. A segunda razão para aumento da pena repousa na qualidade do agente; mantida como na legislação anterior, Edgard Magalhães Noronha assim justifica:

O fundamento da agravação da pena resulta claro. É o maior alarme social produzido pelo crime, é a maior ofensa à moral e aos bons costumes da sociedade. Se tais delitos os violam, se ferem as normas de conduta sexual da coletividade, pode calcular-se o vulto da ofensa quando ela foi produzida por indivíduos que são os guias, os orientadores da vítima e que, entretanto, por eles, foi lançada a caminho do vício e da degradação.¹⁵

Também mantido o aumento de pena em caso em que o agente é casado, Nelson Hungria explica o motivo:

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 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.¹⁶

A **extinção da punibilidade pelo casamento** do agente com a ofendida, já prevista anteriormente no artigo 276, parágrafo único do Código de 1890, passou a ser encontrada no Código de 1940 no título destinado às causas extintivas da punibilidade em geral, no artigo 108, inciso VIII. Esta modificação rendeu aplausos da doutrina. Edgard Magalhães Noronha aponta que:

O Código, adotando uma fórmula simples, soube evitar os defeitos da lei anterior, entre os quais o primeiro era a colocação do dispositivo no § do art. 276, que exclusivamente falava dos crimes de defloramento e estupro, dando, assim, a compreender que a extinção não havia lugar, em se tratando dos crimes de atentado ao pudor, corrupção e rapto. Outro defeito era provocado pela má redação do dispositivo – ‘Não haverá lugar imposição de pena...’ – parecendo que o legislador quisera estender o benefício à fase da

¹⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Código Penal Brasileiro comentado*. v. VII. São Paulo: Edição Saraiva, 1954. p. 399.

¹⁶ HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. volume VIII. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 234-235.

execução daquela, quando, entretanto, militavam as mesmas razões para a extinção.¹⁷

O mesmo autor aponta como fundamento para o casamento ser causa de extinção da punibilidade:

É o casamento a reparação suprema que o homem pode oferecer à mulher por ele ferida na honra. Dando-lhe o nome, ele a protege, pondo-a a salvo do menosprezo social, ou pelo menos, da desconfiança, tributo invariável que lhe é cobrado, na desgraça que a aflige.

O casamento, assim, faz cessar a razão da punibilidade, já que o criminoso deu à vítima plena satisfação do mal causado, permitindo ela ocupe na sociedade uma posição de compostura e decência, não obstante a falta anterior de que participou.¹⁸

Julgados da época discutiam se teria o mesmo efeito o casamento da vítima com terceiro. Vejamos

Na hipótese de casamento da ofendida com outrem que não o ofensor, o processo não deve continuar, sem que o marido requeira ou represente, provando a própria miserabilidade (Ac. Da 2ª Cam. Do T. de Apelação do Distr. Fed., em 8 de outubro de 1942, na ap. n. 3541. Rel. Des. Toscano Espinola – ‘Jurisprudência’, T. A., vol. 13, pag. 219)

O casamento da vítima de sedução, com terceiro, não extingue a punibilidade, e nem torna ilegítima a intervenção do Ministério Público o não ter o marido solicitado a continuação do processo (T. de Justiça de M. Gerais, ap. crim. N. 6621, de Senador Firmino. Rel. Des. Golçalves da Silva – Ver. Forense, vol. 151)

Para Edgard Magalhães Noronha:

[...] o casamento com terceiro não condiz com os interesses da repressão e da defesa social, pois quando o próprio agente casa, há presunção de arrependimento e regeneração, tornando-se estranho que com a responsabilidade estritamente pessoal, como se dá no crime, possa alguém livrar-se das consequências do seu delito, pela intervenção de terceira pessoa.

¹⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *Código Penal Brasileiro comentado*. v. VII. São Paulo: Edição Saraiva, 1954. p. 404-405.

¹⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *Código Penal Brasileiro comentado*. v. VII. São Paulo: Edição Saraiva, 1954. p. 404.

Atenda-se ainda que o casamento é uma reparação moral do sujeito ativo para com a vítima, singular se tornando dita reparação por quem nada tem que ver com o delito.¹⁹

No Capítulo V – **Do lenocínio e do tráfico de mulheres**, o legislador tratou da mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227, §§ 1º a 3º); favorecimento da prostituição (art. 228, §§ 1º a 3º); casa de prostituição (art. 229); rufianismo (art. 230, §§ 1º e 2º); tráfico de mulheres (art. 231, §§ 1º a 3º); disposição geral (232).

Galdino Siqueira elucida que *na essência, o crime se caracteriza pela mediação do agente entre duas pessoas, ordinariamente de sexos diversos, para levar uma a satisfazer a libidinagem da outra*. Quando o agente determina, toma a iniciativa da corrupção, teremos o lenocínio principal; enquanto que quando o agente facilita ou explora preexistente corrupção ou prostituição, teremos o lenocínio acessório.

De acordo com Nelson Hungria:

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, a 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.²⁰

O código de 1890, previa, no artigo 277 o lenocínio simples e o agravado pela qualidade do agente de ascendente, tutor ou curador em seu parágrafo; e no artigo 278 o chamado lenocínio profissional, alterado posteriormente pela Lei Melo Franco (Lei n. 2992, de 25 de setembro de 1915), consequente de compromisso assumido pelo país na Conferência Internacional de Paris para repressão do impropriamente chamado tráfico de mulheres brancas.

O Projeto Alcântara Machado trouxe em seus artigos 290 e 291 as referidas figuras. Imperioso destacarmos que fora a primeira vez que a figura do **rufianismo** fora enfrentada – artigo 291, V – literalmente adotada pelo Código de 1940. Segundo Galdino Siqueira:

¹⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Código Penal Brasileiro comentado*. v. VII. São Paulo: Edição Saraiva, 1954. p. 410.

²⁰ HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. volume VIII. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 249.

Como se vê dessa qualificação de crime, não se trata de espécie de lenocínio, não obstante incluída neste capítulo, por isso que a ação do agente não é medianeiro, para servir a libidinagem de outrem, mas sua atividade está em tirar proveito da prostituição alheia, nas duas modalidades discriminadas na qualificação legal.²¹

E ainda quanto ao tráfico de mulheres, importante reflexão o mesmo autor faz: *Em seu artigo 231, com a rubrica lateral de – Tráfico de mulheres, mais precisa do que – tráfico das brancas, anteriormente vigente, por isso que pode ser compreensivo de amarelas e pretas, qualifica o código autônomo.*²² O dispositivo foi transposto do Projeto Alcântara Machado, tendo como incluídas as figuras qualificadas nos parágrafos.

Com relação ao **ultraje público ao pudor**, o Código de 1890 procurou fundir as figuras atos e objetos obscenos no artigo 282. A crítica de Nelson Hungria era a seguinte: *O preceito, como se vê, era palavroso e pleonástico, mas omitia a modalidade das publicações impudicas e circulação de objetos obscenos.*²³

Já o Código de 1940, seguindo orientação do Projeto Alcântara (artigos 295 e 296), distingue o ultraje público ao pudor, mediante atos obscenos (artigo 233) e por escritos ou objetos obsceno (artigo 134), porém sem significativa alteração.

2. DOS CRIMES CONTRA A FAMÍLIA

Segundo Galdino Siqueira:

O Estado deve prestar constantemente e com máximo interesse, sua atenção ao instituto ético-jurídico da família; que é o centro de irradiação de toda convivência civil. Na comunhão familiar, os pais, com a palavra e mais com o exemplo, plasmam a alma da criança, que será depois o cidadão: segundo o ambiente doméstico é moralmente puro ou viciado e malsão, germina nele e floresce a planta do homem honesto, ou medra a triste e intoxicada do criminoso.²⁴

Também Nelson Hungria, em uma conferência pronunciada em novembro de 1939, na cidade de Juiz de Fora, sobre o crime de abandono de família, ressaltou o valor da família e a necessidade da sua proteção através do direito penal. Isto porque a filosofia individualista teria levado a um Estado passivo. Assim disse:

²¹ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 307.

²² SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 310.

²³ HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. volume VIII. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 276.

²⁴ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 326.

O supremo fim do Estado deve ser o indivíduo em si mesmo e por si mesmo. Abstrae-se, assim, a realidade do indivíduo como de composição e sinergia do todo social. Mais do que isto: o princípio individualista, isto é, a liberdade reconhecida a cada indivíduo de assegurar-se o máximo de bem-estar e potencialidade, sem outro limite além da liberdade igual dos outros, foi ao extremo de quebrantar os próprios vínculos que o prendiam ao núcleo familiar. Afrouxou-se, pouco a pouco, a antiga unidade da família, passando esta a uma posição de segundo plano no cenário da vida social.

[...]

É o indivíduo que já não vê na família um santuário de afetos, a formar com ele um todo único, um bloco monolítico e incindível, em solidário desafio aos percalços da luta pela vida; mas um acessório eventualmente incômodo, uma carga que não vale o preço, nem paga a pena do transporte.

[...]

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.

[...]

Porque é a família que liga o indivíduo à sociedade universal dos homens, e é no seu seio, quando integrada no seu verdadeiro papel social, que se aprendem os primeiros ensinamentos religiosos e éticos, as primeiras noções do dever, do direito, da justiça e da equidade, o amor pela pátria, o respeito às leis e à autoridade. É a plasmadora dos caracteres, a escola primária das virtudes morais e cívicas. É a mais relevante das instituições sociais, porque é o germen do agregado político, a célula-mater do Estado, o fator basilar da reprodução humana, da formação da individualidade interior, da firmeza e saúde do corpo social.²⁵

Importa ressaltar que o Código Penal de 1940 teve como fundamento a realidade à época baseada no Código Civil de 1916. A Constituição Federal de 1934, em seu artigo 144, previa proteção especial do Estado à família, que era constituída pelo casamento indissolúvel. Retrato de uma família patriarcal, o artigo 233 designava o marido como único chefe da sociedade conjugal. A mulher tinha capacidade relativa e, consoante o artigo 240, era-lhe atribuída somente a função de colaboradora dos encargos familiares. Havia ainda notória distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, naturais e adotivos, devidamente registrada no assento de nascimento.

²⁵ HUNGRIA, Nelson. *Questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940. p. 41, 42, 43, 44-45.

Somente no ano de 1977, sob a égide da Constituição de 1967, foi editada a Emenda Constitucional nº 9 que possibilitou o divórcio.

Por isso Romão Côrtes de Lacerda assim escreve:

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 a 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.²⁶

O Código Penal de 1890, no artigo 283, incriminava a poligamia, *mas incorrendo em vícios de forma e de fundo.*²⁷ A exposição de motivos informa: *O primeiro entre os crimes contra o casamento é a bigamia – nomen juris que o projeto substitui ao de poligamia, usado pela atual. Seguindo-se o mesmo critério desta, distingue-se, para o efeito de pena, entre aquele que, sendo casado contra novo casamento e aquele que, sendo solteiro, se casa com pessoa que sabe casada. Conforme expressamente dispõe o projeto, o crime de bigamia existe desde que, ao 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 subsistira o crime se vier a ser anulado o segundo casamento, por motivo outro que não o próprio impedimento do matrimônio anterior (pois a bigamia não pode excluir-se a si mesma). Releva advertir que na ‘parte geral’ (art. 111, letra e) se determina, com inovação da lei atual, que, no crime de bigamia,*

²⁶ LACERDA, Romão Côrtes de. HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. volume VIII. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 312.

²⁷ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 335.

o prazo de prescrição da ação penal se conta da data em que o fato se tornou conhecido.

Vê-se que a redação do artigo 235 do Código de 1940 provém do artigo 298 do Projeto Alcântara. A crítica de Galdino Siqueira é no sentido de que deveria o § 2º deveria ter seguido fielmente a redação do referido projeto:

Como se vê, o nosso código fala em inexistência do crime, quando o de que se trata é propriamente de extinção do crime, que não é a mesma coisa, e, por isso, muito corretamente se expressou o projeto ALCÂNTARA MACHADO: 'haver-se-á por extinto o crime'. Trata-se, diz MANZINI, de uma causa extintiva do crime, e não de uma causa de inexistência do crime, porque este, antes que a declaração de anulação seja tornada definitiva e executiva, subsiste, enquanto se pressupõe que o primeiro matrimônio fosse juridicamente existente no momento do fato, ainda que nulo ou anulável, e que o segundo matrimônio seja contraído com a forma requerida para que tivesse efeitos civis.²⁸

A exposição de motivos assim apresenta que de par com a bigamia e o adultério, são previstos, no mesmo capítulo, entidades criminais que a lei atual ignora. Passam a constituir ilícito penal os seguintes fatos, até agora deixados impunes ou sujeitos a meras sanções civis: contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja o resultante de casamento anterior (pois, neste caso, o crime será o de bigamia); contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento e simular casamento. Nestas duas hipóteses, trata-se de crimes subsidiários: só serão punidos por si mesmos quando não constituam participação em crime mais grave ou elemento de outro crime.

O induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento foi pela primeira vez criminalizado no ordenamento pátrio. De acordo com Galdino Siqueira: *A fonte direta deste dispositivo é o art. 287 do projeto de ALCÂNTARA MACHADO, por sua vez inspirado no art. 558 do código italiano. [...] É o casamento por captação, também chamado burla matrimonial.*²⁹

São duas modalidades do crime, quais sejam: a) contrair casamento, induzindo o outro em erro essencial, ou mediante engano (erro essencial previsto no artigo 219 do Código Civil de 1916); e b) ocultar o agente ao outro contraente, por meio

²⁸ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 340.

²⁹ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 329.

fraudulento, a existência de impedimento ou causa de nulidade ou anulação do casamento, salvo casamento anterior.

O crime previsto no artigo 237, **conhecimento prévio de impedimento**, não havia dispositivo precedente nem no Código de 1890 nem no Projeto Alcântara. Segundo Romão Côrtes de Lacerda *difere essencialmente da prevista na segunda parte prevista no art. 236*. Isso porque os impedimentos somente são aqueles que causam nulidade absoluta, além de, não ser *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.*³⁰ Ademais, não é necessária para a ação penal, a prévia declaração de nulidade do casamento.

O crime descrito no artigo 239, **simulação de casamento**, é, na maioria das vezes, como nos fala Galdino Siqueira, *um atentado contra a honestidade, desde que se usa do procedimento como meio para obter os resultados carnais visados. Mas se bem isto ocorra geralmente, pode suceder que os móveis sejam outros; de caráter pecuniário, por exemplo.*³¹

Logo após, vemos a figura do **adultério**. O Código de 1890 trazia incluso no Título VIII – Dos crimes contra a segurança, honra e honestidade das famílias e do ultraje ao pudor – em seu artigo 279, o adultério da mulher, distinto do adultério do homem, previsto no § 1º, nº 1, punindo também a concubina e o corréu adúltero. Assim rezava: *A mulher casada que cometer adultério será punida com a pena de prisão celular por um a três anos. § 1º. Em igual pena incorrerá: 1º. O marido que tiver concubina, teúda e manteúda; 2º a concubina; 3º o co-réu adúltero.*

Já no Projeto Alcântara Machado o crime veio no artigo 304, mantendo a orientação do direito anterior, distinguindo o adultério do marido e da esposa. Esta era responsabilizada pela infidelidade, já ao marido limitava-se a incriminação se houvesse concubinato, *no qual a união carnal entre um homem casado e uma mulher diversa da sua não é punida senão concorrem algumas condições especiais, como a habitualidade e também a notoriedade das relações.*

³⁰ LACERDA, Romão Côrtes de. HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. volume VIII. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 333-334.

³¹ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 332.

Galdino Siqueira demonstra que à época já havia entusiasmada discussão sobre a necessidade da incriminação do adultério. Como argumento contra traz a ineficácia da pena, que não consegue evitar o delito. Mas pró incriminação, acrescenta que *muito grave é a ofensa que o adultério causa tanto à ordem e aos legítimos interesses da família, quanto aos direitos mais preciosos do cônjuge, para que o seu autor pudesse ficar impune, de sorte que o silêncio e a omissão da lei se tornassem, por assim dizer, um sinal de inculpabilidade.*³² Ademais, o mesmo autor lembra que: *Efetivamente, o adultério ofende o princípio natural e jurídico da certeza e criação da prole, lançando a dúvida sobre a paternidade, donde o desamor pelos filhos e violando a lei humana pela qual o pai verdadeiro é que deve concorrer com a mãe para a manutenção do filho.*³³

A redação do Código de 1940 aboliu a anterior distinção entre o adultério da mulher e do homem. O que levou Galdino Siqueira a seguinte crítica: *[...] louvores não merece o nosso código vigente em equiparar completamente o adultério do marido ao da mulher, assentado um e outro na simples infidelidade conjugal, inovando nosso direito, e, o que é mais, sem que a Exposição de motivos, única fonte de informações sobre a formulação do código, aduza qualquer justificativa.* Na verdade, a preocupação do autor era no sentido de que a mulher adúltera *não satisfaz um instinto natural, mas é levada pelo amor, tirando ao marido e à família, todo bem moral que a mulher pode dar ao lar;* e ainda seria mais grave seu adultério *tendo-se em vista que o adultério da mulher pode trazer a intromissão de filhos estranhos no meio dos legítimos.*³⁴

A Exposição de motivos realmente só nos informa que fica mantida a incriminação do adultério, *que passa, porém, a figurar entre os crimes contra a família, na subclasse dos crimes contra o casamento. Não há razão convincente para que se deixe tal fato à margem da lei penal. É incontestável que o adultério ofende um indeclinável interesse de ordem social, qual seja o que diz com a organização ético-jurídica da vida familiar, O exclusivismo da recíproca posse sexual dos cônjuges é condição de disciplina, harmonia e continuidade do núcleo familiar. Se deixasse impune o adultério, o projeto teria mesmo contrariado o preceito constitucional que*

³² SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 348.

³³ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 349.

³⁴ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 352.

coloca a família 'sob a proteção especial do Estado'. Uma notável inovação contém o projeto: para que se configure o adultério do marido, não é necessário que tenha e mantenha concubina, bastando, tal como no adultério da mulher, a simples infidelidade conjugal.

O parágrafo 3º traz as hipóteses que Romão Côrtes de Lacerda chamou de casos de não punibilidade ou de não processabilidade, isto porque o adultério existe, apenas não é punível. Discussão interessante é a travada em torno do caso em que a ação penal não podia ser intentada pelo cônjuge desquitado. O mesmo autor entendia que:

[...] no caso do 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) Para excluir a ação por adultério [...] não basta que tenha havido sentença de primeira instância, porque esta não produz efeito antes de julgada a apelação *ex officio*, estabelecida na lei (Código de Processo Civil, art. 824, § 2º).³⁵

Julgado nesse sentido: *I. A prova do adultério pode ser feito por todos os meios: flagrante delito, testemunhas, presunções, documentos e confissão. II. É indiferente o fato de estar o cônjuge adúltero, quando assim procede, separado do outro, porque a simples separação de corpos não dissolve a sociedade conjugal, permanecendo o adultério sempre possível da parte dos esposos separados (Ac. um. da 2ª. Cam. Do T. de Justiça do Paraná, de 11 de janeiro de 1949, na ap. civ. n. 4441, de Rio Negro. Rel. Des. LACERDA PINTO – Paraná Judiciário, vol. 49, pag. 222)*

Os crimes descritos no Capítulo II – **Dos crimes contra o estado de filiação** não tiveram modificação em relação à previsão do Código de 1890 (arts. 285 a 288), nem mesmo em relação ao Projeto Alcântara (arts. 301 a 303). É a própria exposição de motivos que nos informa: *Ao definir os crimes contra o estado de filiação, adota o projeto fórmulas substancialmente idênticas às do Código atual, que os conhece sob a rubrica de parto suposto e outros fingimentos.* A modificação é meramente formal: no Código de 1890 as figuras eram previstas no título IX – Dos crimes contra a

³⁵ LACERDA, Romão Côrtes de. HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. volume VIII. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 342.

segurança do estado civil, Capítulo III – Do parto suposto e outros fingimentos, enquanto que no Projeto Alcântara Machado passava a integrar o Título IX, Capítulo II – Dos crimes referentes ao estado de família.

Também os crimes do Capítulo III, **Dos crimes contra a assistência familiar**, não estavam previstos na legislação anterior. Na realidade, como informa Galdino Siqueira, os crimes ali descritos são contra os deveres de assistência, não contra a assistência em si.³⁶ O Projeto Alcântara Machado já os previa nos artigos 306 a 309.

A exposição de motivos assim nos informa sobre o crime de abandono de família: *Para a conceituação do novo crime, a legislação comparada oferece 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 o agente de pagar a pensão alimentar decretada por uma decisão judicial passada em julgado. É o chamado abandono pecuniário. Muito mais extensa, entretanto, é a fórmula do Código Penal italiano, que foi até a incriminação do abandono moral, sem critérios objetivos na delimitação deste. O projeto preferiu a fórmula transaccional do chamado abandono material.*

Nelson Hungria assim explica:

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, si o agente deixou de prestar os recursos necessários; ou indireto, isto é, o crime existirá automaticamente, si, reconhecido pelo juiz cível a obrigação de alimentos e fixado o seu quantum na sentença, deixar o agente de cumprí-la durante três meses consecutivos.³⁷

Imperioso notar que o Projeto Alcântara Machado previa como hipótese do crime o não pagamento de pensão alimentícia judicialmente fixada durante dois ou mais meses, já a redação do Código de 1940 não previu a quantidade de prestações.

O abandono intelectual tipificado no artigo 246 – deixar, sem justa causa de ministrar ou fazer ministrar instrução primária a filho em idade escolar – estava em

³⁶ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. IV. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 372.

³⁷ HUNGRIA, Nelson. *Questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940. p. 53.

consonância com o artigo 125 da Constituição de 1937³⁸, que previa como dever dos pais a educação intelectual da prole. Não havia conduta tipificada no Projeto Alcântara.

E, por fim, o abandono moral tipificado no artigo 247 provém do artigo 309 do Projeto Alcântara Machado

Os crimes previstos no Capítulo IV – Dos crimes contra o pátrio poder, tutela e curatela, provêm do artigo 310 do Projeto Alcântara Machado. Interessante notar com Romão Côrtes de Lacerda que o crime de subtração de incapazes, previsto no artigo 249, não se confunde com o crime de rapto, já que este último é sempre praticado contra mulher honesta e para fim libidinoso ou de casamento, podendo ser consensual ou não (arts. 219 e 221), e tanto pode ser executado mediante subtração, como mediante retenção. Portanto, nos lembra o mesmo autor que 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.³⁹

CONCLUSÃO

O estudo histórico dos tipos penais evidencia a maneira como as leis, mormente as incriminadoras, são estreitamente ligadas aos costumes dos povos, à constituição da família, ao papel da mulher e sua importância na sociedade, a condição jurídica de cada indivíduo, às ideias particulares em um dado período de sua moral, e como sentem uma lenta mas contínua modificação/evolução correspondente a modificação/evolução daqueles fatores.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUENO, Eduardo. *História do Brasil*. São Paulo: Publifolha, 1997.

³⁸ Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

³⁹ LACERDA, Romão Côrtes de. HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. volume VIII. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 434 e 437.

- CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito penal brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/ Fundação Getúlio Vargas, 2005.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. In Notas explicativa. HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal, volume I, tomo I: arts. 1º ao 10, por Nélon Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- GARCIA, Basileu. Revista dos Tribunais, vol. 182, p. 534. In MIRANDA, Darcy Arruda. *Jurisprudência do Código Penal*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.
- HUNGRIA, Nélon. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, volume I, tomo I: arts. 1º ao 10 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- LACERDA, Romão Côrtes de. *Comentários ao Código Penal*. volume VIII. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954.
- *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda, 1945.
- *Questões Jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940.
- LYRA, Roberto. *Novíssimas escolas penais. Síntese das idéias do passado. Análise das propostas do presente. Perspectivas das realidades do futuro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.
- MACHADO, Alcântara. Para a história da reforma penal brasileira. *Direito: doutrina, legislação e jurisprudência*. v. VIII, ano II – março-abril 1941. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freita Bastos.
- MACHADO, Alcântara. *Projeto do Código Criminal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.
- MIRANDA, Darcy Arruda. *Jurisprudência do Código Penal*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Código Penal Brasileiro comentado*. v. VII. São Paulo: Edição Saraiva, 1954.
- PIARANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.
- *Tratado de Direito Penal*. v. IV. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.
- TENORIO, Oscar. *Da aplicação da lei penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto. 1942.