

ADULTÉRIO — ILÍCITO CIVIL E PENAL?

Ubirajara Lopes Vieira

Promotor de Justiça — MG

1. Notícia histórica; 2. Conceito e pressupostos;
3. Ato jurídico e livre manifestação da vontade;
4. O Direito, o delito de adultério e seus aspectos médico-legais; 5. A exclusão do delito de adultério do Código de 1969, como imperativo de Direito.

NOTICIA HISTÓRICA

Fundamentadas na instituição familiar e nos bons costumes, as civilizações antigas puniam, com rigor, a infidelidade matrimonial da mulher. O rigor não era, todavia, exagerado para a época, já que as penas primavam, então, pela crueldade, tendo caráter unicamente repressivo e intimidativo.

Os hebreus apenavam o adultério com a lapidação. A fundamentação do ato de punir decorria dos preceitos bíblicos atinentes à espécie e, assim, morriam os amantes. Vem a pelo a conhecida passagem evangélica em que Jesus obistou uma lapidação com uma simples frase: "Atire a primeira pedra o que está limpo de pecado...". Punia-se, da mesma forma, a falsa imputação do delito, como se vê no Livro de Daniel, a respeito da falsa acusação à Susana.

Na Índia, o adultério era combatido por duas razões: a) para que fosse evitada a miscigenação, pois devia ser observada, estritamente, a divisão das castas; b) por motivos religiosos. Pena para a mulher: ser devorada, em praça pública, por cães famintos. Para o amante: a fogueira.

No Egito, mutilação do nariz para a mulher e morte, para o amante.

Em Esparta, a despeito das conhecidas considerações de Plutarco, não se conhecia o adultério. Am Atenas, todavia, e de acordo com a legislação de Solon, o marido ultrajado tanto podia matar o comboço (pilhado em flagrante ou em caso de violação) ou exigir-lhe indenização (em caso de sedução). Inexistia punição para a mulher.

Entre os romanos primitivos, os casos de adultério eram levados ao tribunal familiar (ou doméstico). Havia impunidade para a morte da mulher e seu amante, quando pilhados em flagrante. Ao tempo de Augusto, entre outras relativas à família, foi promulgada a Lex Julia de Adulteriis, que incluiu o adultério no elenco dos crimes punidos pelo direito romano com pena pública (D. 48, 5, C, 9º, 9). Por aquele diploma, ao contrário do que ocorreria mais tarde em Roma, o matrimônio não era suficiente para caracterizar o adultério, pelo que se exigia o exato conhecimento da ilicitude do ato. Atendia-se ao erro de fato como dirimente. A tentativa era tida como injúria e o amante da adúltera incidia nas penas do crime de lenocínio, como co-autor. E tinham caráter ilícito as transgressões de fidelidade da mulher, seja como esposa ou concubina. A Lex Julia excepcionava, porém, as escravas, as donas de bordéis e suas hóspedes.

No direito germânico é que vamos encontrar a punição do marido, infrator da fidelidade conjugal. A esposa traída poderia queixar-se ao Rei ao qual competia a decisão punitiva do marido infiel. Quanto à esposa e ao amante, quando eram surpreendidos em flagrante, a pena era a morte para ambos. Se não havia flagrante, tanto podia ser a morte, quanto a escravidão (direito visigótico). Primitivamente, havia penas infamantes, como a do casal correr despido, pelas ruas.

Coube ao direito canônico equiparar o adultério de ambos os cônjuges. "Adulterium in utroque sexu pari rationi condemnatur". E dava por qualificado o delito de adultério duplo e o praticado com cunhado ou cunhada.

O antigo direito lusitano concedia ao marido ultrajado matar a mulher e seu cúmplice, se os surpreendesse em flagrante (Ordenações Filipinas Livro V, Título 28).

Atualmente, o direito inglês trata-o como injúria. O francês e o espanhol, após vacilações o capitularam como crime (1810 e 1944), no que foram seguidos por muitos países, entre eles, o Brasil. Excetuam-se as legislações penais da Colômbia, Costa Rica, Cuba, Noruega, União Soviética, Irlanda, Estados Unidos, Suíça.

CONCEITO E PRESSUPOSTOS

Segundo a conhecida lição de ALCIATO, o vocábulo adultério veio da expressão “ad alterius thorum ire” ou “accedere”, isto é, ir para o leito alheio. SANTO TOMAS DE AQUINO, apoiou essa orientação etimológica (Summ. Theol. — 2ª, 2ªe, quest. 154, art. 8):

“Adulterium sicut ipsum nomen sonat est accessus ad alienum thorum”.

(O adultério, como indica o seu nome, é acesso ao tálamo alheio).

Para CARRARA (Programma, 1909, pág. 329), adultério é “la violazione del talamo conjugale”.

Constitui, o adultério, infração aos deveres matrimoniais. Por outro lado, o espírito possessivo do afeto conjugal, insito à natureza humana, torna essa infração altamente lesiva à harmonia conjugal.

De um lado, a lei, de outro, os costumes, situaram o casamento no ápice de uma pirâmide de convenções sociais, que embasam a instituição familiar. A lei fez, dele, um contrato solene e “sui generis”. Os costumes elevaram-no à condição de um dos mais importantes atos das atividades sociais do homem. E algumas religiões emolduraram-no com halo sacramental, que o vincula à divindade.

Os Estados, atentos à parêmia, “Família forte, Estado forte; Família fraca, Estado fraco”, cuidaram de oferecer sólida base de sustentação à família, notadamente por via de defesa do casamento. E não se pode negar que o casamento é a pedra angular da nobre instituição.

A tradição advinda do fluir das gerações, fez encastelar o instituto do casamento no panorama social de cada época, confluindo, para tanto, a natureza afetiva da sociedade matrimonial e seus naturais consecratórios, principalmente os decorrentes da parte física da união conjugal, isto é, a prole.

Daí, a conhecida e sempre atual definição de PORTALIS:

“É a sociedade do homem e da mulher que se unem para perpetuar sua espécie, para se ajudar, por assistência mútua, a suportar o peso da vida e para compartilhar o mesmo destino.” (Discours Preliminaire — “apud” Orlando Gomes, Direito de Família, pág. 38).

Aliás, entre os povos ocidentais, não que concerne ao casamento, vem prevalecendo a orientação agostiniana, “prole, fides et sacramentum”. “Prole” — é a prole, os filhos, os frutos da associação fi-

sica do casal; “fide” é a fé, que um cônjuge deve ao outro; “sacramentum” é o laço que une o instituto à divindade.

Dito isso, é fácil de ver que a fidelidade conjugal é pressuposto do casamento, constituindo sua quebra, lesão irreparável à harmonia do lar. E, já que da harmonia deste depende a solidez do matrimônio, e deste, a sua vez, depende estratificação da família, decorre daí que cumpre, ao Estado, regular, de qualquer forma, o instituto do casamento.

A família, como instituição, é cara aos interesses do Estado que, nela, se apoia e busca equilíbrio.

Daí advém o anátema que as civilizações fizeram cair sobre o adultério, que, afinal, constitui infração ao princípio da fidelidade, sendo, ainda, elemento de instabilidade da harmonia conjugal.

E, sobre ser ilícito civil, algumas legislações capitulam-no como infração penal.

O conceito de adultério é de uma clareza solar, já que o ato, em si, é de fácil entendimento. Embora se conheça lexicograficamente a conotação do vocábulo adultério, outra coisa, como quer CARRANCA Y TRUJILLO (Código Penal Anotado, 1967, pág. 650), é o que juridicamente, deva ser visto, com relação a seus efeitos penais. O mesmo ocorre não só no Código mexicano, mas também nos códigos penais brasileiro (art. 240) e argentino (art. 118), — que não definem o que seja adultério.

O mestre mexicano, acima citado, anota definição de adultério, que integrava as antigas Partidas (ob. cit., pág. 649):

“Yacimient que ome faz a sabiendas con “mujer casada o desposada com otro.” (VII, tit. 17, ley 1ª, de las Partidas).

De um modo geral, cabe à doutrina, então, definir o que seja adultério, sob o ponto de vista jurídico. Contudo, orientada, por vezes, na legislação peculiar de cada país, a doutrina não o faz de maneira uniforme.

O que se entende por adultério é o congresso sexual, em que um dos partícipes, pelo menos, é casado. MAGGIORE nos deu uma definição, que veio trazer novas luzes à questão, suprimindo lacunas do direito positivo:

“La doctrina definisce in generale l'adulterio (adultère, Ehebruch) come l'illecito congiungimento sessuale di una persona legata in matrimonio con una persona diversa dal proprio conjuge.” (Diritto Penale, 4ª ed., vol. II, tom. II, pág. 651).

Tal definição é de ter aceitação geral, não só pela autoridade do mestre, senão também por sua concisão e clareza.

Resta, contudo, um aspecto do tema, que a dissensão doutrinária e o silêncio da lei, tornaram polêmico: o momento consumativo do ilícito, isto é, aquele em que o delito se exaure.

Sobre os demais componentes da infração, há entendimento pacífico. A ignorância do estado de casado (a) do parceiro no ato sexual, constitui erro de fato. A violação e a posse mediante fraude, elidem o crime, quanto à mulher, fazendo-a vítima de outro. Só a vontade livre conduz ao elemento subjetivo, pressuposto do delito de adultério.

Elementos outros, como o perdão, o induzimento ou instigação pelo marido, ou, ainda, o curto prazo decadencial do oferecimento da queixa, vêm consignados em muitos diplomas repressivos.

A inexistência, porém, de descrição do tipo, pela ausência de definição, faz emergir, entre os doutos, absoluta discordância, no que tange à "meta optata". Como bem lembra JIMENEZ DE ASÚA (Tratado, 1958, III/592) o tipo exerce um papel de transcendental garantia, pelo que é de toda importância a necessidade da descrição. Abster-se dela é condenável. E afirma o grande penalista:

exerce um papel de transcendental garantia, pelo que é de toda importância a necessidade da descrição. Abster-se dela é condenável. E afirma o grande penalista:

"El C.P. argentino nos ofrece muestras de este errado sistema de eludir las dificultades de una definición, silenciándola; como cuando leemos... 'la mujer que cometiere adulterio' (art. 118), si que se nos diga que és." (Ob. e loc. cit.).

Consequentemente, é de questionar sobre a adequação do fato ao delito-tipo. Quando se consuma o ato?

Diante da dissensão que lavra na doutrina, é de todo conveniente que se vá buscar no direito civil, — e mais especialmente no direito de família —, os subsídios necessários para o estudo da matéria. Há tratadistas que entendem deva a questão da identificação do ato ser atribuição do direito penal.

Não creio que esta última orientação seja correta. O Código Penal alemão (§ 172) incrimina o adultério, mas somente após a decretação do divórcio, fundado nessa causa, e na forma do que dispõe a Lei do Casamento (Ehegesetz), de 1946. Os civilistas, todavia, muitos deles, vão buscar, na área penal os elementos informadores, para a conceituação, ou melhor, para a identificação do aperfeiçoamento do ato jurídico do adultério.

O ato físico do adultério e sua adequação jurídica tem merecido a consideração dos escritores, sendo que sobre o assunto, como já se disse, não há unanimidade. Este fato, ou seja, a diversidade de conceituação da materialidade do adultério, tem-se constituído em pedra de tropeço, para a aplicação do direito.

O direito canônico dava como imperativa a cópula perfeita, com pessoa de outro sexo, sendo indispensável, dessarte, a consumação da conjunção carnal.

CARRARA (Ob. cit. vol. 3, § 1.885) diz que é necessária a "imissio seminis" ("seminatio intra vas"), para estabelecer o momento consumativo da infração.

Em polo oposto, coloca-se MAGGIORE ("apud" Carrancá Y Trujillo, ob. cit., pág. 652), que diz, uma vez a lei penal não define os elementos materiais do adultério, compete à doutrina ensinar que ainda os atos libidinosos, distintos da união carnal, podem, em alguns casos, caracterizar o adultério, desde que seja inequívocos e gravemente obscenos. E aí não se contam o beijo e os toques fugazes. De qualquer forma, o ato há que ser físico, material, corpóreo, porque a infidelidade platônica é inconcebível; somente poderia servir ao juiz como prova indiciária da prática de adultério material. O contato luxurioso deve ser, na opinião daquele autor, de pessoas de sexos opostos, ainda que seja o homem impotente, pois não se requer a introdução do pênis. Desse modo, para MAGGIORE, não podem constituir adultério as relações homossexuais femininas (tribadismo, safismo etc).

E, considerando que o mestre italiano fazia a exegese do direito peninsular, onde apenas se prevê o adultério da mulher, podemos estender, para seguir a linha de seu pensamento, tais conceitos para o homossexualismo entre os homens, aplicando a lição ao nosso direito positivo. Para o autor supramencionado, o delito se consuma ao efetuar-se o contato carnal, embora não seja reiterado. E tantas quantas sejam as relações sexuais mantidas ou os demais contatos luxuriosos havidos entre os amantes, serão, todos, catalogados como adultérios consumados.

Uma terceira corrente — e que congrega a maioria dos escritores, adota a tese que se situa entre os dois extremos acima transcritos. Dentro dessa orientação o adultério fica configurado, independentemente da existência de congresso sexual normal e completo.

Um dos corifeus dessa teoria, MANZINI, (Instituzioni di Diritto Penale, nº 354), assim se manifestou:

"L'elemento materiale del delitto consiste nella violazioni dello ordine matrimoniale riconosciuto e disciplinato dallo Stato e legittimamente costituito,

commessa mediante il congiungimento carnale volontario di una donna maritata con un uomo che non sia il marito. Ogni atto di libidine, diverso dal congiungimento carnale, normale o anormale, è insufficiente a concretare l'adulterio."

A maioria dos penalistas nacionais segue, nesse passo, a orientação de MANZINI (NELSON HUNGRIA, Dir. Penal, Parte Especial, 1937, II/113; MAGALHÃES NORONHA, Dir. Penal, 1974, 3/307; ROMÃO C. DE LACERDA, Comentários, VIII/381; RIBEIRO PONTES, Código Penal Comentado, 7ª ed., pág. 382). Todos eles perfilhando a tese da equivalência do coito vaginal com as demais modalidades de cópula (anal, interfemoral, oral etc.).

Entrementes, BENTO DE FARIA (Código Penal Bras. Comentado, VI/166) e HELENO FRAGOSO (Lições de Dir. Penal, 1965, 3/714) só admitem o adultério pelo coito vaginal, ainda que incompleto.

Quanto aos civilistas, de um modo genérico tem como pacífico que os simples atos preparatórios do congresso sexual ou atos imprudentes, em relação ao dever de fidelidade conjugal, não constituem adultério, mas injúrias. Ainda mesmo a atividade sexual com pessoa de mesmo sexo, ou da mesma preponderância de sexo, não constituem outra coisa que injúria grave. É esse o ensino de PONTES DE MIRANDA (Tratado de Dir. Privado, vol. 8º, § 833), que assoalha que, para configurar o adultério, há que se consumir a violação material do dever de fidelidade. — a efetuação "re" dos romanos —, isto é, a realização física do ato, sem ser necessária sua consumação com a ejaculação no "vas" idôneo.

"A doutrina tem entendido atualmente que as relações sexuais caracterizam, por isso, o ato, sendo desnecessária a 'imissio seminis' e mesmo a 'emissio seminis'". (PONTES DE MIRANDA, ob. e loc. cit.).

No mesmo sentido, tem-se inclinado a doutrina alienígena. GOEDSEELS (Commentaire du Code Pénal Belge, 1948, pág. 90) resume os pressupostos legais do adultério, *à luz da lei civil*: 1º — cópula consumada. Um ato obsceno não caracteriza o adultério, se não existir o congresso sexual de forma consumada. 2º — O casamento válido. 3º — O dolo geral.

Quer sobre o prisma do direito civil, quer à luz do direito penal, não se compreende como o coito vaginal seja tido como quebra da fidelidade conjugal, e a felação não o seja.

Entendo que há atos sexuais que lesam mais profundamente a estabilidade do lar, que a simples cópula pelas vias naturais. Os des-

vios e distorções da atividade sexual são, incontestavelmente, mais molestas para a harmonia conjugal, do que o ato sexual normal, ainda que com a conotação de adultério. A pessoa portadora de sexualidade anômala é, presumivelmente, de recuperação ou regeneração muito mais difícil, do que aquela de hábitos saudáveis.

O desenvolvimento científico criou, no campo objeto de nossos estudos, outra área de controvérsia. Será, a inseminação artificial, prática que se confunda com o adultério?

Através desse expediente de natureza científica, a esposa, portadora de determinadas dificuldades de caráter orgânico, para a concepção, pode, com mais facilidade, tornar-se mãe. O mesmo se diga no que se refere à incapacidade geratriz do marido. É, a mais das vezes, a solução para a esterilidade e a concretização de sonhos acalentados durante muitos anos.

A técnica da inseminação consiste em depositar o líquido seminal, com espermatozóides extremamente ativos, na parte vestibular uterina (colo do útero), ou em seu interior.

Acontece que a maternidade, até mesmo por questões atávicas, constitui, sob o ângulo psicológico, condição muito importante para a mulher. Por outro lado, a frutificação do amor conjugal, pela prole, é elemento de consolidação dos laços familiares, pela sobrecarga afetiva e de responsabilidades que a filiação, inevitavelmente, produz.

E, se o espermatozóide aproveitado na inseminação artificial, não é do marido. Como conciliar esse fato com o art. 231, I, do Código Civil, que prescreve, como dever dos cônjuges, fidelidade recíproca?

Em sendo a mulher inseminada com sêmen de outro homem, que não o marido, entendem, COLIN et CAPITANT (*Traité de Droit Civil*, pág. 600), que se trata de adultério:

“Si l'insémination artificielle se développait, la question pourrait se poser de savoir si son emploi pourrait constituer l'adultère, au cas où, par exemple, une femme se prêterait à une insémination avec de la semence ne provenant pas de son mari. Nous estimons que la réponse doit être, en principe, affirmative: il y a, selon nous, incontestablement *relations sexuelles*, puis que le but de l'insémination est la naissance éventuelle d'un enfant. Nous ajouterons que le consentement du mari n'empêcherait pas qu'il y eût adultère”.

A opinião acima, parece ser demasiado severa, mesmo para efeitos civis, decorrentes da projeção patrimonial, originada do eventual aumento da família. O que me parece mais consentâneo com a orienta-

ção doutrinária esposada pela maioria dos escritores, é a catalogação da inseminação, feita à revelia do marido como injúria grave, suposto para a concessão do desquite, na forma da lei civil. Aliás, outro não é o entendimento de PLANIOL et RIPERT, (*Traité Pratique de Droit Civil Français*, 1952, 2/388).

Para os efeitos penais, e considerando que um dos objetos jurídicos do delito de adultério é a fidelidade sexual prometida pelo casamento, não parece enquadrar-se penalmente como tal, a inseminação artificial, em razão de que inexistente o dolo geral, indispensável à configuração do ilícito, nem se caracteriza a materialidade, na forma do que dispõe a lei. Por outro lado, trata-se, o adultério, de crime bilateral e instantâneo. De que modo se poderia imputar o delito ao doador do sêmen?

Diante do exposto, deve-se entender como inexistente o adultério, por via da inseminação, em face da ausência de relações sexuais, ou melhor, “dada a ausência do elemento material da cópula”, como quer CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, (*Instituições de Direito Civil*, 1975, V/142).

Outro aspecto que desperta a atenção do interessado, é o derivado da extensão da imputação de adultério para ambos os cônjuges.

As legislações de muitos países imputam a prática do delito de adultério apenas à mulher e, não, ao marido. A orientação doutrinária, que informa esse tipo de legislação, se lastreia no fato de ser mais nociva à estrutura familiar, o adultério cometido pela esposa. Esta, na condição de “rainha do lar” tem o ônus e a alegria do contato mais demorado com os filhos menores, daí lhe decorrendo a responsabilidade de plasmar a personalidade dos pequeninos seres entregues a seus cuidados. Em tais casos, os delitos sexuais da mãe a indisporiam, necessariamente, para a magna tarefa de formação moral dos filhos, que lhe teria sido cometida, pelo casamento e pela maternidade.

Como poderia a mãe, que, pela perda da honra, houvesse regredido na escala do dever, deitar, no espírito dos filhos, os alicerces de uma sólida educação moral? Já igual delito do pai, ainda segundo a teoria que se expõe, teria secundária influência junto aos filhos, a uma, porque sua presença no lar, ao lado das crianças, é menos contínua que a da genitora e, a duas, porque os deslizes de natureza sexual, afetam menos o homem que a mulher, não marcando, necessariamente sua personalidade, ao contrário do que só se acontecer com a mulher.

No direito gaulês, por exemplo, os deveres e direitos comuns aos esposos, vêm consignados nos arts. 212 e 215, do Código Civil. Aliás, o art. 212 soa que os cônjuges se devem, mutuamente, fidelidade. O adultério é previsto e punido pelos artigos 337 e 339 do Código Penal francês. COLIN et CAPITANT, (ob. e loc. cit.) explicam

que o adultério feminino recebe punição mais severa que o do homem, em consequência de sua maior gravidade familiar e social.

PLANIOI et RIPERT, (ob. cit., II/388), também ensinam que, para os que consideram o adultério como um crime, o do marido é menos danoso que o da mulher, porque não traz a respeito da filiação dos filhos. Já apreciando a infração sob seu aspecto meramente civil, é ela a mesma, praticada, que seja, por qualquer dos cônjuges,

"parce que le divorce est la satisfaction accordée au conjoint et que venant du mari ou de la femme, l'offense est égale."

O Código Penal belga segue a mesma orientação do francês, a respeito da dessemelhança de punição para o adultério do marido e da mulher (art. 391). E a Exposição de Motivos assim explica a diferença: "Se o dano moral, segundo se diz, é o mesmo, o dano social é maior em um caso, que no outro." E mais:

"L'adultère de la femme peut faire entrer dans la famille légitime en enfant qui n'appartient pas a celui que la loi regarde comme le père."

(Exposé des motifs, II, nº 49).

A imputação maior da esposa adúltera, para fins penais, é que ditou a regra contida no art. 324, do Código Penal francês, a qual, para efeito de dosagem da pena, deu, como atenuante, no uxoricídio, o fato de haver sido, a vítima, pilhada em flagrante de adultério. A queixa só pode ser oferecida pelo marido e este só é punido por concubinato. E por concubinato, entende-se a habitualidade e o desrespeito ao lar conjugal, já que em seu interior é que se devem observar as práticas dos atos sexuais, para que se caracterize o concubinato. Pune-se, por conseguinte, o concubinato do marido, quando exercido no domicílio conjugal.

Há, entretanto, no direito penal gaulês, certos elementos comuns ao adultério da mulher e do marido: 1º — a consumação das relações sexuais (MAZEAUD, Leçons, I, nº 1424 e, no direito belga, DE PAGE, Traité, I, nº 859), salvo aquelas efetuadas fora das vias naturais; a tentativa não é punida. 2º — o fato de que pelo menos um dos agentes seja casado. (O divórcio já decretado e a nulidade do contrato nupcial, esta ainda que não seja judicialmente reconhecida, excluem o delito. Ao contrário, a simples separação de corpos faz subsistir o crime, no que tange à mulher). 3º — o dolo, atendidos a irresponsabilidade por alienação mental, a violação da mulher casada, ou o erro de fato, relativamente ao estado de viuvez e ao divórcio. A co-autoria é igualmente punida.

O direito italiano anterior não distinguia o adultério masculino do feminino. O Código Penal atual, porém, distingue, dando por

infidelidade do marido apenas o concubinato (art. 560). E só estabelecendo que há adultério, quando praticado pela esposa (art. 559).

A posição de dessemelhança, na lei penal italiana, entre o delito praticado pelo homem e pela mulher, deflui dos princípios adotados na lei civil peninsular. Esta, dá menor relevância ao adultério do marido, que só é pressuposto de dissolução do casamento, se concorrem nele, circunstâncias tais que constituam uma injúria grave para a mulher.

Comentando o texto legal, observou BARASSI, (Instituciones de Derecho Civil, trad. esp., 1955, I/258), que o Código Civil italiano "parece admitir a possibilidade de um adultério do marido, que não seja injúria grave para a mulher".

O Código Civil espanhol distingue, como já o faziam as antigas Partidas, o adultério do marido e o da mulher. Exige a lei que, para que se dê o adultério do marido, haja "escândalo público ou menosprezo da mulher" (art. 105, 1º, "in fine").

O direito positivo ibero-americano acompanhou a matriz europeia. Desse modo, o Código Penal argentino (art. 118) reprime o adultério da mulher e apenas o amancebamento do marido, dentro ou fora do lar conjugal. O estatuto penal do Chile (art. 375) imputa o delito somente à esposa; cumpre ao marido oferecer a queixa (art. 376), prazo decadencial de um ano (art. 377). Segundo a lei penal chilena, o marido apenas responde pelo crime de concubinato e quando seu exercício se verificar no próprio lar conjugal, ou, se fora dele, com escândalo, considerando-se tal, aquele cuja repercussão social ou notoriedade importar em vexames à esposa.

CARRARA (Programma, § 1873º, todavia, defende, de forma lapidar, a igualdade do homem e da mulher, no delito de adultério: E, adiante, diz:

"L'amore purificato nella sua più sublime idea, come lo sente ognuno che ne cerchi, il tipo nelle aspirazioni dell'anima e non nella mera brutalità dei sensi, tende al possesso della persona amata, e non è soddisfatto se non è corrisposto di eguale affetto: e non è soddisfatto e tranquillo se tale reciprocità non presenta la idea della perpetuità almeno come un probabile subordinato alle accidentalità della vita; e non è soddisfatto se tale reciprocità non sia esclusiva, cosicchè la persona amata diasi tutta a noi come noi ci diamo tutti a lei. Laonde la formula nella quale si estrinseca il più puro concetto dell'amore è quella che il volgo istintivamente ripete, sei mia, tutta mia, sempre mia; sono tuo, tutto tuo, sempre tuo." (Ob. cit., § 1871).

Os códigos penais alemão e austríaco, tanto quanto o brasileiro, punem, do mesmo modo, o homem e a mulher. No que se refere ao direito civil, o alemão e o nosso não distinguem os agentes do adultério. O primeiro é até mais explícito, pois fez consignar, em seu direito positivo, (Lei do Casamento, § 42), que o ilícito pode ser praticado pelo marido ou pela mulher. Admite-se a compensação, em termos.

O Brasil que, no atinente à matéria, seguiu na esteira do direito germânico, não admite a compensação seja em matéria civil, quanto penal. Como ensina PONTES DE MIRANDA, (Tratado, 1955, 8/57), se ambos os cônjuges cometem adultério, ambos podem ser punidos, uma vez que, entre nós, a regra é que os crimes não se compensam.

O Código Penal brasileiro, de 1969, veio abrir uma exceção, exatamente nesta matéria, como se verá infra.

Outro aspecto interessante, que não escapa ao observador, é a situação criada pela menor de 18 anos, casada, a quem se atribui o crime de adultério.

De acordo com a lei civil, o menor se torna capaz com o advento do matrimônio. E pode ele contrair núpcias, os do sexo feminino aos 16 anos e os do sexo masculino aos 18 anos de idade.

Não obstante, todavia, de a moça de 16 anos a 18 anos incompletos, haver alcançado a maioridade civil, por via do casamento, é ela penalmente irresponsável. Até aos 18 anos incompletos, o menor delinquente escapa ao âmbito das normas penais (art. 23, do Código Penal).

Em sendo assim, a esposa, legalmente casada, menor de 18 anos, pode praticar, impunemente, o delito de quebra da fidelidade conjugal, sem que responda por isso. Nem, sequer, pode ser encaminhada para estabelecimento de re-educação, a título de medida de segurança, dada a ausência de periculosidade, que o delito apresenta.

Está, a jovem esposa, livre das sanções legais, impostas como consecutórias da tutela que o direito penal brasileiro estende sobre o casamento.

Finalmente, e "en passant", uma breve observação sobre o adultério de pessoas casadas, mas vivendo em estado de separação de fato ou de direito, desquitadas e em caso de bigamia.

Sobre o assunto, há lição proveitosa de PONTES DE MIRANDA (ob. cit., vol. 8, § 333). A lição foi ministrada, como é curial, com vistas ao direito civil.

"Há adultério ainda que o ato tenha sido praticado após o abandono do lar por um dos cônjuges."
(Cita uma decisão, neste sentido).

E. mais adiante:

“...Em caso de bigamia, sem que haja sido decretada a nulidade do segundo casamento, tanto o cônjuge das primeiras núpcias, quando o das segundas pode alegar adultério.”

A orientação atual do direito pretoriano, já não é a mesma do aresto invocado pelo insigne autor. Efetivamente, não se pode exigir voto de total abstinência sexual, quer para o homem, quer para a mulher, que, embora casada, se encontrem separados. Na esfera civil, observada a atividade sexual ilícita, conjuntamente com outros fatores, a sanção, considerada “in abstracto”, seria a perda do direito à pensão alimentar ou à guarda dos filhos, ou ambas. O fundamento, porém, não seria o adultério, mas teria, por supedâneo, a inexistência de estado carencial para a pensão, a incapacidade moral para a educação dos filhos, etc.

No que diz respeito aos desquitados, há orientação de alguns penalistas, (ROMÃO LACERDA e GALDINO SIQUEIRA), que entendem haver adultério, ainda em se tratando de desquitados, já que o desquite não dissolve o vínculo. Para o primeiro daqueles autores, (Comentários ao Código Penal, 1959, VIII/379), não obstante haja crime, a ação não pode ser intentada, por força do § 3º, ítem I, do art. 240, do Código Penal.

O direito pátrio, todavia, e com sua natural dinâmica, vai-se adaptando aos novos tempos, buscando interpretar o sentir da moral média da população. A legislação já autoriza o reconhecimento dos filhos adulterinos, por parte de desquitados, e é curial que se não pode exigir fidelidade conjugal, de quem já não é casado. A indissolubilidade do vínculo só existe para fins de obstar novas núpcias.

ATO JURÍDICO E LIVRE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE

O Código Civil brasileiro, em seu art. 81, define o ato jurídico como sendo

“todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”.

O que distingue o ato, do fato jurídico, é a manifestação da vontade, sempre presente no primeiro e, algumas vezes, ausente do último — tal como ocorre na morte natural ou no nascimento. Consequentemente, o que está na raiz do ato jurídico é o elemento volitivo, — que deve ser exercido livremente. COLIN et CAPITANT, (Cours, I, nº 54), deram o ato jurídico por manifestação da vontade individual,

capaz de produzir efeitos jurídicos. E CLÓVIS, com sua magistral capacidade de síntese, assim o definiu:

“Ato jurídico é toda manifestação de vontade individual, a que a lei atribui o efeito de movimentar as relações jurídicas.” (“in” Código Civil Comentado, I/261).

O ato jurídico, como tal, para que produza os efeitos jurídicos que persegue, há que obedecer a determinados requisitos: a) agente capaz; b) objeto lícito; c) forma prescrita ou não defesa em lei. (Art. 82, do Código Civil).

O que não convém, como lembra CARVALHO SANTOS, (C. Civil Interp., II/266), é atribuir, como requisito do ato jurídico, a manifestação da vontade. Esta, na verdade, constitui pressuposto daquela, informando, ou melhor, participando de cada um dos requisitos. A manifestação da vontade é “o princípio vital, verdadeiro substrato do ato jurídico”, na expressão de PRATES DA FONSECA, (“apud” Carvalho Santos, ob. e loc. cit.).

Na capacidade do agente, contudo, é que o elemento volitivo se faz sentir de maneira mais pronunciada, embora não esteja, ele, ausente da licitude do objeto e do aspecto formal do ato. O querer, porém, há-de ser exteriorizado livremente. A ser de outro modo, vem, o ato, maculado de vício original.

Poucos autores estudaram como o civilista CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, (Instituições, I, nº 83), a mecânica da manifestação da vontade e de sua declaração, no ato jurídico. Segundo esse autor, na esfera psíquica do elemento volitivo, distinguem-se três fases: a da solicitação, a da deliberação e a da ação. E esse seria o processo:

“Primeiramente os centros cerebrais recebem o estímulo do meio exterior; em seguida, mais ou menos rapidamente, ponderam nas conveniências, e resolvem como proceder; e finalmente reage a vontade à solicitação, levando ao mundo exterior o resultado deliberado. O primeiro é a atuação exógena sobre o psiquismo; o segundo é a elaboração interior; o terceiro é a exteriorização do trabalho mental, pela ação.” (ob. e loc. cit.).

O ordenamento jurídico reconhece a manifestação da vontade, como fonte criadora de efeitos, no campo do direito. A despeito disso, a atividade volitiva deve ser acompanhada de uma declaração de vontade, para que se não perca a manifestação do querer, no mundo da abstração.

Em princípio, os atos jurídicos são meramente consensuais. Daí, emerge a importância da livre atividade volitiva, que deve aflorar,

sem peias, desde sua formação mais íntima. Como doutrina ENNECERUS, (Tratado de Derecho Civil, § 85), para a formação normal da vontade, deve estar presente a necessária liberdade da disposição de espírito do agente. E atendendo a essa livre manifestação e declaração da vontade é que COLIN et CAPITANT, (Cours, loc. cit.), afirmaram:

"De toute manière, sans consentement, sans volonté, il n'y a pas d'acte juridique."

A emissão da vontade, através das faculdades intelectivas do homem, é a maneira habitual da declaração da vontade. Por via de palavras ou gestos ou atos, como o da escrita, o indivíduo dá ciência exterior de sua vontade.

Ao contrário, porém, dessa manifestação expressa da vontade, o silêncio pode, a sua vez, constituir forma de expressão da atividade volitiva do homem. O princípio de forma livre é apanágio do direito moderno e o preceito vem consignado no art. 129, do Código Civil.

Assim, a não ser quando a solenidade se imponha "ad substantiam", livre é a manifestação da vontade, revestindo o poder de força jurígena, criadora de direitos. E a aceitação do silêncio, como expressão tácita da vontade, deita raízes no direito romano, com PAULUS, mas só veio encontrar seu melhor supedâneo no direito canônico: "qui tacet consentire videtur". SERPA LOPES, (Curso, I, nº 200), que partilha a tese da aceitação do silêncio, como manifestação da vontade, pondera, apenas, que deve haver, como suporte, a boa-fé bilateral, seja da parte do que permaneceu silente, como a do terceiro, que recebe o silêncio e deve interpretá-lo.

O silêncio constitui uma sub-espécie da declaração expressa da vontade. No entanto somente pode ele ser assim considerado, quando leva à conclusão, — pela atitude voluntariamente omissiva da parte —, de haver sido revelada, pelo silente, uma manifestação da vontade inequivocamente identificada.

Tem-se, então, que, na base em que se apoia a pirâmide dos efeitos jurídicos, que dimanam dos atos das pessoas (naturais e jurídicas), se encontra a capacidade do agente, da qual decorre a liberdade de exteriorização de sua vontade. A respeito, doutrina VON TUHR, (Derecho Civil, Teoria General, 1947, vol. II, tomo 1, pág. 117):

"El más importante entre los hechos jurídicos es el acto jurídico, esto es, la conducta externa, consciente y voluntaria. No son actos jurídicos, por una parte, los procesos y estados psicológicos internos y, por otra, la conducta externa que se produce inconsciente o involuntariamente como um movimiento del cuerpo ocasionado por fuerza ajena o 'vis absoluta'."

De tudo quanto se viu, conclui-se que a teoria da manifestação da vontade, no direito civil, é irmã gêmea da teoria da responsabilidade penal. E, considerando a anciania da primeira, justo é concluir que o instituto penal foi buscar, no direito comum, a inspiração, para o lineamento da teoria da responsabilidade.

Em outro passo, deste trabalho, já foi vista a estreita conexão do direito civil e do direito penal, no que tange ao crime de adultério. Para sua caracterização, a fonte principal é a lei civil. O mesmo ocorre com o delito de bigamia, entre outros.

Isso se justifica, porque há um condicionamento de base, comum aos dois ramos do direito. É certo, como assinala BENTO DE FARIA, (C. Pen. Bras. Coment. 1961. I/27), que a lei civil, — de natureza perceptiva —, pertence à área de direito privado, e a lei penal, — de caráter proibitivo —, gravita na esfera do direito público. Mas não é menos certo que os elementos de sustentação desses dois ramos do direito, são da mesma espécie: legal, moral e material.

Com relação à irresponsabilidade penal, com vistas ao delinquente menor, divergem, cronologicamente, a menoridade penal e civil. O princípio, contudo, que orienta o direito penal é o mesmo do direito civil, isto é, a lei se conduz, no sentido de resguardar os atos daqueles que, em razão da idade, não dispõe do discernimento necessário e suficiente, para o domínio da livre manifestação volitiva, positiva ou negativa (omissão), criadoras de atos jurídicos e injurídicos. Não domina, o menor, o perfeito sentido ético-social de suas ações. Ademais, como diz LEONÍDIO RIBEIRO, (Medicina Legal, 1933, pág. 379), uma criança não pode, de qualquer modo, ser considerada responsável somente porque ficou provado ter ela consciência do delito que praticou.

A livre manifestação volitiva, que informa o dolo, que, por sua vez, é suposto do crime de adultério, constitui ponto nuclear do estudo deste delito.

No adultério tem extraordinário relevo a expressão livre da vontade, não só pelo fato do dolo geral, como se disse supra, ser um dos pressupostos da infração, senão também para aqueles que abraçam a tese de que os desvios da sexualidade integram o tipo.

O DIREITO, O DELITO DE ADULTÉRIO E SEUS ASPECTOS MÉDICO-LEGAIS

O Código Penal de 1969 capitulou, em seu art. 264, o adultério como crime.

O objeto jurídico é a tutela da instituição familiar, através do amparo à fidelidade sexual, prometida por razão do matrimônio. Tutela-se a família, já que a nobre instituição é um dos alicerces da

Sociedade e do Estado. Estende-se a proteção à fidelidade sexual, porque é esta uma das vigas mestras do casamento, que, a seu lado, é a pedra angular da família. Por essa via, o manto protetor da lei cobre a moral pública.

MANZINI, (Instituzioni, n° 354), expõe:

“Oggetto della tutela penale, in relazione ai delitti d'adulterio, è l'interesse sociale di assicurare i bene giuridici del buon costume e dell'ordine delle famiglie in quanto particolarmente si attiene all'ordine matrimoniale, quale istituzione giuridica d'ordine pubblico, contro il perturbamento cagionato dallo adulterio anche soltanto occasionale della moglie, o dal concubinato del marito.”

É evidente que a referência ao concubinato é próprio da legislação penal italiana, que pune o adultério da esposa e, somente, o concubinato do marido.

Constituem requisitos para a tipificação do delito:

- a) que pelo menos um dos agentes seja validamente casado;
- b) a consumação da relação ilícita;
- c) o dolo genérico, isto é, a intenção criminosa de violar a fé conjugal.

Compreende-se a preocupação do Estado, em preservar os laços familiares e a integridade de seu principal suporte, o casamento.

A família é o primeiro dos grupos sociais, e para o qual emerge o homem, logo após o nascimento. A princípio, é o único grupo de que participa ativamente o indivíduo. Só mais tarde, por volta dos 4/5 anos de idade é que vai ele relacionar-se com o grupo seguinte, o escolar.

Há que se erguer um dique de bom senso, contra as insidiosas tentativas de desagregação da família, que, hoje, parece ser desiderato inclusive de ideologias políticas.

Vive-se, atualmente, fase de transição social. Determinados preceitos, válidos através de gerações, são podados, e passam a aguardar novos cultivos, para que novamente brotem, vicejem e frutifiquem.

Nesse torvelinho de desajustes e desequilíbrios, o direito apresenta-se como a âncora que mantém o barco firme, em porto seguro. Mas não há ele que permanecer estático, pois é de sua própria essência evoluir, ao sabor dos fatos sociais, a que cabe regular. “O direito, — disse BARASSI, (ob. cit., I/3),

“considerado como norma, não é senão uma regra da conduta, imposta aos indivíduos por um poder

central, superior a eles, com o fim de assegurar o pacífico e fecundo desenvolvimento de suas relações e a tutela de seus interesses”.

Relativamente à condição não estática do direito, no quadro social, assinala BETTI, (“apud” Cernicchiaro, *Ciência Penal*, 2/65), que o ordenamento jurídico é um organismo em movimento contínuo, em contínua transformação. E que apenas em seu aspecto formal, a lei não se modifica. Ela se integra e se impregna do espírito do tempo e da sociedade, a que se destina.

A moral é a fonte de inspiração do direito. Embora tenha amplitude maior do que este, naquilo que interesse ao relacionamento ou interação entre os indivíduos do grupo social, merece, através do ordenamento jurídico, a tutela do direito. Aliás, VON LISZT, (ob. cit., II/1), tem-no como objetivando ordenar a sociedade organizada em Estado.

É o homem, pois, vivendo em sociedade, o alvo e a preocupação do direito. Daí, o caráter nitidamente humanista do direito penal. E não foi por outra razão que FELICE BATTAGLIA afirmou que o direito tem função de instrumentalidade, em relação à ética. (“apud” Campos Batalha, *Introdução ao Direito*, 1967, I/71).

Tem, destarte, caráter imperativo, a distinção entre moral e direito, e a conceituação deste como entidade instrumental daquela. No relacionamento com seus semelhantes, o homem se guia por seu senso moral, — uma espécie de bússola espiritual, em que a agulha imantada, conduzida pela consciência, aponta a melhor conduta. Como quer ALVES GARCIA, (*Psicologia Forense*, 1945, pág. 16):

“Senso moral é a faculdade adquirida lentamente de reconhecer intuitivamente e seguramente o bem e o mal, sobretudo nos fatos concretos; a consciência moral é ao mesmo tempo um instrumento de apreciação e de discernimento.”

Tanto a moral, quanto o direito, têm conteúdo geral e abstrato. Geral, porque têm aplicação abrangente, interessando a todos os membros da comunidade. Abstrata, pois cuidam de situações nem sempre definidas, embora, nesse aspecto, o direito, por importar em consequente ordenamento, tenha natureza mais concreta. Leciona BARASSI, (*Instituzioni*, 1914, pág. 9):

“La norma giuridica ha un contenuto astratto, il precetto morale un contenuto più concreto. Tutte e due hanno un carattere di generalità, in quanto la regola di condotta in essa contenuta si riferisce a rapporti che possono verificarsi per un numero indeterminato di persone è il carattere universale e astratto proprio della norma.”

Alguns entendem que se há de discernir entre conceito abstrato e conceito positivo de moral. VICENTE RAO, (Ato Jurídico, nº 55), diz que se o conceito abstrato de moral tem caráter absoluto, tal não acontece com o seu conceito positivo, que seria variável no tempo e na época. O conceito abstrato de moral está condicionado às mutações éticas, dentro da mesma coletividade.

A moral, entretanto, de que se vale o direito, como base, para construir o ordenamento jurídico de um Estado, é a moral pública. E esta nada mais é que o conjunto de normas não escritas, fruto da cultura de um povo, e aceitas, como válidas, pela média dos componentes do grupo social. Tais normas são sancionadas e fixadas, como regras de conduta, pelo ordenamento jurídico, que inquina de nulidade os atos que as violarem (direito civil) ou contrapõe a pena às lesões, cometidas contra elas (direito penal).

Embora o direito, inclusive para inspirar o respeito e o culto dos cidadãos, tenha de possuir condições de solidez e permanência, é de sua condição intrínseca a plasticidade, a natureza dinâmica de seus institutos, até para que ele não se estratifique no tempo, perdendo o "compasso da vida", e ficando alheio aos fatos sociais, que tem por finalidade orientar e regular.

A essa altura, vale lembrar a concepção de CARRARA sobre a origem e o fim do direito penal, o qual, partindo da consideração de delito como um ente jurídico e da ciência do direito penal como uma ordem de razões, que emana das leis morais, jurídicas e que obrigam os legisladores, conclui a legitimidade da repressão e os limites que devem impor-se à mesma, para concluir que o direito criminal é o complemento da lei moral e jurídica.

O Código Penal de 69, a exemplo do de 40, inscreve o adultério como crime. E, na lição de VON LISZT, (ob. cit. I/183), "crime é o injusto contra o qual o Estado comina pena e injusto é a ação culposa e contrária ao direito".

GAROFALO, (Criminologia, trad. port., pág. 93), mestre da escola positiva, define o crime como a violação da parte média e imutável do senso moral das sociedades e acusa os criminosos de faltarem com o sentimento de piedade e ausência dos instintos de probidade. Esses defeitos seriam comparáveis à falta de um órgão ou de uma função fisiológica, e, por isso, os delinquentes seriam seres desumanizados, idéia que o conduz à concepção da anomalia moral do criminoso.

O delito, para os positivistas, tinha sempre um valor sintomático. Sintetizando-o, CARNELUTTI, ("apud" Molina, Derecho Penal, I/147, 1972), disse:

"O delito não é o homem que morre, mas o homem que mata."

Eliminados os pontos controvertidos da escola positiva, é inquestionável que algumas de suas verdades atravessaram o tempo:

- 1º — o determinismo psicológico é que vicia a livre manifestação da vontade do delinquente;
- 2º — a responsabilidade social é a base da responsabilidade penal;
- 3º — o criminoso, seja do ponto de vista biológico, seja psiquicamente, é um anormal.

Ainda recentemente, WILLIAM KICKSON, do laboratório de Psicopatologia da Penitenciária de Chicago, depois de analisar mais de 40.000 convictos, conclui que 99% deles são anormais ou, pelo menos, emocionalmente insanos.

Sob o prisma sociológico, pode, o delito, ser caracterizado como um fenômeno anormal ou psicológico? DURKHEIM, ("apud" Alves Garcia, ob. cit. pág. 10/11), assinala que um fato social é normal, para um tipo social determinado, considerado numa fase, determinada de seu desenvolvimento, quando se reproduz na média das sociedades de sua espécie, e considerada na fase correspondente de sua evolução. O crime é fenômeno social, incidente em sociedades de todos os tipos e de todos os tempos. O progresso material das nações e a consequente evolução social parecem não ter efeito significativo sobre a taxa de criminalidade. O crime, pelo refinamento da educação, pode mudar de forma, mas sua incidência não cai, conforme o testemunho das estatísticas oficiais, as quais revelam a manutenção das taxas de delinquência nas diversas comunidades. O crime é, pois, fenômeno social, próprio das comunidades, independentemente do estágio de desenvolvimento, em que se encontrem.

Na etiologia do crime, nunca é demais pesquisar a causalidade biológica. Após os pretéritos fundamentos da teoria fisiognômica, que afloraram com LOMBROSO, tem-se multiplicado as tentativas de classificação dos delinquentes, segundo suas deficiências psico-somáticas. Desse modo, se LOMBROSO, ("O Homem Delinquente"), deu vaza à criação da teoria psiquiátrica da herança criminal e GORIG, com sua diátese criminal, emprestou importância secundária ao meio, LANGE, ("O Crime Como Destino"), através do estudo dos gêmeos vitelíneos, na área penal, ressaltou o fato endógeno da delinquência.

A divulgação da atividade hormonal no Homem, quase cria uma endocrinologia criminal, como lembra ALVES GARCIA, eminente escritor e médico, do Manicômio Judiciário, do Rio de Janeiro, (ob. e loc. cit.). A tipologia de SHELDON ensaia a criação de uma escola própria. E a sintomatologia patológica, descrita à luz da herança cromossômica, por certo vai encontrar novos rumos, para o estudo da etiologia do delito, no âmbito da Medicina-Legal.

Contudo, e a despeito das recentes pesquisas médico-legais, atinentes à matéria, não se pode perder de vista as escolas sociológicas alemã e francesa, (VON LISZT e LACASSAGNE), que impunham a influência do meio social, sobre o caráter delitivo do homem.

Diante da moderna contribuição médico-legal, entretanto, avulta a importância da constituição psico-somática do delinquente, para a aplicação do direito. Hoje em dia, o criminoso é julgado não somente pelo crime que cometeu, senão também pelas circunstâncias que cercaram o ato delitivo (art. 42, do Código Penal).

BETTIOL, (Dir. Penal, 1971, II/73), estudando o assunto, afirma:

“Se a lei formaliza e embalsama o homem na fria expressão de “aquele que”, com a qual se abre qualquer artigo do código, é sempre exato que nos subterrâneos se fermenta e se agita a série multicolor das personalidades humanas, diversas entre si por razões intelectuais, caracterológicas e sociais. É sob este aspecto que é considerado o problema de adequação entre sujeito e ação que muitas vezes recordamos.”

São consideradas doenças mentais, na lição de BETTIOL, (ob. cit., pág. 75), as doenças mentais verdadeiras, as psicoses, as doenças ou alterações das funções intelectivas ou volitivas do agente, que alteram a percepção da memória, a ideação, a voluntariedade etc. E conclui:

“Uma grave alteração dos instintos (por exemplo, no campo sexual) pode constituir também matéria para uma conclusão a respeito da presença de uma *personalidade psicopática* incapaz de direito penal.”

Em sendo assim, fica assinalada a livre manifestação da vontade, como condição “sine qua non”, para a punibilidade dos atos antijurídicos. E, com isso, cresce o raio de influência da Medicina Legal, na fixação da responsabilidade penal. Na área da psicologia forense, propriamente dita, é que deveríamos incluir o estudo dos limites normais, biológicos, mesológicos e legais da responsabilidade penal e da capacidade civil.

Positivamente, poucos são os delitos em que mais instante se faz o estudo da sanidade do agente, do que no delito de adultério. Notadamente, a adotar-se a tese, que goza dos favores da maioria da doutrina, de que as relações sexuais, ainda que fora do “vas” idôneo, constituem elemento material do crime.

As anomalias da sexualidade, que integram a sexologia forense, são, muitas vezes, motivos condicionantes e restritivos da livre expressão da vontade. No quadro das perversões sexuais, aquela que apresenta sintomatologia mais precisa é a ninfomania ou uteromania, vulgarmente conhecida por "furor uterino". Aí, o componente amoroso desaparece, restando a frieza. Perde a mulher, a possibilidade de atingir o orgasmo, embora tenha desejo sexual. Segundo FLAMÍNEO FAVERO, (Medicina Legal, 1966, II/173), as causas dos transtornos da sexualidade apresentam-se, muitas vezes, como verdadeiros sintomas de males mentais adquiridos.

Já LEONÍDIO RIBEIRO, (Medicina Legal, 1933, pág. 356 e ss.), fala da estreita conexão entre a teoria sexual das neuroses com as perversões:

"...não há um só neurótico que não apresente tendências homossexuais."

Muitos sintomas, apresentados pelos neuróticos, apenas traduzem a inversão em estado latente. De acordo com esse mestre nacional, a própria paranóia não passaria de uma tentativa de repressão de impulsos homossexuais violentos.

Em outra obra sua, LEONÍDIO RIBEIRO se manifesta favoravelmente à teoria que explica o homossexualismo masculino

"como resultante de uma predisposição congênita, de natureza somática, ligada a alterações do equilíbrio do funcionamento das glândulas endócrinas."

(De Médico a Criminalista, 1967, pág. 237).

Parece certo, segundo a psicanálise, que o coito anal releva fixação anal da libido; ao passo que a cunilíngua e a felação resultariam de sua fixação oral. De qualquer forma, porém, essas e outras atividades anômalas da sexualidade, capítulos da sexologia forense, revelam ser seus executores, as mais das vezes, personalidades psicopáticas.

FREUD tentou explicar, em sua teoria psicogenética, a inversão sexual, à base de recalques e complexos, oriundos da infância. A melhor doutrina, contudo, ensina LEONÍDIO RIBEIRO, (De Médico a Criminalista, 1967, pág. 238), dissociou-se do pensamento do sábio austríaco, atribuindo a essa anomalia uma causa ou predisposição orgânica, considerando-se elemento agravador a influência do ambiente, especialmente até a puberdade. E conclui:

"O desenvolvimento da endocrinologia e os recentes estudos experimentais sobre as glândulas de secreção interna trouxeram novas luzes a esse ramo da biologia, e especialmente aos estudos das anomalias do instinto sexual." (Ob. e loc. cit.).

DESMAREZ, (Manuel de Medicine Légale, 1967, pág. 420), e HÉLIO GOMES, (Medicina Legal, 1966, pág. 459), dão, por portadores de doenças mentais, os perversos sexuais. Inquestionavelmente, a homossexualidade encerra grave problema médico-psicológico, ademais de ser séria questão social. Ao que parece, o tratamento médico e a psicoterapia tem-se revelado de pouca valia, para a solução do problema da homossexualidade, masculina ou feminina.

Uma das enfermidades mentais, que costumam conduzir ao adultério, é o erotismo, cujo principal sintoma é o aumento desordenado do desejo sexual.

Sem falar na satiríase, no priapismo ou na eretomania, — formas mais acentuadas do caráter patológico do erotismo, este nada mais é do que a exaltação temperamental do desejo.

O erotismo feminino, de feição temperamental, marcado pela incontinência, denomina-se ninfomania. A mulher portadora desta enfermidade, diz HÉLIO GOMES, (ob. cit., pág. 442/443), pode ir ao crime, a excessos escandalosos, à prostituição, ao suicídio, enfim, "as mulheres facilmente se prostituem ou cometem adultério".

Os portadores de erotismo são pasto do mais desenfreado apetite sexual, ao qual são obrigados a atender por compulsão inafastável. De ordinário, são praticantes, quando não vítimas, dos delitos do sexo.

Para HÉLIO GOMES, (ob. e loc. cit.), determinadas formas de alienação mental às vezes começam por um exagero anormal do apetite sexual: paralisia geral, psicose maniaco-depressiva etc. Ainda para o mesmo autor, a endocrinopatia determina, ou facilita, o aparecimento da perversão (ob. cit., pág. 459).

Embora não sejam, as anomalias da sexualidade, infensas às causas sociais, tem-se, por certo, que a função dessas é, precipuamente, de agravar ou precipitar o fenômeno. Na origem da doença mental de fundo sexual, vamos encontrar causas de origem patológica. Na psiquiatria, uma corrente afirma que a infidelidade marital constitui expressão-sintoma de possível neurose básica subjacente. E, não poucas vezes, é punido o agente a quem a enfermidade tornou penalmente irresponsável.

Na delicada teia da convivência conjugal, as rupturas não se observam "ex abrupto", mas seguem um processo lento, que só o sobrevir da moléstia pode acelerar. Os delitos de infidelidade conjugal tem que ser vistos com critério especial de valoração. Não trazem, eles, a simplicidade ou menor complexidade das infrações contra a vida ou contra o patrimônio.

Sobre o assunto, há um escólio precioso de CAPRIO, (Infidelidade Conjugal, 1967, pág. 16 e ss.):

"Toda mulher e todo homem tem personalidade dupla. Uma parte de nós deseja viver à altura de nosso código moral (o 'Superego', de Freud), enquanto a outra deseja zombar dele, (o 'Id', também de Freud)."

Na verdade, moram, dentro de cada um de nós, anseios e desejos, que necessitam receber a orientação e a disciplina de nosso senso moral. Todavia, o sentir moral varia de homem para homem, segundo as regras do berço ou aquelas hauridas com a educação. Diferimos de força moral como diferimos de força física.

A exclusão do erotismo (ninfomania, entre as mulheres), catalogado, por todos os autores, no quadro das doenças mentais, as demais perversões sexuais colocam-se em zona cinzenta, gerando controvérsia sua classificação patológica.

Constitui, sem dúvida, séria dificuldade para o julgador, ao editar o "decisum", aplicar, ao caso concreto, o disposto no art. 42, do Código Penal. Os meandros de natureza subjetiva, que sobreparam na decisão, desafiam a argúcia e a inteligência do aplicador da lei, para que não sofra lesões, a estrutura lógico-jurídica da sentença.

A EXCLUSÃO DO DELITO DE ADULTÉRIO DO CÓDIGO DE 1969, COMO IMPERATIVO DE DIREITO

Diante do exposto, por que, então, capitular, na lei penal, o delito de adultério? Não seria, ele, antes e apenas, um ilícito civil? Por que punir o infrator penalmente, (art. 240, do Código Penal) e civilmente, (art. 317, I, do Código Civil)?

O adultério é, antes de tudo, ato de infidelidade. E, consoante a lição de CAPRIO, (ob. cit., pág. 14), a infidelidade envolve deslealdade. É um abuso de confiança, da confiança de alguém. Sendo o casamento uma sociedade, a falta da fideducía cria situação incompatível com a existência da vida em comum, pelo que a sociedade está consequentemente desfeita.

A família é uma das instituições em que se apoia o Estado moderno. Enquanto preservada a sanidade da família, tem, o Estado, condições de viabilidade. Pode passar por vicissitudes, manter estado de beligerância com potências estrangeiras, enfrentar convulsões internos, ser assolado por cataclismos e hecatombes. Pode, por tudo isso, passar e, todavia, restabelecer-se, desde que sua principal base de sustentação — a família — permaneça sã.

Inegavelmente, a família estrutura-se em torno do casamento. A despeito da onda avassaladora de desquites, do assédio que lhe movem os adeptos do amor livre e outras teorias amorais, o matrimônio é o melhor selo garantidor da integridade familiar.

Daí, decorre a preocupação do Estado com a família e que se cristaliza na Constituição Federal, que soa:

Art. 175 — A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

Quando se propõe, a Lei Fundamental, a estender o manto de sua proteção à instituição jurídica da família, o objetivo que, sobretudo, persegue é a preservação da família, como instituição social. Isso se depreende do fato de que a proteção constitucional não se restringe às famílias de nacionais, — que são presas pela indissolubilidade do vínculo —, mas se estende às famílias estrangeiras, instituídas em seus países originários, nos quais o ordenamento jurídico admite o divórcio a vínculo.

A família, como instituição, tem suas bases solidamente plantadas, mas não é um bloco estático. Ela tem vida e absorve, no fluir dos tempos, as mudanças ditadas pela evolução social. Quando o processo evolutivo se acelera, o direito e a moral cuidam de frenar o ritmo apressado das transformações sociais, no âmbito familiar. Faz-se necessário que as mudanças sejam absorvidas e trabalhadas pela moral pública, para, depois de aceitas, integrarem a instituição familiar, quando, então, não lhe causam perda.

Sobre o assunto, PONTES DE MIRANDA, (Comentários à Constituição de 1967, 1968, VI/301), professa:

“Tanto é pernicioso querer-se que ela (família) continue de ser o que antes fora, tal como seria, por ex., a família romana, quanto querer-se a sua extinção. Na vida real, esses dois tipos se sucedem e se digladiam: o dos reacionários, que pretendem para o sol, as coisas, a evolução; o dos revolucionários que lutam pelas forças simplistas da extinção. Regra sábia de política é *construir* o que se há de colocar no lugar em que se *destruiu*, ou se *vai destruir*

.....
A grande superioridade dos povos nórdicos está em que não se apegou a formas mortas da instituição da família; nem se lançou em teorias catastróficas, derrubadoras da instituição. A experiência histórica tem mostrado que as catástrofes vêm nos países em que os reacionários mais atuam.”

Mais do que a instituição jurídica da família, visa, a Constituição, a garantir a ela como instituição social. Tanto merece proteção constitucional (ou do Estado) a família presa pela indissolubilidade do vínculo, como é essa proteção estendida às famílias estrangeiras, onde outras são as regras de direito de família.

No nosso direito positivo, quando ordena as coisas da família, observa-se incontestável influência do direito canônico. Todavia, no que diz respeito às uniões extra-legais e à adulterinidade dos filhos dos desquitados, a lei ordinária tem recebido o influxo da evolução social, e, em consequência, criado novos conceitos e novas normas reguladoras das relações familiares extra-legais. Cumprindo sua orientação histórica de dar o lineamento geral da vida do Estado, a Constituição Federal só fez insculpir, em seu texto, de forma mandamental, a disposição sobre a indissolubilidade do vínculo conjugal, assim como somente pôs sob tutela especial a família legitimamente constituída.

Pôde, destarte, a lei ordinária, iniciar um lento processo de adequação dos interesses familiares às exigências da evolução social. A legislação previdenciária e a de infortunistica romperam os liames e tradições contrárias ao bem-estar da coletividade e à segurança dos cidadãos e deram novo ordenamento aos direitos da companheira, no mesmo passo que atenuaram a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, para fins de percepção de vantagens indenizatórias.

* * *

O direito penal brasileiro, inspirado no alemão, pune o crime de adultério do marido ou da esposa, indiferentemente. VON LISZT, (ob. cit., pág. 160), porém, ensina que o período filosófico do direito alemão via no adultério, somente a ofensa de um direito puramente civil, resultante do contrato matrimonial, o direito à prestação do dever conjugal e ao exclusivo comércio carnal.

Entre nós, NELSON HUNGRIA pôs sua pena e seu gênio na defesa da manutenção do adultério, no elenco dos crimes previstos na lei penal. A Exposição de Motivos diz que "não há razão convincente para que se deixe tal fato à margem da lei penal". A maioria dos penalistas nacionais acompanha o pensamento de NELSON HUNGRIA, relativamente ao assunto.

Não é de agora, entretanto, que a doutrina, nacional e alienígena, se encontra dividida. Entre os escritores, que já se manifestaram contrariamente à capitulação do adultério, como delicto, podemos citar, entre outros: BECCARIA, VOLTAIRE, FILANGHIERI, PESSINA, LUCCHINI, FERRI, PUGLIA, TISSOT, PIROMALLO, POZZOLINI, MANZINI e, entre nós, LEMOS BRITO, HELENO FRAGOSO e HÉLIO GOMES.

No mesmo sentido, manifestou-se, em resolução, o IX Congresso Internacional de Direito Penal:

"L'adultère ne doit pas être pénalement incriminé." ("in" DESMAREZ, ob. cit., pág. 366).

O adultério é, sobremaneira, uma ofensa aos bons costumes. Nossa lei, a exemplo da alemã, não definiu o que sejam "bons costumes".

mes". A eles, referiu-se no art. 17, da Lei de Introdução ao Código Civil, ao dar por ineficaz as leis e atos estrangeiros que os violarem. Bons costumes, diz VICENTE RAO, (ob. cit., nº 56), é o modo constante de se proceder de acordo com os ditames da moral social, segundo cada povo a concebe.

Não procedendo segundo determina a moral pública, que se encontra resguardada pelo ordenamento jurídico, age, o indivíduo, "contra legem". Pratica um ilícito civil.

Não há distinção ontológica entre ilícito civil e ilícito penal. Em ambos, confundem-se os iguais pressupostos éticos: imputabilidade do evento ao livre ato volitivo do agente e a lesão à norma escrita preexistente.

"Dans tous les domaines, la faute comporte deux éléments, l'un surtout objectif, le devoir violé, l'autre plutôt subjectif, l'imputabilité à l'agent."

(RENÉ SAVATIER, — Traité de la Responsabilité Civile, 1951, I/5).

Com relação ao ato ilícito, cabe dizer que toda conduta é lícita, à exceção, é claro, das ilícitas. E ato ilícito, como define CLÓVIS, (Teoria Geral do Direito Civil, 1975, pág. 270), é o que, praticado sem direito, causa dano a outrem. Ou, conforme VON TUHR, (ob. cit., pág. 135), o ato é ilícito, quando contraria as normas dos direitos público e privado.

Em direito, não se prescreve a conduta lícita, mas, apenas, aquela que não o é. As leis, muitas vezes, estabelecem a conduta legal, através de seus mandamentos, ao dizer, por exemplo, que: "o credor tem direito a exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial, ou notadamente, a dívida comum" (art. 904, do Código Civil). Nesse caso, não está, contudo, a norma criando a conduta lícita, nem criando direitos, mas delimitando as dimensões da conduta lícita, e lícita porque não é vedada.

Tratando do assunto, ensinou Kelsen, (La Teoria Pura del Derecho, Bs.As., 1960, pág. 44):

"Quando o ato do indivíduo não está proibido por uma norma jurídica, o direito positivo impõe aos demais a obrigação de não impedir seu cumprimento. Uma conduta que não está juridicamente proibida, está juridicamente permitida."

É, ainda, o mestre vienense que afirma as normas jurídicas são positivas, porque foram criadas por um ato cumprido no espaço e no tempo, por indivíduos que possuem a qualidade de órgãos ou membros da comunidade constituída por tal órgão. (KELSEN, Teoria General del Derecho y del Estado, trad. mej., 1950, pág. 3, 116 e 117).

De um modo geral, a lei descreve uma conduta típica, a que corresponde uma sanção. A conduta não é objeto de sanção porque lesa determinados princípios, valores ou interesses. Ela é sancionada porque colide com a norma vigente e criada por órgãos, para tanto qualificados. BINDING já dizia que o infrator não viola a norma, mas com ela se adequa. A lei não proíbe furtar, apenas comina uma sanção a quem o faz.

Adequando-se, pois, à norma legal, ao impedir ela determinada maneira de procedimento, pratica, o agente, o ato ilícito.

Se o ato jurídico lícito tem o condão de gerar faculdades para o agente, certo é que o ato ilícito, ao invés de faculdades, gera obrigações e deveres. E tal ocorre pelo fato da ilicitude do ato ferir direitos alheios, pois se não os ferisse, seriam indiferentes ao ordenamento jurídico, e, "ipso facto" lícitos seriam.

O ato ilícito exige, originariamente, e tomado abstratamente, determinados pressupostos, que CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA assim classifica:

- a) uma conduta, que se configura na realização intencional ou meramente previsível de um resultado exterior (Ennecerus);
- b) a violação do ordenamento jurídico, caracterizada na contraposição do comportamento à determinação de uma norma (Ennecerus);
- c) a *imputabilidade*, ou seja, a atribuição do resultado anti-jurídico à consciência do agente;
- d) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia, pois, enquanto permanecer inócua, desmerece a atenção do direito." ("in" Instituições, I/562/563).

Há os que entendem o ilícito civil como atípico, para diferenciá-lo do ilícito penal, que obedece à tipificação. Todavia, o ilícito civil assim o é, na medida que infringe a norma reguladora da espécie. Não havendo lei expressa, nem havendo transgressão a texto legal, porventura existente, não há que se falar em ilícito civil. Será, se colidir com os bons princípios, transgressão de natureza moral.

O simples fato de o adultério configurar ilícito civil, resguarda os interesses da instituição familiar. Qualquer lesão dos deveres matrimoniais cria novos encargos e estabelece novas responsabilidades entre os cônjuges. Desde a edição da sentença constitutiva de desquite, com seu caráter jurígeno, até a possível fixação de pensão alimentar e outros consectários previstos em lei.

O direito penal tem seu âmbito e finalidades específicas. O que pertence à esfera civil, nela deve ser resolvido. É princípio que melhor se harmoniza com a função social do direito. O direito penal tem caráter eminentemente repressivo, ao passo que o direito civil tem na-

tureza reguladora, mais afim com os problemas conjugais, advindos da infidelidade marital. Analisando a questão, à luz das idéias positivas, dizia PUGLIA, em seus "Prolegomenos", que é, justamente, sob essas idéias que se aprende o fato de que o poder social não tem nenhuma missão divina a cumprir, senão uma tarefa simplesmente humana, já que seu objeto é manter a ordem social e promover o bem-estar material e moral de todos os associados.

Que o adultério deva ser punido, por importar em violação aos interesses da família e do Estado, é coisa fora de discussão. A transposição, contudo, para a esfera penal, de matéria eminentemente civil, é que não se coaduna com a orientação ontológica do direito penal. O casamento, embora seja matéria de interesse público, é contrato de direito privado. Dele, a Sociedade não é parte.

A honra do sexo, na vida dos adultos, — já lembrava ROBERTO LYRA —, "se encontra na resistência à pressão animalizadora, na réplica do estudo, do trabalho, da luta, sem prejuízo do sentimento e do respeito próprio." ("In" Direito Penal Normativo, 1975, pág. 81).

Não pode, a lei, afastar-se de sua fonte de inspiração, que é a moral média do grupo social, cuja interação vai regular. Não pode ir além, pois perderia seu sentido de comando. Não pode quedar-se aquém, pois seria o caos.

Deixando de interpretar o sentir da média da população, torna-se, a lei penal, inadequada para sua missão de, pela ameaça e pela repressão, afastar o crime. Cabe, aqui, reproduzir o conselho de PIROMALLO (Enc. Forense, 1958, I/112):

"La legge punitiva deve, nei suoi comandi o divieti, calcolare sulla morale media. Se si volesse imporre una morale di eccezione la norma penale rappresenterebbe, con la sua sanzione, una minaccia davvero vana e certamente inadatta a prevenire il reato."

A evidência, a lei penal se efetiva por intermédio da sanção, que deve ter caráter recuperativo e, não, meramente retributivo. Entrementes, no delito de adultério, as penas são de tal forma ínfimas, que se desfiguram, não tendo nem caráter recuperativo, nem retributivo, nem qualquer outro. (Art. 240 — Pena: detenção de quinze dias a seis meses).

No Código Penal italiano a pena máxima alcança um ano, e, ainda assim, mereceu o desfavor de MAGGIORE, (ob. cit., pág. 652), que entendia ser preferível abolir o delito, a manter a pena ridícula, que, para o mesmo, é cominada. Aliás, para o mestre peninsular, a pena, sempre leve, para essa espécie de crime, parece obedecer a critérios de "assoluta convenienza", (ob. e loc. cit.).

Outro aspecto que desnuda o lado negativo da incriminação do adultério, é o fato de serem extremamente raros os processos penais, com fulcro nesse delito. Há magistrados que se aposentam, sem nunca ter postos os olhos sobre processo de tal natureza. Justamente por isso, SOLER, (*Derecho Penal Argentino*, 1945, 3/334), ao discorrer sobre o crime de adultério, disse:

“Vamos a estudar, pues, una figura delictiva que entre nosotros goza de tan poco prestigio doctrinario como estadístico.”

TISSOT, (*Droit Criminel*, tom. 2, pág. 216 e ss.), via no adultério a violação de um dever jurídico e, não, um crime. Baseava-se no fato de que não há um princípio jurídico constante, em que possa a punição penal apoiar-se. E POZZOLINI, (“apud” Heleno Fragoso, *Lições de Dir. Penal*, 1965, 3/712), afirma que o adultério ainda é considerado crime somente pela lei da inércia. E diz que “a dissolução do vínculo conjugal constitui, na sociedade atual, sanção jurídica bastante”. FRAGOSO, (ob. cit., pág. 713), adere à corrente contrária à capitulação do crime de adultério.

Quem, contudo, produziu a melhor página sobre o assunto, foi MANZINI, (*Tratatto di Diritto Penale*, 1963, VII/680), que, advogando a não inclusão do adultério no estatuto repressivo, considera inútil e inoportuna a incriminação desse ilícito civil:

“Inutile e inopportuna, appunto, perchè la minaccia penale (lo si può assicurare con piena certezza) non ha impedito e non impedirà neppure un adulterio: e i rarissimi procedimenti per questo delitto, posti in relazione all’infinito numero degli adulteri, da un lato attestano che gli stessi offesi nella maggior parte dei casi hanno il buon senso di preferire mezzi reattivi diversi dalla querela, e, dall’altro, non fanno che suscitare scandali socialmente e familiarmente dannosi, esponendo inoltre al ridicolo l’ingenuo che, al tradimento subito, ha voluto aggiungere le pubbliche beffe.”

Por outro lado, a etiologia do crime tem-se condicionado, cada vez mais, ao estudo dos fatores exógenos e endógenos. Entre estes, a anomalia cromossômica, como elemento subjacente da personalidade do delinquente. Não é possível fazer a adequação do fato ao delito-tipo, com fundamento, apenas, nos preceitos técnicos.

GRAF ZU DOHNA, citado por Cernicchiaro, (*Ciência Penal*, 2/62), observa ser um grande erro, em que incorre grande parte da teoria e toda a prática, crer que o material crítico para a valoração jurídica da conduta humana, está integralmente contido nos preceitos técnicos formados. Por isso, afirma ele, é condição primordial dispor de um critério para medir o conteúdo do direito positivo.

A melhor orientação, pois, é a que entende seja, o adultério, tido apenas por infração civil. É na área civil que a infidelidade conjugal vai produzir, à exaustão, todos os seus efeitos. Não seria com a incriminação da deslealdade do cônjuge, que se extingiria esse malefício social. Com penas adequadas, não foi possível, até aqui, fazer baixar a taxa de criminalidade, no que tange aos demais delitos.

É de se vincar que a capitulação do crime, desconhecida de muitos, não é de serventia mesmo para os que a conhecem. Via de regra, o cônjuge traído busca no desquite, o remédio para o mal. E, com sabedoria, já que a invocação ao Código Penal, daria, ao desfazimento do lar, uma feição de escândalo, altamente nociva e de profundas repercussões, no seio da família, e, notadamente, da prole.

Outra questão que se deve levantar, é a da possibilidade de decisões injustas, em face do largo espectro dos atos sexuais, que se tem por incriminadores. A tese sufragada por CARRARA, da caracterização do adultério somente com a "*seminatio intra vas*", não é acolhida por todos. E isso torna o crime de prática corrente, entre portadores de anormalidades psíquicas, incapazes para o livre entendimento do delito praticado. Ainda na cúpula normal, poderia ela ser executada, por ninfômana ou paciente das formas masculinas do erotismo, os quais, para fugirem a ridículo maior, não alegariam alienação, em sua defesa, contentando-se com a humilhação da pena. E é preciso ter em mente, como queria VON TUHR, (ob. e loc. cit.), que "*a declaração de vontade* emitida em estado de inconsciência não é realmente uma declaração, mas a aparência dela".

E não seria, a condenação penal do adultério, ao lado do que dispõe o art. 317, item III, do Código Civil, a aplicação, no direito nacional, do "*bis in idem*"? É evidente que sim. Daí a necessidade de ser eliminada, no Código de 1969, a incriminação do adultério.