

## **A TRAJETÓRIA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ADULTÉRIO NO DIREITO BRASILEIRO: uma análise à luz das transformações sociais e da Política Jurídica**

**Atilio de Castro Icizuka, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad Abdallah<sup>1</sup>**

### **SUMÁRIO**

Introdução; 1 – O Adultério no Direito Brasileiro; 2 – As transformações sociais e a Política jurídica; 3 – A Teoria Tridimensional do Direito: um instrumento de análise do Direito; 4 – Estudos de Casos; Considerações Finais; Referências.

### **RESUMO**

O presente trabalho visa investigar a evolução do tratamento dado ao Adultério no Direito Penal brasileiro, no qual, até recentemente, era tipificado como crime. Diversos fatos ocorridos no último século provocaram uma mudança no entendimento da sociedade quanto à conveniência da intervenção do Estado na vida privada dos cidadãos. Em consequência, a legislação penal que considerou o Adultério um crime contra a família e o casamento terminou por acompanhar essas mudanças, sofrendo reformas até que a prática foi finalmente descriminalizada. Essa trajetória será analisada neste artigo segundo o enfoque da Política Jurídica, que percebe o Direito como ele deve ser, considerando o aspecto axiológico da experiência jurídica. A análise se utilizará da Teoria Tridimensional do Direito de MIGUEL REALE, que fornece uma importante ferramenta para entender o Direito como uma experiência histórico-cultural.

**Palavras-Chave:** Adultério – Direito – Direito Penal – Política Jurídica – Teoria Tridimensional do Direito.

### **ABSTRACT:**

The goal of this paper is analyze the legal treatment that Brazilian Criminal Laws regard to adultery, which was consider as a crime until recently. Several facts occurred in the last century causes a change on the society perception about the convenience of the State's interference on citizen's private life. As a result, the legal system that once consider adultery as a crime against family and marriage had to follow those changes on society's point of view and the Criminal Laws were reformed until that practice were finally not considered a penal offence anymore. That evolution of Brazilian's penal laws over the time

---

<sup>1</sup> Mestrandos em Ciência Jurídica na UNIVALI-SC. O primeiro: Auditor fiscal da Receita Federal (Delegacia de Itajaí/SC) O segundo: Juiz de Direito no Estado de Mato Grosso, jurisdicionando na 3ª Vara Cível da comarca de Alta Floresta-MT.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

will be examined according to Legal Policy, that realize law the way it ought to be, considering it's axiological aspect. The analysis will be based on The Tridimensional Law Theory, created by MIGUEL REALE, an important tool to understand law as a historical-cultural experience.

**Key-words:** Adultery – Law – Criminal Law – Legal Policy – Tridimensional Theory of Law.

## **INTRODUÇÃO**

A prática do Adultério era capitulada como crime no Direito Penal<sup>2</sup> Brasileiro até o advento da Lei n. 11.106/05, publicada no Diário Oficial da União em 29.03.05. Entretanto, muito antes disso, eram raros os processos criminais requerendo a aplicação da pena. O que ocorria mais freqüentemente era a alegação de sua prática com o objetivo de fundamentar pedidos de divórcio e indenizações por danos morais em processos cíveis.

Mas, houve época em que o Adultério era crime passível de pena capital. As Ordenações Filipinas (1603), legislação aplicada no Brasil colonial, previam a pena de morte para a adúltera e o amante<sup>3</sup>. Ainda hoje, existem países onde o Adultério é considerado crime punível com a pena de morte. Em certos países mulçumanos como o Irã e a Nigéria, a pena aplicada aos adúlteros é a lapidação, que consiste em enterrar as vítimas até o peito ou o pescoço e apedrejá-las até a morte<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Segundo FERNANDO CAPEZ, in **Curso de Direito Penal. v. 1. Parte Geral**. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2005. p.1, Direito Penal é "o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descreve-os como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções".

<sup>3</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 2 ed. v. 3. São Paulo:Saraiva, 1990. p. 183.

<sup>4</sup> Ver o sitio da Anistia Internacional: "<http://web.es.amnesty.org/pena-muerte-iran/>".

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

Independentemente de ser considerado crime, o Adultério sempre foi tido como uma grave violação dos deveres matrimoniais, o que justificaria a intervenção do Estado com o objetivo de proteger a família, a moral e os bons costumes.

O Código Penal Brasileiro vigente previa o crime de Adultério no Título VII da Parte Especial, intitulada: "Dos Crimes Contra a Família", o artigo 240 estava no Capítulo I, que tinha como título: "Dos Crimes Contra o Casamento".

Historicamente a prática de Adultério costumava ser punida com mais severidade quando praticado pela mulher do que quando praticado pelo homem. Um bom exemplo disso é o artigo 279 do Código Penal Brasileiro de 1890, que punia a mulher adúltera com a pena de prisão celular de um até três anos, a mesma pena somente se aplicava ao marido adúltero se este mantivesse uma concubina "teúda e manteúda", ou seja, caso sustentasse uma amante. Quando o homem mantinha uma simples relação sexual fortuita fora do casamento não havia crime.

Atualmente, embora este tipo de discriminação não subsista na legislação Brasileira, nem nas leis dos países desenvolvidos, a sociedade continua vendo a conduta de forma diferenciada, dependendo do gênero de quem realiza o Adultério.

O Adultério era (e ainda é) considerado como uma força desagregadora e destruidora do relacionamento conjugal, muitas vezes tornando a convivência matrimonial impossível, mas a sociedade brasileira optou por deixar de tratar essa prática como crime. Muitos fatos ocorridos ao longo da história do país no século passado contribuíram para isso, entre as quais podemos citar: a mudança da condição da mulher na sociedade; a flexibilização das relações familiares, o que alargou o conceito de família, que passou a incluir a união estável e até mesmo as uniões homossexuais; a secularização da sociedade, assim entendido como o progressivo afastamento do Estado da Igreja, que

deixou de legislar em função de dogmas e preconceitos religiosos; e até mesmo a democratização do País, que contribuiu para aumentar a percepção da necessidade de liberdade individual e do respeito à privacidade contra as interferências espúrias do Estado.

Tal evolução da sociedade foi seguida, ainda que com certo atraso, pelo Direito<sup>5</sup>, tendo o legislador brasileiro mitigado a pena aplicada ao Adultério nas sucessivas normas que, ao longo da história do Brasil, tratavam dessa prática como crime.

Intencionalmente ou não, o legislador brasileiro tipificou o crime no último dispositivo legal vigente<sup>6</sup> que tratava do Adultério na Lei Penal de tal forma que a sua caracterização e aplicação tornaram-se bastante difíceis.

Também relevante é o fato de que, antes mesmo de sua revogação, o dispositivo penal era raramente aplicado, pois nos últimos anos de sua vigência já havia perdido o seu fundamento axiológico. Este fato demonstra com clareza que o Direito é um fenômeno histórico-cultural e uma das ferramentas mais eficientes para a análise da norma é a Teoria Tridimensional de MIGUEL REALE, que aborda o fenômeno jurídico nos seus aspectos axiológicos, sociológicos e normativos.

A existência de um dispositivo de lei formalmente válido, mas tornado sem eficácia pela superveniência de mudanças no plano dos fatos e valores, até se tornar necessária a sua revogação, demonstra que a validade da norma deve ser apreciada não apenas em termos de vigência ou de obrigatoriedade formal

---

<sup>5</sup> Na lição de PASOLD: "Direito é o elemento valorizador, qualificador e atribuidor de efeitos a um comportamento, com o objetivo de que seja assegurada adequadamente a organização das relações humanas e a justa convivência, tendo a Sociedade conferido ao Estado o necessário poder coercitivo para a preservação da ordem jurídica e a realização da Justiça." (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica. Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito.** p. 71.).

<sup>6</sup> Trata-se do art. 240 do Código Penal de 1940, revogado pela Lei n. 11.106/05, publicada no Diário Oficial da União em 29.03.05.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

dos preceitos jurídicos, mas também de eficácia ou da efetiva correspondência social ao seu conteúdo e de seu fundamento axiológico, que é o valor capaz de legitimá-la numa sociedade de homens livres, conforme ensina MIGUEL REALE<sup>7</sup>.

Também para a teoria e práxis da Política Jurídica, ciência que trata do Direito como ele deve ser<sup>8</sup>, é fundamental pensar nos fundamentos axiológicos da norma, pois, para a criação de um Direito melhor é preciso que este acompanhe a evolução cultural da sociedade.

Assim, a Teoria Tridimensional será a ferramenta utilizada para analisar o fundamento da norma e o método utilizado nesta análise será o indutivo<sup>9</sup>.

Inicia-se o estudo fazendo um relato histórico das Leis Penais que trataram do tema e expondo-se o conceito jurídico do Adultério, a seguir apresenta-se um conceito de Política Jurídica, buscando nela entender o processo de criação e revogação de normas de acordo com a evolução da sociedade e de mudanças em seu conceito de justiça. Na seqüência, é vista a Teoria Tridimensional do Direito que será utilizada como instrumento de percepção jurídica, assim entendida como a ferramenta com a qual se examina a norma jurídica, descrevendo-a e emitindo juízo valorativo a respeito dela. Encerra-se este trabalho com um estudo de casos e a seguir serão feitas as considerações finais.

## **1 O ADULTÉRIO NO DIREITO BRASILEIRO**

---

<sup>7</sup> REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p 15.

<sup>8</sup> Confirme definição de HANS KELSEN exposta na primeira página de sua obra (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Prólogo à 1a edição. Tradução de João Baptista Machado, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 228 p.).

<sup>9</sup> Método que consiste em "(...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral." (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica. Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. p. 104.).

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

O Adultério, segundo JOSÉ NÁUFEL<sup>10</sup>, pode ser definido como “a quebra intencional da fidelidade conjugal, consistindo em ter a pessoa casada, tanto o homem como a mulher, relações sexuais com pessoa de sexo oposto que não seu cônjuge.”, ou como “a profanação do leito nupcial, a violação da fé conjugal” conforme GALDINO SIQUEIRA, citado por PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR<sup>11</sup>.

Este último autor lembra que o Adultério é punido desde tempos imemoriais, sendo que a lei Mosaica aplicava a pena de morte por apedrejamento (lapidação) aos infratores. Infelizmente, como já se mencionou anteriormente, essa pena bárbara ainda é aplicada em certos países.

PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR apresenta em sua obra um interessante histórico sobre as leis que tratavam do adultério desde o Direito Romano, a seguir reproduzido:

O adultério é punido desde tempos imemoriais. A lei mosaica aplicava a pena de morte por apedrejamento (lapidação), ao adúltero e à mulher.

Em Roma, inicialmente a punição do adultério fazia parte do *judicium domesticum*, realizado pelo *pater familias*, que podia até mesmo matar a adúltera e o amante.

Ao tempo de Augusto, a *lex Julia de adulteris* fez do adultério e de todos os *delicia carni* crimes de ação pública. A mulher era punida com o degredo, com o confisco de metade dos bens, com a infâmia e com a obrigação de portar trajes especiais. Reconhecia-se ao marido o direito de matar a mulher, pelo *impetus dolori*.

No século III, Alexandre Severo (Constantino) e Constâncio passaram a punir o adultério de modo mais severo, com a morte, equiparando o adultério feminino ao masculino.

---

<sup>10</sup> NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2000. p. 77.

<sup>11</sup> SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal - Parte Especial Tomo 1**. Rio de Janeiro:Do Autor, 1947. p. 313. *apud* COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. p. 184.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Por influência do cristianismo, o adultério, considerado grave pecado, era punido com a morte, pelo fogo ou por submersão.<sup>12</sup>

Justiniano, mantendo a pena capital para o homem, determinou que a mulher fosse internada em convento.

No direito italiano intermédio, a adúltera era punida com chicotadas e com a clausura, enquanto o amante era castigado com a morte.

O direito canônico reprime até hoje o adultério, dando-lhe tratamento diverso conforme se trate de pessoa leiga ou eclesiástica.

No século XVII, as famílias se abastardaram, fazendo do adultério quase que uma instituição pública.

Em nosso direito, as Ordenações Afonsinas (1446) puniam o adultério com o confisco, em se tratando de nobres, ou com a morte, em se tratando de peões.

As Ordenações Filipinas (1603) previam a pena de morte para a adúltera e para o amante, se o marido acusasse. Em caso negativo, puniam-se os culpados com o degredo para a África, por dez anos.

Assistia ao marido o direito de matar a mulher, se surpreendida em flagrante adultério. Poderia fazer o mesmo com o amante, se não fosse nobre.

O adultério masculino era punido com o degredo em África, por três anos, e quarentena de todos os bens, excetuada a parte da esposa.

O Código de 1830 punia a adúltera com pena de prisão e trabalho, de um a três anos (art. 250). O marido receberia igual pena, no caso de concubina teúda e manteúda. O Código de 1890, em seu art. 279, manteve os mesmos princípios.

O Código vigente pune o adultério, em seu art. 240, sujeitando a adúltera (ou o adúltero) e o co-réu à pena que oscila de quinze dias a seis meses.

Como se percebe, desde o Brasil colonial, onde assistia ao marido o direito de matar a mulher adúltera, passando pelos Códigos Penais de 1830 e de 1890, a Lei Penal concedia um tratamento francamente discriminatório às mulheres. Nos Códigos Penais Brasileiros do século XIX, o homem só era punido quando o adultério envolvia questões patrimoniais, pois manter uma amante significava desviar recursos financeiros de sua família legalmente constituída,

---

<sup>12</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. p. 183 e 184.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

ou seja, para o legislador, a traição masculina só constituía uma ameaça quando colocava em risco o sustento da esposa legítima e dos filhos.

Na seqüência, transcreve-se o texto do art. 279 do Código Penal de 1890:

Código Penal de 1890

Art. 279 - A mulher casada que cometer adultério será punida com a pena de prisão celular por um a três anos.

§ 1º - Em igual pena incorrerão: 1º, o marido que tiver concubina, teúda e manteúda; 2ª, a concubina; 3º, o co-réu adúltero.<sup>13</sup>

O último dispositivo vigente da Lei Penal que criminalizou o Adultério, o art. 240 do Código Penal de 1940, aboliu essa diferença de tratamento, como se pode ver em seu texto:

Código Penal de 1940

Art. 240 - Cometer adultério:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.

§ 1º Incorre na mesma pena o co-réu.

§ 2º A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de um mês após o conhecimento do fato.

§ 3º A ação penal não pode ser intentada:

I - pelo cônjuge desquitado;

II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.

§ 4º O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;

---

<sup>13</sup> BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890**. CLBR - Coleção de Leis do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 31 de dez. de 1890. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/sicon/>>. Acesso em 12 nov. 2007.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil.

Nos anos que antecederam a publicação do Código Penal de 1940 houve intensa discussão sobre a necessidade de criminalizar o Adultério, mas prevaleceu a idéia de considerá-lo como crime, conforme explicado na exposição de motivos:

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 ética-jurídica da vida familiar. O exclusivismo da posse sexual é condição de disciplina, harmonia e continuidade do núcleo familiar. Se deixasse impune o adultério, o projeto teria mesmo contrariado o preceito constitucional que coloca família sob proteção do estado.

Note-se que embora tenha mantido a prática como crime, o legislador tornou difícil a sua aplicação, considerou a ação penal de cunho personalíssimo (somente pode ser tentada pelo cônjuge ofendido), estabeleceu um prazo decadencial reduzido (apenas um mês) e também proibiu o cônjuge que tenha consentido ou perdoado, expressa ou tacitamente, o adultério de promover a queixa-crime, o que abriu um leque de possibilidades para a interpretação do Juiz. Sendo ação de concurso necessário, a pena deveria ser necessariamente aplicada ao co-réu, caso este fosse conhecido.

Ainda que o crime tenha ocorrido, o Juiz poderia isentar o réu da pena caso considerasse que já havia cessado a vida em comum dos cônjuges ou nos casos previstos no Código Civil de 1916, art. 317, para fundamentar a ação de desquite.

O art. 240 também não fornece qualquer enunciado descritivo do que pode ser considerado Adultério ou de como e quando ocorre a consumação do crime. A doutrina procurou sanar essas lacunas adotando uma interpretação mais

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

genérica ou mais restritiva. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR<sup>14</sup> considerava que "qualquer ato libidinoso configura o adultério", DAMÁSIO DE JESUS<sup>15</sup> falava de "qualquer ato sexual inequívoco", CELSO DELMANTO<sup>16</sup> adota uma interpretação mais restritiva e ensina que o crime só ocorreria com a efetiva relação sexual e JÚLIO FABBRINI MIRABETE<sup>17</sup> informa que a opinião mais aceita é de que "o crime somente se constitua com a prática do coito vaginal dos agentes". Todos esses quatro últimos autores consideravam que a relação sexual homossexual não caracterizava o Adultério.

Após a promulgação do Código Penal de 1940, diante da evolução dos conceitos da sociedade brasileira em relação ao matrimônio, os juristas continuaram a divergir sobre a eficiência e a necessidade da punição legal como forma de defesa da instituição familiar, particularmente em face ao princípio penal da intervenção mínima.

Finalmente, a Lei n. 11.106/05, de 28 de março de 2005, revogou o art. 240 do Código Penal de 1940, sendo que a doutrina já considerava anacrônica há tempos a incriminação do Adultério.

## 2 AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E A POLÍTICA JURÍDICA

Como já mencionado anteriormente, diversos fatores provocaram uma mudança nos valores da sociedade brasileira em relação à interferência do Estado para garantir os "interesses da sociedade", resguardando o monopólio conjugal.

---

<sup>14</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. p. 185 e 186.

<sup>15</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal. v. 2. Parte especial**. 25. ed. São Paulo:Saraiva, 2002. p. 222.

<sup>16</sup> DELMANTO, Celso *et al.* **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2002. p. 505 e 506.

<sup>17</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo:Atlas, 2005. p. 1953 e 1954.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Nas primeiras Leis Penais (até o Código Penal de 1890) o interesse preservado era, na verdade, o do homem, haja visto o tratamento mais gravoso reservado a mulher adúltera.

Mas, desde o início do século passado, quando ainda estava em vigor o Código Penal de 1890, até os dias atuais, a condição da mulher na sociedade brasileira sofreu consideráveis mudanças.

A crescente presença das mulheres no mercado de trabalho provocou mudanças no cenário político: surgiram as reivindicações dos direitos da mulher; foram questionadas as desigualdades de tratamento perante a lei; fez-se resistência às diferentes formas de violência contra as mulheres e passou a ser questionado o papel da mulher na família e na sociedade. As mulheres ganharam o direito ao voto pela primeira vez no Brasil em 1934 e, em 1940, o Código Penal vigente deixou de fazer qualquer distinção ao gênero da pessoa que praticava o Adultério, punindo homens e mulheres da mesma forma.

Essa mudança dos valores dentro de uma perspectiva histórica e cultural são os elementos com os quais a Política Jurídica trabalha com o objetivo de promover transformações no sistema jurídico, em busca de um Direito mais justo.

Como ressalta MARIA DA GRAÇA DOS SANTOS DIAS:<sup>18</sup>

O Direito configura-se como uma construção histórico-social dos povos e não apenas como produto do poder estatal, como uma ordem jurídica positivada e assegurada, coercitivamente, pelo Estado.

---

<sup>18</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 9.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Outros fatos experimentados pela sociedade brasileira culminarão no advento da Lei n. 11.106/05, que aboliu do ordenamento penal a figura do adultério, estabelecendo um *abolitio criminis*, e relegando a questão ao âmbito do Direito de Família.

Em relação à trajetória da norma, OSVALDO FERREIRA DE MELO<sup>19</sup> indaga:

O que faz nascer uma norma dentro de um sistema jurídico? O que a faz permanecer viva durante certo espaço de tempo? O que provoca ou determina seu perecimento?

Segundo este autor, estas perguntas são de fundamental importância no quadro das preocupações epistemológicas da Política do Direito. Uma resposta a essas questões pode ser dada pelo culturalismo de MIGUEL REALE<sup>20</sup>, que ensina que:

(...) uma norma jurídica, uma vez emanada, sofre alterações semânticas, pela superveniência de mudanças no plano dos fatos e valores, até se tornar necessária a sua revogação; e, também, para demonstrar que nenhuma norma surge *ex nihilo*, mas pressupõe sempre uma tomada de posição perante fatos sociais, tendo-se em vista a realização de determinados valores.

Portanto, para entendermos a experiência jurídica, tanto no que se refere à criação de normas quanto a sua aplicação, devemos considerar o fato, o valor e a norma como elementos inseparáveis, o que implica reconhecer a legitimação do Direito de acordo com a sua capacidade de corresponder às perspectivas da sociedade sob o prisma fático-axiológico, em busca de justiça.

### **3 A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO: um instrumento de análise do Direito**

---

<sup>19</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. 2 ed. Porto Alegre, 1994. p. 90.

<sup>20</sup> REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. p 101.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

MIGUEL REALE, em sua Teoria Tridimensional do Direito, afirma que:

O Direito é uma realidade, digamos assim, trivalente ou, por outras palavras, tridimensional. Ele tem três saberes que não podem ser separados um dos outros. O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa.<sup>21</sup>

Ao contrário de HANS KELSEN que concebeu o Direito como norma, MIGUEL REALE diz que a norma jurídica é apenas a indicação de um caminho, porém, para percorrer esse caminho, deve-se partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor. Portanto, a Teoria Tridimensional conceitua o Direito como sendo fato, valor e norma.

OSVALDO FERREIRA DE MELO chama a proposta de REALE de culturalismo<sup>22</sup>, pois esta reconhece dentro da dinâmica das relações sociais um espaço para o Direito, considerado um fenômeno histórico-cultural, legitimado quando corresponde às expectativas de justiça da sociedade.

Como se viu anteriormente no texto das diversas Leis Penais que se sucederam ao longo dos anos, além de ter sido abolido o tratamento discriminatório em relação às mulheres, também foi mitigado o rigor das penas, que passou da pena de morte, prevista nas Ordenações Filipinas (1603), para até três anos de prisão, Códigos Penais de 1830 e 1890, chegando a pena de seis meses de detenção no Código Penal de 1940, até a prática ser finalmente descriminalizada.

---

<sup>21</sup> REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. p 121.

<sup>22</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 45.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Sobre a trajetória das normas, OSVALDO FERREIRA DE MELO<sup>23</sup> observa:

As normas nascem, perecem, às vezes renascem, têm vida e morte, refletindo os dramas existenciais de seus criadores. A natureza humana é incompadesciente com um direito rígido, cristalizado, insuscetível de ser valorado ou submetido a estratégias de aperfeiçoamento.

Entretanto, muito antes do Adultério ser extirpado da Lei Penal pela Lei n. 11.106/05, o dispositivo já havia perdido a sua validade, sendo raramente aplicado.

Esse fato pode ser bem explicado pela Teoria Tridimensional, na qual MIGUEL REALE<sup>24</sup> afirma que o Direito pode ser validado em termos de vigência, eficácia e fundamento, sendo que: vigência se refere aos aspectos formais da norma (sua criação deve ser respaldada por norma superior e deve ter sido emanada pelo poder competente); eficácia refere-se à conversão efetiva da regra de direito em momento de vida social, isto é, no tocante às condições do real cumprimento dos preceitos por parte dos consociados; e fundamento consiste na indagação dos títulos éticos dos imperativos jurídicos, na justiça ou injustiça do comportamento exigido, ou seja, de sua legitimidade.

Para ser materialmente eficaz, a norma também deve ser validada em relação ao seu fundamento axiológico, com o que concorda OSVALDO FERREIRA DE MELO<sup>25</sup> quando diz que:

A norma jurídica, para ganhar um mínimo de adesão social que a faça obedecida e, portanto, materialmente eficaz, deve ser matizada pelo sentimento e idéia do ético, do legítimo, do justo e do útil. Assim, a aceitação da norma vai depender menos de sua validade formal (obediência às regras processuais) que de sua validade material, que é, em nosso acordo semântico, a qualidade da norma em

---

<sup>23</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica.** p. 31.

<sup>24</sup> REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** p 15.

<sup>25</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica.** p. 20.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

mostrar-se compatível com o socialmente desejado e basicamente necessário ao homem, enquanto indivíduo e enquanto cidadão.

Em relação ao Adultério, no ordenamento penal, vários fatos posteriores à publicação do Código Penal de 1940 retiraram o fundamento ético da norma; um dos mais relevantes foi a flexibilização no reconhecimento das relações familiares. Até entrar em vigor a Carta Magna vigente<sup>26</sup> o conceito jurídico de família era rígido e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente considerava grupo familiar àquele originado pelo instituto do matrimônio.

Optando por manter o vínculo familiar a qualquer custo, segundo o preceito religioso que prega: "o que Deus uniu o homem não pode separar", o Direito relegou ao segundo plano a felicidade pessoal dos seus integrantes, proibindo o divórcio e punindo severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial (desquite). O legislador constitucional também ampliou as hipóteses de divórcio reguladas pela Lei n. 6.515/77 (Lei do divórcio), cuja aprovação marcou um momento importante da secularização da sociedade brasileira, visto que a Igreja Católica se empenhou contra a sua aprovação.

Progressivamente, a sociedade brasileira percebeu que já não havia necessidade do Estado interferir na conduta pessoal do casal sob a alegação de defender a família e o casamento. Na visão da sociedade, o Estado deixou de fazer parceria ao cônjuge traído, ainda que juristas como DAMÁSIO DE JESUS<sup>27</sup> já o tenham incluído no pólo passivo do crime.

---

<sup>26</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em [www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/](http://www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/). Acesso em 22 out. 2007.

<sup>27</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal. v. 2. Parte especial.** p. 222.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Essa mudança foi percebida, ainda que com atraso, pelos juristas e estudiosos da Política Jurídica, pois, como ensina OSVALDO FERREIRA DE MELO<sup>28</sup>:

A questão principal a esclarecer é que a perda da eficácia da norma jurídica pode dar-se não só por situações fáticas ou técnicas, como a caducidade e a revogação, mas também por razões ligadas ao descompasso entre a norma e as crenças, expectativas e valores ocorrentes no corpo social.

PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR<sup>29</sup> ao falar do então Anteprojeto de Reforma da Parte Especial observou que a proposta de descriminalização do adultério seguiu a melhor doutrina, que já o considerava apenas como um delito civil. Na mesma linha, CELSO DELMANTO<sup>30</sup>, escreveu que:

Há projeto de lei, em curso, para revogar este art. 240. A nosso ver, o adultério não mais deveria ser tipificado como crime, continuando apenas na órbita civil, como causa de separação judicial.

Antes mesmo de sua revogação formal, a norma já havia perdido seu fundamento, tornando-se um elemento desativado do ordenamento jurídico, pois, apesar do Direito ser uma ciência normativa, a norma não é simples juízo lógico, como considerada por HANS Kelsen, mas tem um inegável conteúdo fático-valorativo, como defende MIGUEL REALE.

Finalmente, a descriminalização do Adultério mostra a intervenção da Política Jurídica, em sua vertente criminal, extirpando um dispositivo já há muito considerado anacrônico do sistema penal, com o objetivo de produzir um Direito mais justo.

### 3 ESTUDO DE CASOS

---

<sup>28</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 89.

<sup>29</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. p. 184.

<sup>30</sup> DELMANTO, Celso *et al.* **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2002. p. 505.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

Como bem registrou SUZETE HABITZREUTER HARTKE<sup>31</sup>, para MIGUEL REALE<sup>32</sup> o Direito não pode ser visto apenas como pura norma. Constitui um bem cultural<sup>33</sup>. No mesmo sentido é a posição de Osvaldo Ferreira de Melo, para quem o Direito também é um fenômeno cultural<sup>34</sup>, construído historicamente pela experiência na vida social e nas práticas comunitárias.<sup>35</sup>

Assim, como fenômeno cultural<sup>36</sup>, o “Direito configura-se como uma construção histórico-social dos povos e não apenas como produto do poder estatal, como uma ordem jurídica positivada e asseguradora, coercitivamente, pelo Estado<sup>37</sup>”. Diante disso é a importância aqui de um estudo de casos concretos que evidencie a práxis jurídica sobre o tema “adultério”. Para tal, sob a ótica da Teoria Tridimensional do Direito utilizada como instrumento de análise e, também, sob abordagem da política jurídica, passaremos aos casos:

---

<sup>31</sup> HARTKE, Suzete Habitzreuter. Fundamentos do direito, da razão e da sensibilidade: conexão teórica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: [WWW.univali.br/direitoepolitica](http://WWW.univali.br/direitoepolitica)

<sup>32</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 699-713

<sup>33</sup> Por Cultura, Miguel Reale entende: [...] “cultura” é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos materiais e espirituais, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. É desse modo, o conjunto dos utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando, através da história, como cabedal ou patrimônio da espécie humana. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. P. 25-26.

<sup>34</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998. p. 85

<sup>35</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. Ética e Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 812, 23 set. 2005. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7324](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7324).

<sup>36</sup> Cultura. No amplo sentido utilizado pela Antropologia Social, tudo aquilo que o homem acresce à natureza como produto de seu labor e sua criatividade. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC Ed., 2000. p. 25

<sup>37</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 9

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

### **3.1 Primeira abordagem: acórdãos do TACRSP<sup>38</sup> pela condenação.**

**TACrSP:** "Crime contra o casamento. Adultério. Alegação de inexistência de qualquer envolvimento sexual. Fato que não exclui o crime. Circunstâncias de fato que autorizam supor a prática do crime. Condenação mantida. Inteligência do art. 240 do Código Penal. Para a caracterização do crime previsto no art. 240 do Código Penal, não se exige o rigorismo *mudus cum nuda in eodem lecto*, bastando que o casal adúltero se encontre *solus cum sola in solitudine* em circunstâncias que autorizem supor, necessariamente, que praticaram o delito"<sup>39</sup>.

**TACrSP:** "Adultério. Art. 240 do Código Penal. Adúlteros encontrados em flagrante no quarto e na cama do casal, em trajes íntimos. Consumação, mesmo que o casal tenha ingressado com pedido de separação judicial, ainda pendente de decisão (...) O adultério foi consumado já que o casal ainda permanecia sob o mesmo teto, ocupando o mesmo leito nupcial, em cujo espaço, ainda um lar, obrigava a filha do casal menor impúbere. A afronta se torna mais torpe porque praticada no leito conjugal do ofendido, com um homem casado, quando ainda não estava consolidada a situação jurídica do casal"<sup>40</sup>.

O estudo de dois casos concretos revelados nos acórdãos acima transcritos, sob a ótica da Teoria Tridimensional do Direito de MIGUEL REALE, deixa evidente que as decisões foram tomadas conforme época e valores de uma sociedade conservadora<sup>41</sup>. Observa-se na fundamentação de tais decisões que

---

<sup>38</sup> Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

<sup>39</sup> Assim consta em: RT 721/467. No mesmo sentido: RT 449/441, RT 486/318, JTACRIM 37/283.

<sup>40</sup> Assim consta em: RT 732/716

<sup>41</sup> "Em nossa decadente sociedade patriarcal, acreditamos, com suporte no testemunho de insuspeitos e insignes historiadores e pesquisadores, que o adultério materializa uma conseqüência direta do direito absoluto de propriedade, agravada pelos impulsos de uma

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

para se condenar a mulher, o homem foi posto como o “coitado ofendido” e, aquela, como “insensível ofensora”. Nos termos da decisão, a mulher foi insensível: ao lar conjugal; à filha; ao marido; aos valores sociais e religiosos e; até mesmo em relação a uma suposta falta de sensibilidade com o “momento jurídico”, ainda não configurado formalmente, na separação judicial já proposta mas não decidida pelo Judiciário. Os valores levados em consideração nas decisões são aqueles próprios de uma sociedade machista, intolerante com a posição da mulher que, mesmo separada de fato e com ação proposta perante o Judiciário, não poderia se desprender de sua condição social de mera propriedade do marido. Nas decisões não houve nenhuma preocupação com o Direito proposto pela Política Jurídica, ou seja, com o Direito que “dever-ser” fundado na “razão e sensibilidade<sup>42</sup>” e não apenas em uma fundamentação lógico-formal.

### **3.2 Segunda abordagem: ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO – Ap. civ n. 6.550, Barra do Garças – MT.**

---

sexualidade agressiva e brutal, visando apenas o alívio de uma tensão física, despida de qualquer sentimento afetivo, emotivo ou amoroso. Todas as sociedades, ao longo dos séculos, tenderam definir as relações da mulher e do homem, como casal e dentro das rígidas estruturas sociais imperantes em um mundo masculino, impondo um vida de humilhações e penalidades às mulheres. A tarefa primordial dos costumes se concentrou no refreamento das relações sexuais femininas, utilizando-se de uma forma que se convencionou denominar de matrimônio, casamento ou outro tipo de uniões não temporárias. Logo, a legislação e a religião se concluíram para impor a exclusividade das relações femininas, não porque tivessem em mira a pureza da prole, mas exclusivamente como uma manifestação autêntica do poder dominial que, no patriarcado, pertencia ao homem”, *In*: LIMA, Domingos de Sávio Brandão. **“Adultério” – Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo:Saraiva. 1977, v. 4. p. 448/470.

<sup>42</sup> “Essa forma de observar o real, fazendo uso da Sensibilidade, é denominada por Michel Maffesoli de Formismo – [...] prevalência da aparência, a necessidade de levar a sério todo o que os espíritos sérios consideram frívolo. Numa palavra, integrar à análise da vida social uma constatação bem trivial: o que é, e. Antes de extrair as conseqüências epistemológicas de uma tal constatação, pode-se, num primeiro momento, mostrar que a forma é de fato matriz que gera todos os fenômenos estéticos que delimitam a cultura pós-moderna. MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. p. 82. Citação in: HARTKE, Suzete Habitzreuter. Fundamentos do direito, da razão e da sensibilidade: conexão teórica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, 3 quadrimestre de 2006. Disponível em: [WWW.univali.br/direitoepolitica](http://WWW.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 12 nov. 2007

Domingos SÁVIO BRANDÃO LIMA<sup>43</sup>, em seu artigo<sup>44</sup>, cita o seguinte acórdão de sua relatoria, que utilizaremos como objeto deste estudo:

**TJ-MT:** “Lei alguma, divina ou humana, norma moral ou religiosa, compromisso social ou familiar – proclamamos na Ap. civ. N. 6.550, Barra do Garças – poderá impingir a uma jovem, em toda sua plenitude de seu vigor sexual, na etapa incandescente em que a vida fugaz lhe oferta todo esplendor e magnificência que o amor lhe desperta e insinua, que se torne uma vestal romana ou uma virtuosa freira, imolando-se na continência ou estancando na frieza do insulamento a seiva estuante que se agita em seu organismo, só porque teve a infelicidade de sentir na própria carne o estigma da frustração de sua vida conjugal. Injusto seria que tudo isso fenecesse na aridez de um ser, onde não conseguiu medrar a semente do amor. Criminoso seria condenar-se a mulher à reclusão. Humano incentivar-lhe o vôo, sondar outras plagas, desejar o desejado, irmanar-se na outra metade, entremostrando-se na mesma afinidade, na mesma disposição e caminhar pela ventura de amar. Platão já sentenciara: ‘aquele que não ama caminha no escuro’. Admito e reconheço, como homem, que nunca se poderá incriminar uma mulher, qualquer que seja sua idade ou motivação, por haver amado. As razões do amor serão sempre uma incógnita, uma super-razão que escapa aos nossos sentidos. É o seu destino, seu alimento, sua missão, sua essência. Vetá-lo é estiolá-la, matá-la de inanição, atentar contra sua natureza intrínseca, violentar a si própria, incapacitá-la a viver sem completar-se.”

Nesta decisão, apesar de exarada em uma apelação cível pelo saudoso Desembargador de Mato Grosso, seus fundamentos de “razão-sensibilidade”

---

<sup>43</sup> Saudoso Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso e Professor Catedrático da Universidade Federal de Mato Grosso

<sup>44</sup> LIMA, Domingos de Sávio Brandão. “**Adultério**” – **Enciclopédia Saraiva de Direito**. p. 448/470.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

são plenamente transferíveis para a área criminal. Apesar de historicamente os fatos, os valores e as normas permanecerem os mesmos dos citados acordos transcritos quando da primeira abordagem acima, vemos que a fundamentação sob a ótica da Política Jurídica prevaleceu. Buscou-se, com base em uma decisão fundada na razão e sensibilidade, uma mudança de mentalidade, construir o Direito como “deve-ser”.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A professora MARIA DA GRAÇA DOS SANTOS DIAS<sup>45</sup> nos ensina que “o dinamismo próprio da vida da sociedade deve animar a vida do Direito e à Política Jurídica cabe assegurar a realização das demandas e anseios sempre renovados de Justiça, a fim de que seja respeitada a dignidade humana e ampliada a possibilidade de exercício pleno da cidadania”. Diz que, “entretanto, a concretização da Justiça exige que se defina critérios objetivos para sua aplicação”, para tanto, traz à colação ensinamento do professor Osvaldo Ferreira de Melo que enfatiza que a Política Jurídica, numa dimensão de práxis, *necessita alcançar a norma que responda tão bem quanto possível às necessidades gerais, garantindo o bem estar social pelo justo, pelo verdadeiro, pelo útil, sem descuidar da necessária segurança jurídica e sem por em risco o Estado de Direito*<sup>46</sup>.

No estudo que fizemos no presente artigo, o objetivo não foi enfatizar a “melhor decisão judicial”, mas, ao contrário, mostrar a partir de um importante fundamento jurídico, ou seja, a Teoria Tridimensional do Direito de MIGUEL REALE, como se leva em consideração o fato, o valor e a norma nos casos concretos sob análise e decisão do Poder Judiciário. E, ainda, a importância do operador jurídico (principalmente o magistrado), consciente e sustentado em uma visão político-jurídica, para o estudo e decisão dos casos concretos. Ressalta-se que “para a construção do Direito, há necessidade de

---

<sup>45</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. p. 87

<sup>46</sup> A professora Maria da Graça dos Santos Dias cita: MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica, p. 31

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

estabelecer-se um novo paradigma, que é resultante da conexão teórica entre a Razão e a Sensibilidade<sup>47</sup>.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1998. Disponível em <[www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/](http://www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/)>. Acesso em 22 out. 2007.

BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal de 1890. CLBR - Coleção de Leis do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 31 de dez. de 1890. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/sicon/>>. Acesso em 12 nov. 2007.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 de dez. de 1940. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/sicon/>>. Acesso em 12 nov. 2007.

BRASIL. **Lei n. 11.106/05, de 28 de março de 2005**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 de mar. de 2005. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/sicon/>>. Acesso em 12 nov. 2007.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal. v. 1. Parte Geral**. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2005. 589 p.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal. v. 3**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 728 p.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 1.106 p.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. 1. ed. Florianópolis: Momento Atual, 2003. 152 p.

HARTKE, Suzete Habitzreuter. **Fundamentos do direito, da razão e da sensibilidade: conexão teórica**. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em 12 nov. 2007.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal. v. 2. Parte especial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 430. p.

---

<sup>47</sup> Assim consta em: HARTKE, Suzete Habitzreuter. Fundamentos do direito, da razão e da sensibilidade: conexão teórica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: [WWW.univali.br/direitoepolitica](http://WWW.univali.br/direitoepolitica).

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Prólogo à 1ª edição. Tradução de João Baptista Machado, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 228 p.

LIMA, Domingos de Sávio Brandão. **"Adultério" - Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 4. São Paulo:Saraiva, 1977.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994. 136 p.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC Ed., 2000.

\_\_\_\_\_. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998.

\_\_\_\_\_. **Ética e Direito**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 812, 23 set. 2005. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7324](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7324).

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 2.700 p.

NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 588 p.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 10 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007. 248 p.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 161 p.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal - Parte Especial Tomo 1**. Rio de Janeiro: Do Autor, 1947. 555 p.