

Doutrina

DESTIPIFICAR OU DESCRIMINALIZAR O DELITO DE SEDUÇÃO?

José Xavier de Paula Ferreira da Silva

Promotor de Justiça de Primeira Entrância em MG — Criminólogo Medalha
"Gilberto Porto" em 1980

SUMÁRIO: 1. Limites do Controle Social Penal — 2. As Mudanças Sociais e as Normas Jurídicas — 3. O Crime de Sedução e as Mutações Sociais — 4. Tipicidade e Antijuridicidade — 5. Destipificação e Descriminalização — 6. Análise dos Elementos do Tipo Penal Sedução — Solução do Problema

1. LIMITES DO CONTROLE SOCIAL PENAL

O Direito Penal, por tutelar bens jurídicos fundamentais de uma sociedade, é, dentro do Sistema Jurídico, o principal instrumento de que dispõe o Estado, para exercitar o seu controle social.

Nem todas as condutas não-aceitáveis pelo grupo, porém, são reprovadas como crime. Há, também, comportamentos não éticos ou não religiosos. No entanto, somente o Direito tem eficácia garantida, visto que provido de sanção específica valorada.

Mas, ocorre, ainda, que não a todos os membros de uma sociedade é dado o conhecimento jurídico das normas. Ao revés, no entanto, sendo a moral uma resultante da interiorização das pistas sociais externas, a idéia de crime, como maneira reprovada de pensar, agir ou sentir, é imposta pelo grupo aos membros.

A partir de Garofalo, então, buscou-se uma definição sociológica de crime, pontificando-se, nessa tarefa, Sellin, Durkheim, Lagache, Pinatel e Sutherland, cumprindo a este último a observação de "ser impossível definir a infração independentemente da valoração do grupo social".

É que, anteriormente a Sutherland, opositores, vendo o Direito como fato social também, pretenderam demonstrar a subordinação dele à Sociologia, ciência que tem como objeto o homem e a sociedade.

O certo, porém, é que, embora resultante de uma reprovação a um comportamento associal, como ciência normativa, o Direito submete a Sociologia, ciência causal-explicativa, se esta tem sob seu prisma, como objeto específico de seu enfoque, o crime.

Por seu turno, também a Lei Penal não se preocupou na elaboração de um conceito genérico dos fatos típicos. Apenas, em vista do hibridismo criminológico, distinguiu o crime da contravenção, ao apenar o primeiro com “a pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”, e a segunda “com a pena de prisão simples ou multa, isoladamente, ou ambas, alternativa ou cumulativamente” (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais – Decreto-lei nº 3.914 de 09 de dezembro de 1941).

E, ao contrário, utilizando o Código Penal do método restritivo, consagrando o Princípio da Legalidade, afastou a analogia para tipificação dos delitos: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem...” (Artigo 1º).

2. AS MUDANÇAS SOCIAIS E AS NORMAS JURÍDICAS

Na sua forma positiva, normatizando uma realidade comunitária, que, como fato social, o antecedeu, o tipo Penal expressa uma conduta antijurídica, provida de sanção eficaz, por reprovação anterior do grupo a um comportamento associal.

De fato social para norma jurídica, em devir ocasionado pelas mudanças sociais, ao Direito Escrito, porém, opôs-se Savigni, afirmando que a consagração do Direito em textos promulgados não expressava a alma do povo.

Assim, extremado que fosse o caráter permanente da norma, a harmonia do grupo social se abalaria profundamente, ante o sentimento comum de anomia, resultante do não atendimento das normas às mutações sociais, hoje ocorrentes, com mais freqüência que antes, diz a Sociologia.

Pontifica-se, aqui, o dinamismo do Direito, já que, sendo fatos sociais as maneiras de pensar, agir e sentir, comuns a um determinado grupo, às mudanças sociais que se aparentam por qualquer alteração dessas formas de vida, dar-lhes-á forma o Direito, objetivando restabelecer, segundo Merton, um conformismo à lei, para manutenção da paz social.

3. O CRIME DE SEDUÇÃO E AS MUTAÇÕES SOCIAIS

Conhecidas são certas maneiras de pensar, agir e sentir, que grassam na Sociedade, contrárias a este tipo Penal, e originárias, talvez, “dos modernismos”, “dos movimentos de igualdade” etc.

E isso não é de agora. Já a 04 de novembro de 1940, o Ministro Francisco Campos assim se expressava em sua Exposição de Motivos:

“A vida, no nosso tempo, pelos seus costumes e pelo seu estilo, permite aos indivíduos surpreender, ainda bem não atingida a maturidade, o que antes era o grande e insondável mistério, cujo conhecimento se reservava apenas aos adultos.”

Certamente, o Direito Penal não pode abdicar de sua função ética, para acomodar-se ao afrouxamento dos costumes; mas, no caso de que ora se trata, muito mais eficiente que a ameaça da pena aos sedutores será a retirada da tutela penal à moça maior de 18 anos, que, assim se fará mais cautelosa ou menos acessível.

Em abono do critério do projeto, acresce que, hoje em dia, dados os nossos costumes e formas de vida, não são raros os casos em que a mulher não é a única vítima da sedução.

Já foi dito, com acerto, que “nos crimes sexuais, nunca o homem é tão algoz que não possa ser, também, um pouco vítima, e a mulher nem sempre é a maior e a única vítima dos seus pretendidos infortúnios sexuais” (Filipo Mancini, “Deliti Sessuali”).

Mais de quatro décadas após, recentemente, por ocasião do VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reunido em Belo Horizonte, de 19 a 22 de março de 1984, ao qual estiveram presentes ilustres Juristas, tais como, Heleno Cláudio Fragoso, Ariosvaldo de Campos Pires, Jair Leonardo Lopes, Ministro Jorge Alberto Romeiro, do STM, José Frederico Marques, Desembargadores Régulo da Cunha Peixoto, João Braz da Costa Val Filho, Sylvio Lemos e Lúcio Urbano Silva Martins, Procurador-Geral de Justiça Lauro Pacheco de Medeiros Filho, Promotor de Justiça João Meira de Aguiar, Décio Fulgêncio, Juiz Sérgio Léllis Santiago, Paulo Nader, além de outros, chegou-se à conclusão de que:

“17. Nos crimes contra os costumes, nos quais a idade da vítima é elemento do tipo, deve-se fixá-la entre 14 e 16 anos.

18. A criminalização da sedução deve ser mantida com observância dos limites de idade sugeridos no item anterior e diminuídas as penas cominadas”.

4. TIPICIDADE E ANTIJURIDICIDADE

Qualidade do que é típico, ou típica, é o que quer significar tipicidade. No Direito Penal, assim, tipicidade é a qualidade de um fato que reúne todos os elementos de definição legal de um delito.

Mas, constituindo-se, o tipo, no elemento material, exterior, ou objetivo do delito, não pode haver crime sem tipicidade, uma vez que, ao contrário, seria repetir o *nullum crimen sine lege*.

A antijuridicidade, por sua vez, é tida como a ilicitude jurídica, a ilegalidade ou contrariedade ao Direito. Essa desconformidade com a lei representa a principal característica do crime, devendo ser apreciada sob um ponto de vista puramente objetivo.

Ocorre que, sendo a tipicidade uma exteriorização da vontade, no sentido de uma conduta diversa da reclamada pela ordem jurídica, é, ela, um indício da antijuridicidade, porque, muitas vezes, a correspondência formal com um tipo de crime não é contrária ao Direito. Donde se concluir que inexistente antijuridicidade sem que haja tipicidade, mas, a recíproca não é verdadeira.

5. DESTIPIFICAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO

Destipificar é tornar o fato não típico. E, destipificado o fato, afasta-se, conseqüentemente, a sua antijuridicidade, caso em que temos a *abolitio criminis*, contida no artigo 2º, do Código Penal: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

Assim, a lei nova que exclua da órbita do ilícito Penal o fato anteriormente incriminado abstratamente, destipifica-o e descriminaliza-o, já que, como qualquer outra lei, a Penal também pode ser revogada total (ab-rogação) ou parcialmente (derrogação), expressa ou implicitamente (tácita, indireta).

Mantida, porém, a tipicidade, a descriminalização do fato só se fará possível quando excluída a sua antijuridicidade, ou seja, quando o fato incriminado *in genere* for, excepcionalmente, permitido ou ordenado por outra norma jurídica Penal ou Extrapenal, vez que o Direito Penal não pode colidir com os outros ramos do Direito. Nestas circunstâncias, o fato deixará de ser crime, para ser, objetivamente, lícito.

Atualmente, como “causas excludentes de antijuridicidade”, ou “discriminantes”, o Código Penal só arrola: o Estado de Necessidade, a Legítima Defesa, o Estricto Cumprimento do Dever Legal e o Exercício Regular de Direito. Hipóteses, em que, segundo declara o artigo 19, “não há crime”, que só podem ser obtidas por exclusão, isto é, após constatada qualquer das causas que excluem a antijuridicidade.

6. ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO TIPO SEDUÇÃO – SOLUÇÃO DO PROBLEMA

O Código Penal, em seu artigo 217, prevê a pena de reclusão, de dois a quatro anos, para quem “Seduzir mulher virgem menor de dezoito

anos e maior de catorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”.

Magalhães Noronha (“Direito Penal”, 1º Volume), em comentários à tipicidade, divide os tipos penais em normais e anormais. Nos tipos anormais compreenderiam, também elementos normativos e elementos subjetivos. Os primeiros são os que dizem respeito à antijuridicidade, sendo, comumente, designados por expressões como: “indevidamente”, “sem justa causa”, “sem consentimento de quem de direito”, “sem licença da autoridade competente”, “fraudulentamente”, e mais alguns.

Já os elementos subjetivos do injusto, estes extremam-se de outros de natureza subjetiva, referentes à culpabilidade, mas relacionados com o delito, como, por exemplo, na voluntariedade exigida para o homicídio doloso, para distingui-lo do culposos; na expressão “depois de conhecer a falsidade”, e ainda no fim visado pelo agente, nos chamados delitos de intenção.

Esses elementos de natureza subjetiva dão a medida do juízo valorativo acerca do fato e são *conditio sine qua non*, do juízo objetivo que se formula ao indagar-se da ilicitude do fato, nos exatos dizeres de Aníbal Bruno: “A vontade com que atua o sujeito, ineficaz para formar o núcleo da culpabilidade, é válida para constituir a ação ilícita”.

“Sem esses elementos subjetivos, o tipo não pode ser objeto do juízo de valor. Eles representam, como diz Bettiol, “il limite al di là del quale non c'è alcuna possibilità di valutazione” (Autor e obra citados, pág. 110).

Assim já em seu próprio núcleo — Seduzir (de *seducere* = conduzir convencendo), o tipo pressupõe um “vício de consentimento da ofendida”, o que o torna qualificado de anormal, face àquele elemento normativo nele contido.

Além disso, o tipo em questão exige “um fim especial visado pelo agente”, o que ainda o caracteriza como delito de intenção. Possui, por outro lado, outros elementos de natureza subjetiva, próprios da culpabilidade, mas *conditio sine qua non* para constatação da ilicitude do fato.

Portanto, adentrado o campo da culpabilidade, o que se irá questionar é a punibilidade, ou não, do agente, pois já se terá tido o fato como contrário ao Direito. E por estas razões, com o tipo Sedução, não compadece qualquer das discriminantes alinhadas pelo artigo 19, do Código Penal.

Acresce, ainda, que o “Projeto Alcântara, a exemplo do Código Italiano, incluía, entre as causas excludentes da injuricidade, o “consentimento do ofendido”, ou *in verbis*, “o prévio consentimento de quem possa

validamente dispor do bem jurídico ofendido ou ameaçado” (“Comentários ao Código Penal”, Nelson Hungria – Volume I, pág. 433).

Muito a propósito, pois, os ensinamentos do Professor Giuseppe Bettiol, em “Direito Penal”, Parte Geral, Tomo II, às págs. 255/257: “A norma Penal não tutela o nada, mas um interesse (valor) pelo que sempre que este não esteja presente, não é concebível qualquer lesão: isto é, falta a antijuridicidade. Isto torna-se possível graças ao Instituto do consentimento do ofendido (na terminologia usual) ou pelo consentimento do titular do direito, como se exprime o Código.

O artigo 50 estabelece que “não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor”.

A tal propósito, é, porém, necessário distinguir claramente duas hipóteses, nas quais o consentimento pode ser tomado em consideração:

1. Ele é, por vezes, um elemento do fato constitutivo do crime, ou melhor, um elemento cuja presença torna impossível a configuração concreta de um fato típico e como tal relevante para o Direito Penal. Pense-se na violência carnal (artigo 519) que deva ser levada a cabo, excluída na hipótese do consentimento da vítima, que impede a configuração do fato do crime de violência carnal.

2. É, pelo contrário, diferente a hipótese em que o consentimento da vítima funcione como causa de licitude. Aqui, o fato típico, com todos os seus elementos constitutivos, não entra em discussão, dado que desaparece a possibilidade de julgar o fato em oposição com as exigências de tutela da norma Penal, porque falta a possibilidade de lesão do interesse tutelado. Pense-se na hipótese de alguém consentir que outrem destrua ou deteriore coisas de sua propriedade (artigo 635). O dano está aqui justificado pelo consentimento dado pelo titular do interesse que, diversamente, viria a ser ofendido.

Para o Código Penal Brasileiro, entretanto, o “dispositivo era evidentemente supérfluo, e assim entendeu a Comissão Revisora, que o suprimiu. A razão estava com Paoli: “...o consentimento do ofendido não tem jamais o prestígio de excluir a ilicitude da lesão de um bem jurídico protegido pela Lei Penal, senão quando esta assim o disponha, e isso em razão do interesse público, sempre direto e imediato, que a lastreia” (“Comentários ao Código Penal”, Nelson Hungria, Volume I, págs. 433/434).

Conseqüentemente, por uma questão de Política Criminal, por “não poder, o Código Penal, abdicar de sua função ética, para acomodar-se ao afrouxamento dos costumes”, e, por isso, afastada a possibilidade de aplicação da *abolitio criminis*, optou-se, para o caso, no VI Congresso

Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, pela solução da *lex mitior* estabelecida no parágrafo único, do artigo 2º, do Código Penal: “A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença irrecorrível”.

BIBLIOGRAFIA

1. Elementos de Sociologia – Samuel Koenig – 1976
2. Noções de Criminologia – Jason Soares Albergaria – 1978
3. Código Penal Anotado – Celso Delmanto – 1983
4. Direito Penal – Magalhães Noronha – 1977
5. Direito Penal – Parte Geral – Professor Giuseppe Bettiol
6. Comentários ao Código Penal – Nelson Hungria