

DA SEDUÇÃO E SEUS ASPECTOS

MARIO PORTUGAL FERNANDES PINHEIRO

Com superficial mudança no que abrange a redação correspondente ao delito previsto no art. 217 do Código Penal — porque o substantivo “anos” passa a figurar depois de “quatorze”, e não, como vem redigido, após o limite dessa mesma idade de “quatorze” — mas sem que em nada alterasse o seu conteúdo, desgraçadamente *anacrônico* ou *desatualizado*, conserva o novo Código Penal no art. 243 a primitiva definição do mencionado crime contra os costumes, *a despeito do transcurso de três décadas ou trinta anos* (!), assim dispondo sobre a sedução:

“Seduzir mulher virgem, menor de dezoito e maior de quatorze anos, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança.”

Persevere-se que, ainda aqui, sob onímodas facêtas, *retrogradamente*, não se ajusta o diploma legal às vicissitudes da época presente, dos dias hodiernos, a exemplo ilustrativo do ilícito penal ora verberado.

O vocábulo — “*inexperiência*” — não deve ser concebido como *inexperiência* sexual propriamente dita, isto é, carência do conhecimento *prático* de atos libidinosos, que recaem *diretamente* no corpo humano, entre os quais a “conjunção carnal”, mas como *inexperiência* da vida cotidiana, no sentido ou orientação de noções teóricas relacionadas com o *sexo*.

Em outras palavras: a *inexperiência* equivale à *privação* do cometimento de ato libidinoso, lascivo, sensual.

Julgou-se, inclusive, que “a *inexperiência* a que alude a lei, no art. 217 do Código Penal, deve ser entendida como o desconhecimento da natureza humana em suas manifestações negativas no campo da moral. É a falta de aprimoramento intelectual que faz a mulher não saber identificar no homem o amor que arrebatava, simplesmente carnal ou também espiritual, de forma a melhor se defender. É confiar demasiadamente nos homens, considerando impossível aquilo que é justamente o mais provável: o desinteresse afetivo depois de satisfeita a lascívia.” (Acórdão da 2.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 13-4-1959. Cf. DIRCEU A. VICTOR RODRIGUES, *O Código Penal e a Jurisprudência*, II volume, 1963, n.º 3.374, págs. 455-456).

Mormente a partir dos *dezesesseis* anos completos, não mais se compreende tamanha benevolência ou tolerância em cotejo com mulheres que se apregoam “seduzidas”, ao passo que a *irresponsabilidade penal*, estatuída no vigente art. 23, afigura-se-me *obsoleta*, por causa do evolucionismo imperante, urgindo reduzi-la para os *dezesesseis* anos de idade, *pura e simplesmente*, ao invés de prevalecer o que estabelece o art. 33 do novo Código Penal, dispositivo que

pela *complexidade* que o contamina, provocará graves discordâncias na doutrina e na jurisprudência, com prejuízo na aplicação da Justiça.

Nessas condições, firmou-se no citado art. 33:

“O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acôrdo com êste entendimento.”

Tumultuou-se, portanto, o que seria justo, razoável ou sensato: — a redução pura e simples da responsabilidade penal para os dezesseis anos, com a abstração da ressalva instituída (“salvo se”...).

Irrestritamente, acolha-se o que veio a constar do n.º 17 da *Exposição de Motivos* do Código Penal, a vigorar em futuro breve:

“A tendência geral da legislação é a de fixação da menoridade penal nos dezesseis anos. O VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, reunido em Roma, em 1953, fixou em dezesseis anos o limite para a aplicação da pena (cf. VI.º Congrès International, *Compte Rendu des Discussions*, Milão, 1957, página 310). Vários códigos atuais fixam êsse limite em quatorze anos, como é o caso da lei alemã. Repetindo, de certa forma, o que já se disse, com tôda a procedência, parece certo que a possível redução do limite da imputabilidade a dezesseis anos aumenta a consciência da responsabilidade social dos jovens.”

Em continuidade, no que afeta o cumprimento da pena imposta ao criminoso, ainda no n.º 17 da *Exposição de Motivos*, ressalta-se “a necessidade imperiosa de submeter os menores e, inclusive, os jovens adultos delinqüentes a tratamento especial. Por isso mesmo o projeto declara que os menores de vinte e um anos cumprem pena separadamente dos condenados adultos (art. 37, § 5.º). Se o condenado fôr primário, o tempo de cumprimento da pena pode ser reduzido à metade.”

Na relação dos processos em que funcionei na qualidade de Promotor Público, sobressai-se o *latrocínio* de que foi vítima um famoso personagem — DÉCIO ESCOBAR, assassinado com impressionantes requintes de perversidade, tendo participado do roubo, e do subsequente *vilipêndio a seu cadáver*, quatro indivíduos de extraordinária periculosidade, dois dêles com dezessete anos e, assim, penalmente irresponsáveis (Código Penal, art. 23).

Trata-se de crimes a que denominei do “Festim Diabólico”, também conhecidos, na Imprensa, como os do “Dragão Vermelho”.

Nos anais forenses, por fôrça da circunstância de possuir menos de dezoito anos, esquivou-se das sanções do Código Penal um dos algozes de AÍDA CÚRI, participante de fatos delituosos que também abalaram profundamente os sentimentos da comunidade.

Apesar da sinceridade de propósitos, mas na ânsia de publicidade, embora de aspecto negativo, através de televisões, rádios, revistas, jornais, da Imprensa, enfim, insurgem-se alguns Juizes de Menores contra a diminuição

do limite da responsabilidade penal para os dezesseis anos, ainda que com a malfadada ressalva do art. 33, e, — note-se bem —, se de maneira diversa não dispuser a lei processual, a responsabilidade em causa deverá ser declarada exatamente por aquêles Magistrados, Juizes de Menores, conforme assinala a *Exposição de Motivos* (n.º 17).

Anteveja-se que, em acintoso detrimento dos reclamos ou das conveniências da Sociedade, e não obstante a alarmante ascensão do número de infrações penais praticadas por elementos jovens, tornar-se-á possível, e até provável, a impunidade *criminal* dos menores de dezoito anos, que continuariam “sujeitos apenas à *pedagogia corretiva* de legislação especial”...

Semelhantemente, os rapazes de dezesseis anos possuem o necessário discernimento para entender como devem ou não comportar-se perante a coletividade. À compreensão dêsses moços não escapa a ilicitude das ações que porventura venham a praticar, distinguindo o que seja correto ou errado.

Entretanto, como se viu, assegura-lhes a lei os privilégios cabíveis, quer na aplicação da pena, quer no cumprimento desta.

Não há como contestar-se o aforismo jurídico de que a malícia supre a idade (*malitia supplet aetatem*).

Cumpre-me enaltecer a coragem e a superioridade intelectual de JORGE SEVERIANO RIBEIRO, quando, *há vinte e cinco anos atrás*, externava a convicção de que “a mulher no mundo que vivemos já não é a mulher de outrora, de antigamente, fãcilmente seduzível (ALFRED ASSOLANT — *Le Droit des Femmes*). Sua instrução de nada diverge da instrução ministrada aos homens. Lê os mesmos livros. Da vida sexual nada ignoram: coito, concepção, gravidez, abôrto, parto. Vive mesmo vida em comum com os homens nos colégios. Os processos conhecidos de sedução, e os imaginados, não os desconhece ela.” (*Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, comentado, quarto volume, 2.^a edição revista e aumentada, 1945, pág. 124).

Dando prosseguimento a seus comentários ao art. 217 do Código Penal, adianta o Autor:

“Um simples *flirt* é considerado sedução, mesmo que o conhecimento entre seduzida e sedutor date de poucos dias, e a família da seduzida e esta própria ignore quem a família do sedutor e vice-versa. Quanto à promessa de casamento, mesmo que feita no ato do coito, vale e deve ser aceita... Como se vê, ao invés de evoluirmos, involuimos. Um pouco mais e iremos parar para além da época romântica. E então, a mulher, que tanto se louva haver igualado ao homem (WILL DURANT) na vida e na atividade, passará a ser pintada, nos julgados criminais, como um ser inferior, fãcilmente enganável e iludível. A verdade é que tão dificilmente se iludem que os germanos antigos, da época de TACITO, segundo VON SCHEFFEL, não temiam seguir seus conselhos.” (*Op. cit.*, pág. 125).

Vingue a lembrança de que o recente Código Penal alemão, a entrar em vigor, *aboluiu* a figura delituosa da sedução, eximindo-se, pois, de incriminá-la. Não se apresenta destituída de fundamento a afirmativa de que a mulher,

cada vez mais, ambiciona igualar-se ao homem, em seus direitos e garantias, matéria pacífica, invulnerável a desmentidos.

Com assiduidade, em companhia do homem, as jovens vêm tomando parte proeminente até em abomináveis atos de *terrorismo*. Que revelem a veracidade da assertiva os contemporâneos e repetidos seqüestros de diplomatas alienígenas e de aviões, crimes de *lesa-humanidade*, como se classificou.

Se existe igualdade, princípio básico da Democracia, não há porque pensar-se em tratamentos legais discordantes entre homens e mulheres. Não há como favorecer-se penalmente as últimas, com injustificável prejuízo respeitadamente aos primeiros.

Não fôsse credora de atenção, omitir-se-ia o erudito NÉLSON HUNGRIA na transcrição dêste “trecho de sentença do juiz JOSÉ DUARTE, uma das figuras de alto-relêvo da Justiça do Distrito Federal:

“Para as raparigas modernas não há segredos, nem ingenuidades... A vida moderna, com os seus exageros, os noticiários escandalosos dos jornais, as revistas livres, os filmes amorais, as danças lúbricas, as palestras enxertadas de malícia, os romances livres, as *garçonnières*, o luxo e ostentação das hetairas, os adúlteros, a prole natural, tudo isso já passou pelo crivo do seu conhecimento, de sua censura, de sua análise e comparação. Acham-se, pois, mais habilitadas para a defesa. E se se entregam ao macho, não é porque tenham sido seduzidas, enganadas na sua ingenuidade de donzelas. Eis porque a figura do art. 217 do Código Penal brasileiro é uma anomalia em face das atuais condições sócio-morais. Os fatores sociais devem ser apreciados no estudo dêste delito, a fim de se evitarem injustiças flagrantes. A ambiência, a educação, o temperamento, a libidinagem influem consideravelmente, nesses casos, que não podem ser, sempre, levados à conta de sedução.” (*Comentários ao Código Penal*, volume VIII, 4.^a edição, 1959, n.^o 52, págs. 168-169).

Forçosa é a aceitação de que, com a *vertiginosa modificação dos costumes*, máxime no que se afina com o procedimento da mulher *moderna*, encontra-se esta perfeitamente a par do escopo dos atos de libidinagem, bem como dos resultados que poderão advir do congresso sexual, quando se deixa de tomar determinadas precauções...

Seguindo a *moda*, proliferam-se as “inexperientes” môças de família ou sociedade, que, quase *desnudas*, provocadoramente, desfilam em praias, vias públicas, colégios, casas de diversões, solenidades e, até mesmo, em catedrais, matrizes ou igrejas. Chega-se ao cúmulo do absurdo de entoarem músicas *profanas*, no interior dos lugares *sagrados*, com o herético beneplácito de sacerdotes que se julgam “modernizados”!...

De idêntica maneira, como serem consideradas as adolescentes que, em propagandas comerciais, vistas a todo instante, retratam situações tipicamente sensuais?...

Felizmente, não há regras sem exceções, e nada do que se realçou pode ser vislumbrado sob um prisma de generalizado pessimismo.

A grandeza do porvir de muito depende da colaboração de uma mocidade sadia!

Com HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, que vem prestando relevantes serviços às nossas letras jurídicas e ao Magistério, ratifique-se o que explana:

“É hoje raríssimo encontrar um caso autêntico de sedução por inexperiência da ofendida. A môça moderna, das grandes cidades, desde cedo encontra no cinema, no teatro, nas praias, nas revistas, nas conversas das colegas mais velhas, uma lição completa do sentido ético-social do primeiro ato sexual, cuja importância até por instinto conhece. Sòmente se poderia falar em inexperiência em relação a certas jovens do interior, criadas em ambientes fechados, cuja educação, hábitos, companhias e modo de vida são rigorosa e austeramente controlados pelos pais, às quais o temor reverencial corta cerce qualquer incursão no domínio dos fatos da vida sexual.” (*Lições de Direito Penal*, 2.º volume, 2.ª edição, 1962, n.º 559, pág. 512).

Entrementes, ressalve-se que, nem mesmo em cidades do interior, aldeolas, fazendas, sítios, campos ou roças, existe ponderável dose de *inexperiência* ou *ingenuidade*, supressivas do discernimento, por parte de adolescentes, donde a necessidade de examinar-se a tipicidade do delito de sedução em hipóteses concretas, e não genéricas, submetidas a julgamento.

Acrescente-se que, no interior, afora as aberrações de *bestialismo*, o ambiente de dia a dia fornece reiteradas visões do estreitamento sexual entre os bichos, normais ou anormais, fatôres que, *precocemente*, despertam a atenção e o instinto de crianças, ainda que de tenra idade.

Chega-se a garantir que o cheiro do feno estimula os apetites do sexo!...

Em *Medicina Legal*, pondera o saudoso HÉLIO GOMES:

“casos existem de homens insensíveis ao coito normal e que se satisfazem com galinhas, patas, ovelhas, vacas, bêstas”, e que “a anomalia é mais freqüente nos *campos* (grifei)”, tendo escrito, outrossim, que BUFFON “notou numerosos exemplos de sodomia nos animais. O galo, após continência, faz de galinha o primeiro galo ou frango que encontra. As próprias galinhas, privadas de galo, reciprocamente se cobrem e são cobertas.” (Op. cit., 7.ª edição, 1963, págs. 451 e 460).

Diante do ponto de vista que não vacilo em defender, e não se vislumbra nisto nenhuma tentativa de dissolução dos costumes, — *em princípio*, a sedução é apenas aceitável ou admissível, em sua tipicidade, quando o coito vagínico se realiza no perpassar de *noivado oficial*, ainda que sem pompas, festas ou comemorações, não bastando as decantadas “promessas de casamento”, na maioria insínceras, mas que têm impressionado Magistrados e Promotores Públicos, com o alheamento de “promessas” que emergem *estuante libidine*, o que acarretaria o não reconhecimento do delito, na conformidade de torrencial jurisprudência.

Por quê não ouvem as atuais *Margaridas* os prudentes conselhos de *Mefistófeles*, quando, por duas vezes, na célebre serenata do *Fausto*, recomenda: “*N’ouvre ta porte, ma belle, que la bague au doigt!*” e “*Ne donne un baiser, ma mie, que la bague au doigt!*”?...

Obtempere-se que, na sedução qualificada, nem sempre decorre a “justificável confiança” das “promessas formulada.” (Acórdão unânime da 3.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, de 26-6-1967, na apelação criminal n.º 49.510, relator Desembargador ODUVALDO JOSÉ ABRITTA. Cf. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, ano VII, 1968, n.º 18, pág. 383).

Mulher decente, dotada de formação moral, não se abandona inerte à concupiscência de namorados, ainda que se prolongue o namôro.

Do contrário, quase sempre, astuta ou luxuriosamente, entrega-se ao homem porque também o deseja, de livre e espontânea vontade, usufruindo da mutualidade do gôzo, do êxtase, do espasmo...

Mas, vivido o fugaz momento, no futuro, refalsadas *Madalenas arrependidas*, pretendem que a Justiça as agasalhe, com pieguices maternas.

Em se tratando de crime de *sedução*, assume o elemento moral uma feição preponderante, de primordial importância ou imprescindível presença. Afastado semelhante *elemento*, não se caracteriza, em absoluto, o aludido crime contra os costumes.

Atento à atualidade, sob os seus variados ângulos, em seu conjunto, portanto, não poderia transformar-se o Órgão Fiscal em vil *instrumento* que ensesjasse, na própria Justiça, a garantia de proveitos espúrios, em tese, de aspecto pecuniário ou casamenteiro...

Incumbe-lhe, isto sim, “promover ou fiscalizar a execução das leis.” (Código do Ministério Público, ou Lei n.º 3.434, de 20-7-1958, art. 3.º).

Apresenta-se-me odiosa a acusação cega, sistemática, intransigente, implacável.

Com o Juiz FERNANDO WHITAKER DA CUNHA, digno Titular da 9.^a Vara Criminal do Estado da Guanabara, declare-se que:

“É certo que fiscalizar ou promover a execução da Justiça por importar em zelo pela observância das leis, nem sempre significa *acusar* (grifei), ou ter uma visão unilateral dos problemas. O fato é que, contemporaneamente, o Ministério Público está sendo guindado às culminâncias que sempre mereceu, em que pesem às controvérsias (mormente em nosso direito: art. 28 do C.P.P.) “*il domino de l’azione penale*”, na clássica expressão de CONSTANTINO CASTORI.” (*Safra Obscura (Estudos e Ensaios)*, 1963, pág. 210).

Todavia, como afirmou alhures o Desembargador MARTINS FERREIRA, “na sistemática do nosso Código de Processo Penal, a posição de *dominus litis* do Ministério Público precisa ser encarada no seu verdadeiro quadrante”.

Porque não tem a Promotoria Pública a obrigação legal de *acusar*, mas, unicamente, a incumbência de “*promover ou fiscalizar a execução das leis*”, sinto-me à vontade para aplaudir o entendimento de que:

“A lei penal não foi elaborada para tutela de môças que não a merecem. Não se pode converter em cinto de castidade de quem se mostra desde logo, à revelia de um sentimento médio de moralidade, inato sentimento de pudor, que todos, homens e mulheres, trazem do recesso do lar e das condições de sua própria formação moral.” (Acórdão da 3.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 11-6-1954. Cf. DIRCEU A. VICTOR RODRIGUES, II volume, 1963, n.º 3.431, pág. 462).

Não sofre contestação a advertência de que, nem constantemente, parte dos homens a *iniciativa* das propostas abertas ou das veladas insinuações para a prática de atos sexuais.

Há casos em que, através de multiformes artimanhas, as mulheres os provocam e atraem, aguçando-lhes ou despertando-lhes os desejos sensuais. E, depois de saciadas, apressam-se na trazida de malefícios, tantas e tantas vêzes, com o induzimento em êrro da própria Justiça.

Comparativamente, na literatura pátria, fulgura o soneto de OLAVO BILAC, intitulado *Os Amôres da Aranha*, onde descreve o poeta parnasiano a conduta da fêmea para com o macho, tão pronto cesse o orgasmo:

“Com o veludo do ventre a palpitar hirsuto
E os oito olhos de brasa ardendo em febre estranha,
Vêde-a, chega ao portal do intrincado reduto,
E na glória nupcial do sol se aquece e banha.

Môscas! podeis revoar sem mêdo à sua sanha:
Mole e tonta de amor, pendente o palpo astuto,
E recolhido o anzol da mandíbula, a aranha
Ansiosa espera e atrai o amante de um minuto...

E ei-lo corre, ei-lo acode à festa e à morte! Um hino
Curto e louco, um momento, abala e inflama o fausto
Do aranhol de ouro e sêda... E o aguilhão assassino

Da espôsa satisfeita abate o noivo exausto,
Que cai, sentindo a um tempo — invejável destino!
À tortura do espasmo e o gôzo do holocausto.”

No n.º 71 da *Exposição de Motivos* do Código Penal ora vigente, chamando a seu favor a autoridade de FILIPO MANCI (*Delliti Sessuali*), elogiou FRANCISCO CAMPOS o ter-se asseverado 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”.

Procede a alegação do insigne EDGARD MAGALHÃES NORONHA sôbre o surgimento de ocasiões em que, “por uma inversão bem compreensível de papéis, a vítima freqüentes vêzes é o homem” (*Direito Penal*, 3.º volume, 1961, n.º 817, pág. 196).

A perdurar a *extravagante* definição legal do crime de sedução, não seria de admirar-se, naquela "*inversão bem compreensível de papéis*", o acréscimo do seguinte ilícito penal:

"Seduzir homem casto, inocente ou ingênuo, menor de dezoito e maior de quatorze anos, e ter com êle conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança."

Em decorrência da *pilhérica* inovação, a mulher passaria a ser o sujeito *ativo* do crime e dêle o homem o seu sujeito *passivo*...

Sem hipocrisia, e com o desprezo que devoto aos puritanos, alardeie-se que, em particular, nos centros urbanos desenvolvidos, torna-se exuberantemente difícil a caracterização do crime do art. 217 do Código Penal, sendo que dêle não é *sucedâneo* ou *subsidiário* o de corrupção de menores, a despeito de recalitrâncias jurisprudenciais:

"É comum, na jurisprudência e na prática judiciária entre nós, haver desclassificação do crime de sedução para o de corrupção de menores quando a final não se reúnem todos os requisitos do primeiro. A corrupção de menores tem assumido, em consequência, a função de crime subsidiário, apresentado-se como aquêle "soldado de reserva", de que falava MANZINI. Essa orientação é incorreta, e contra ela vem reagindo o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados." (Cf. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, 1.^a edição, 1968, n.º 94, págs. 94/95).

Que o crime de corrupção de menores não se apresenta na condição de *subsidiário* ou *sucedâneo* do de sedução, consultem-se os seguintes acórdãos:

"Examinando-se, sob o ponto de vista doutrinário, os elementos constitutivos dos crimes de sedução (art. 217) e de corrupção de menores (art. 218), têm êles os seus limites de diferenciação. Genêricamente considerada, a conjunção carnal, ainda quando possa envolver na prática um ato de libidinagem, sempre foi admitida como ato lícito, não proibido pela lei e pela moral, uma vez que colima a finalidade legal da constituição da família pelo casamento.

Na corrupção de menores, o ato de libidinagem, entretanto, é repellido pela lei e pela moral, sendo certo, ainda, que os atos de libidinagem constituem condição, exigida pelo art. 218 do Código Penal, para a integração do crime de corrupção" (Acórdão unânime das Câmaras Conjuntas Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 14-3-1949, no *habeas corpus* n.º 24.708, relator Desembargador RENATO GONÇALVES. Cf. DARCY ARRUDA MIRANDA, *Repositório de Jurisprudência do Código Penal*, vol. II, 1959, n.º 1.945, pág. 750).

"A condenação por corrupção de menor, nos processos por crime de sedução, depende do reconhecimento de circunstância elementar que não é comum a êsses dois crimes, qual a potenciali-

dade, no caso concreto, do ato imputado ao réu, para produzir a corrupção.” (Acórdão unânime da 2.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 2-8-1948, na apelação criminal n.º 22.031, relator Desembargador BERNARDES JÚNIOR. Cf. DARCY ARRUDA MIRANDA, *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal*, volume III, 1.º Suplemento, 1953, n.º 2.942, página 484).

“A conjunção carnal, desde que não configure o delito de sedução, não se inclui na sanção do art. 218 do Código Penal. Esse crime não é figura subsidiária de qualquer das hipóteses previstas no título VI do mesmo diploma.” (Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação criminal n.º 34.803, relator Desembargador VASCONCELOS LEME. Cit. *Repositório*, volume II, 1959, n.º 2.016, pág. 779).

De qualquer modo, *ad argumentandum*, mesmo que se aprove a *comunidade* de circunstância elementar ou de elementos substanciais no tocante aos crimes de sedução e corrupção de menores — o que considero *inocorrente*, caberia aplicar-se o disposto no art. 384 do Código de Processo Penal, a fim de que se evitasse o *cerceamento de defesa*, surpreendida esta com a inopinada desclassificação do primeiro para o segundo delito, além da consagração da *muldade da sentença*, pelo *cerceamento* ou *omissão* de cautela *imposta* ao Juiz, não obstante o dissentimento jurisprudencial quanto à obrigatoriedade ou não, na espécie, da aplicação do art. 384, que dispõe:

“Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.”

Não há como e porque diferenciar-se a desclassificação *in pejus* da *in melius* para os efeitos da aplicação do referido art. 384 do Código de Processo Penal.

Mostra-se convincente o que leciona o arguto BASILEU GARCIA:

“O texto não distingue. Nem colherá a objeção de que o que se tem em mira é evitar o sacrifício da defesa, gravame que não aparecerá na desclassificação *in melius*. Não colherá, porque do mesmo modo não haveria tal inconveniente no caso de aplicação de pena idêntica à decorrente da peça acusatória inicial; e, todavia, é manifesto que ainda aí a lei faculta a renovação da defesa. Não colherá, por mais uma razão, decisiva. Visa-se, na verdade, impedir dano à defesa. E esse dano consiste — muito mais que impor-se pena maior do que a primitivamente sugerida pela classificação da denúncia ou queixa — em considerar-se, na sentença, o caso através de prisma inesperado, pelo reconhecimento de ele-

mentos substanciais silenciados pelo acusador. Sob êsse aspecto, haverá prejuízo para a defesa, ainda quando resulte a imposição de pena menor.

Assim, por exemplo, se o sujeito ativo do delicto, ao ser denunciado, é referido incurso no art. 219 do Código Penal, por ter raptado mulher honesta, mediante violência, para fim libidinoso, terá direito à providência estabelecida no presente artigo, *caput*, se entender o magistrado, ao receber os autos para a sentença, dever diminuir a pena de um têrço, nos têrmos do art. 221 daquele estatuto, por ter sido o casamento o objetivo colimado. Poderá o acusado possuir razões para convencer de que, mesmo reduzido a aspecto mais benigno a acusação, esta é improcedente, e, entretanto, não ter aludido ao intuito de casamento na sua anterior defesa, por constituir matéria então estranha à inicial.” (*Comentários ao Código de Processo Penal*, volume III, 1945, n.º 455, págs. 503-504).

Jurisprudencialmente, no Egrégio Supremo Tribunal Federal, tem-se que “a desclassificação do crime, ainda que para delito punido com pena mais branda, não pode ser feita pela sentença sem que o acusado seja ouvido sôbre a nova definição.” (Acórdão unânime (sessão plena) de 18-4-1951, no *habeas corpus* n.º 31.539, relator Ministro SAMPAIO COSTA. Cf. DARCY ARRUDA MIRANDA, cit. *Repertório*, volume V, 1954, n.º 4.750, pág. 419).

Quando não bastasse o demasiado rigor, contido em certos julgados, na interpretação e aplicação do art. 217 do Código Penal, há quem negue ao condenado, ainda, a suspensão condicional da pena que lhe é concedida, nas excepcionais circunstâncias do art. 30, § 3.º, *in verbis*:

“A pena de reclusão não admite suspensão condicional, salvo quando o condenado é menor de 21 anos ou maior de 70, e a condenação não é por tempo superior a dois anos.”

É de ver-se que “a menoridade do condenado à pena de reclusão, para efeito da concessão da suspensão condicional da pena (§ 3.º do art. 30, do Código Penal) é referida à data do fato criminoso.” (Acórdão da 3.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, de 3-7-1967, no recurso criminal n.º 6.546, relator Desembargador MAURO GOVÊA COELHO. Cf. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, ano VIII, 1969, n.º 20, pág. 457).

Busca-se para a negativa do *sursis* alicerce no art. 108, n.º VIII, do Código Penal, regulador da extinção da punibilidade pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI, parte especial, aduzindo-se que reside na vontade do condenado pôr têrmo à condenação, pôsto que reparado o mal causado com o seu procedimento para com a vítima.

Restringindo o alcance do art. 30, § 3.º, do Código Penal, externa-se o preclaro NÉLSON HUNGRIA:

“Questão que já foi trazida aos Tribunais, com o advento do Código de 40, é a de saber-se, se, sendo menor de 21 anos o réu de crime sexual, pode ser-lhe concedida a suspensão condicional da pena (em face do art. 30, § 3.º), não obstante negar-se ao casamento com a ofendida. No Distrito Federal, alguns juizes da primeira instância têm decidido no sentido afirmativo; mas o Tribunal de Apelação, cassando tais decisões, acentuou justamente que, se uma das causas de revogação do *sursis* é a de que o beneficiário *frustre a reparação do dano* (art. 59, n.º II), não se compreende que se outorgue o favor legal ao réu que, mesmo antes de obtê-lo, se recusa, não obstante *solutus*, e sem motivo excepcionalmente grave, a desposar a ofendida, isto é, a reparar adequadamente o mal praticado.” (*Comentários ao Código Penal*, 4.ª edição, 1959, volume VIII, n.º 72, pág. 259).

Não comporta outra solução o novo Código Penal (arts. 243, 71, segunda parte, 91, n.º I, e 73, n.º II).

A adotar-se o critério de NÉLSON HUNGRIA, confundir-se-iam dois institutos diversos: o da *suspensão condicional da pena* e o da *extinção da punibilidade*.

Nos crimes contra os costumes, porventura quisesse o legislador negar o *sursis*, teria ressalvado expressamente a negativa do art. 30, § 3.º.

Não se compreende, por isso, que, em face da meridiana clareza dêsse dispositivo legal, ainda se forceje apoio para tal negativa nos arts. 74, n.º I, e, principalmente, 59, n.º II, do Código Penal vigente.

Mas, a despeito do que sustenta NÉLSON HUNGRIA a propósito da não concessão do *sursis*, quando o sujeito ativo, embora menor e primário, não desposa a ofendida naqueles crimes contra os costumes, entre eles a sedução, tem cabimento lembrar-se o que já disse o mesmo comentador do nosso Código Penal, na 1.ª Conferência de Desembargadores:

“... ao menor de 21 anos, primário no crime e não perigoso, deve-se evitar o ferrêta da prisão, que talvez o degrade irremissivelmente; e ao septuagenário, com um passado sem crimes, e sem periculosidade, deve-se poupar o cumprimento de uma pena de curta duração, que, afinal de contas, redundará sem finalidade prática. Não há, com tais decisões, *lógica de sentimento*, mas boa política criminal e rigorosa lógica jurídica.” (*Anais da Primeira Conferência de Desembargadores*, pág. 339).

Preferindo a suspensão condicional da pena à extinção da punibilidade pelo matrimônio com a vítima, exerce o condenado irretorquível *direito*, visto que, por sua natureza, não colide o crime de sedução com os requisitos aplicáveis à concessão da medida.

A indenização ou reparação do dano de que cuidam os citados ns. I e II dos arts. 74 e 59 circunscrevem-se ao *dano patrimonial*, motivo pelo qual impõe-se a revogação do *sursis*, quando, *solvente* o beneficiário, frustra o ressarcimento do prejuízo.

Doutrinariamente e, com melhores argumentos, discordando de NÉLSON HUNGRIA, leciona EDGARD MAGALHÃES NORONHA:

“A verdade é que não existe lei que *obrigue* o réu a casar com a vítima. Nem poderia existir. É, entretanto, o que se pretende fazer com a singular interpretação do art. 59, n.º II, do Código Penal.

Inegável, portanto, que na própria lei civil não é o matrimônio o único meio de reparação à mulher agravada em sua honra.

Por fim, há a acrescentar que se o fato de o acusado não casar com a ofendida é impediante do *sursis*, chegar-se-ia a esta conclusão aberrante: nos crimes contra os costumes, só merece *sursis*... quem dêle não precisa porque casou com a vítima...

Conclui-se, dêsse modo, que, seja em face da legislação alie-nígena, quer perante nosso diploma, não impede o *sursis* o fato de não casar o réu com a ofendida.” (*Direito Penal*, 3.º volume, 1961, n.º 857, pág. 322).

Em processo de *sedução*, vencido o ilustrado Desembargador BASILEU RIBEIRO FILHO, “por considerar convincente a lição de NÉLSON HUNGRIA”, assentou a Egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara que, “sendo o agente menor e primário, tem direito à suspensão condicional da pena.” (Acórdão de 1-2-1968, na apelação criminal n.º 51.388. Cf. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, ano VIII, 1969, n.º 21, págs. 410-411).

Foi relator do venerando acórdão o não menos ilustre Desembargador HAMILTON DE MORAES E BARROS, meu querido Mestre na então Faculdade de Direito do Rio de Janeiro e, diga-se de passagem, em companhia dêsse Magistrado, tive a honra de iniciar-me na Promotoria Pública, junto à 15.ª Vara Criminal, substituindo o nobre colega, Dr. ANTÔNIO CLÁUDIO BOCAYUVA CUNHA, hoje Curador de Acidentes de Trabalho.

Ainda em processo de *sedução*, julgou a Colenda Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal:

“Atendendo a que o criminoso era menor ao tempo do delito e que não registra assentamentos criminais em seus antecedentes, em conformidade com o disposto no art. 57 combinado com o art. 30, § 3.º, do Código Penal, concede-se-lhe a suspensão da execução da pena.” (Ac. de 14-6-1948, na apelação criminal n.º 9.856, relator Desembargador HOMERO PINHO. Cf. DARCY ARRUDA MIRANDA, *Repositório de Jurisprudência do Código Penal*, volume II, 1959, n.º 1.912, pág. 742).

Não há como persistir-se em discussões inócuas sobre a possibilidade da concessão do *sursis* ao delinqüente menor e primário, e que reúna os requisitos para essa obtenção, independentemente do enlace matrimonial do condenado com a ofendida, tanto mais que, sem discrepância de voto, assim decidiu o Pretório Excelso, conforme consta da *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* (ano IV, n.º 13, 1966, pág. 133):

“Afirmou o Supremo Tribunal Federal, no h.c. 42.563, relator o eminente Min. PEDRO CHAVES, por unanimidade, que constituiu constrangimento ilegal deixar de conceder a suspensão condicional da pena a réu menor, de bons antecedentes, e que reúna todos os requisitos para a obtenção do *sursis*. A hipótese era de sedução, e, como se sabe, ensina NÉLSON HUNGRIA ser incabível a suspensão condicional em tal caso, por recusar-se o réu à reparação do dano.” E, a seguir, comenta-se na abalizada *Revista*: “Julgamos que a orientação do Supremo Tribunal Federal é exata e conveniente. O disposto no art. 59, n.º II, do Código Penal, *sòmente se refere ao dano patrimonial* (grifei). Por outro lado, não há interêsse em forçar a constituição de família sem base afetiva, que certamente conduzirá à desgraça e à perturbação social.”

“Desgraça” e “perturbação social” alastram-se, agora, nos domínios do Direito Civil, enquanto não vier a legalização do *divórcio* neste País. E a *evolução* haverá de eclodir, mais cedo ou mais tarde, custe o que custar. Cogita-se de imposições determinadas pelas contingências atuais.

Todavia, em síntese, as cláusulas em que se assentarem o *divórcio* não podem consentir na guarida de insensatas, levianas ou abusivas liberalidades, urgindo prudência ou comedimento.

Juridicamente, fixada a inviabilidade de constranger-se alguém ao casamento, por outro lado, desfaçam-se os vínculos matrimoniais pelo *divórcio*, desde que realmente necessário, em benefício dos cônjuges, da família e da própria coletividade.

Em alguns casos, exclusivamente o *desquite* não tem o poder para elidir irremediáveis obstáculos, resultantes de incompatibilidades conjugais.

A respeito do assunto, não seria razoável esquecer-se a tenacidade do jurista NÉLSON CARNEIRO, que se baseia em sólidos argumentos tendentes à aprovação legal do *divórcio*.

Claro está que a harmonia da vida conjugal não se daria diante da inexistência de uma conexão de vontades e, releve-se, contraproducente seria o matrimônio do agente da sedução com a vítima, sem espontâneo ou natural *querer* do sujeito ativo, a fim de aproveitar-se da extinção da punibilidade pelo seu casamento com a ofendida, não obstante fazer jus à suspensão condicional da pena...

No Código Penal, em hipótese da condenação do sedutor, não fica o sentenciado no dever de *dotar* a ofendida, originando-se daí o impecilho de se lhe negar o *sursis*, uma vez que apareçam agregados os requisitos para a sua concessão.

Antijurídicas são, pois, as decisões que promanam de alguns julgados.

Não encerra o Código Penal de 1940 o que se achava estatuído no diploma anterior, e a obrigação legal de *dotar* a vítima, agravada em sua honra, está regulada no lugar adequado, qual seja o Código Civil. (Cf. NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, 4.^a edição, 1959, volume VIII, n.º 73, pág. 261).

Conseqüentemente, “não é possível impor, como condição do *sursis*, prestação alimentícia à ofendida, matéria que só no juízo cível pode ser decidida.” (Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na apelação criminal n.º 11.331, relator Desembargador OLDEMAR TOLEDO. Cf. DARCY ARRUDA MIRANDA, *Repositório de Jurisprudência do Código Penal*, volume II, 1959, n.º 1.924, pág. 746).

Menos ainda o seria a imposição do casamento, porque este ato, como causa imediata da extinção da punibilidade (Cód. Penal, art. 108, n.º VIII), estaria a prejudicar a concessão feita, em forçada limitação ao prazo da prova, e equivaleria à cassação da medida em oposição à própria finalidade, qual a de evitar, mediante o cumprimento de condições outras, a inexecução da pena (Cód. Penal, art. 59, § 4.º).

Em que pese ao ilibado conceito dos eminentes Desembargadores ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA, ROBERTO MEDEIROS e CARLOS LUIZ BANDEIRA STAMPA, unânimemente, adotam êsses Juizes de segunda instância uma definição nitidamente *revolucionária*, quando deliberam “que a extinção da punibilidade pelo casamento do ofensor com a vítima, nos delitos sexuais, tem caráter personalíssimo. Não abrange os co-autores.” (Ac. da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, de 7-11-1963, no *habeas corpus* n.º 19.215, relator Desembargador ROBERTO MEDEIROS. Cf. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, ano III, 1964 n.º 6, pág. 403).

Em sentido diametralmente oposto, e com tôda a procedência, no Tribunal de Justiça de São Paulo, decidiu-se que, “casando o ofensor com a vítima da sedução, extingue-se a punibilidade, desaparecendo, outrossim, a responsabilidade penal dos demais participantes do crime. Continuar o processo, para serem punidos os partícipes, autores ou cúmplices, seria romper o silêncio que se impõe sobre o fato, com manifesto prejuízo para a família recém-constituída.” (Acórdão no recurso criminal n.º 39.889, relator Desembargador THOMAZ CARVALHAL. Cf. DARCY ARRUDA MIRANDA, *Repositório de Jurisprudência do Código Penal*, volume I, 1959, n.º 830, pág. 281).

Perspicazmente, e acompanhando a boa doutrina, rebate ALCIDES MUNHOZ NETTO as conclusões daquele venerando acórdão da Justiça guanabarina, feita a ressalva, segundo a qual, “permitimo-nos observar que a nova orientação não é das mais felizes, em que pese à autoridade dos argumentos em que o julgado se funda.” (*Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ano II, n.º 5, 1964, págs. 133-137).

Nas vinte Varas Criminais não especializadas do Estado da Guanabara, reflete-se, *quantum satis*, a desfaçatez de elevada quantidade de pessoas que, destituídas da menor parcela de escrúpulo, renitentemente, almejam a punição de seus sedutores.

Não se duvide, porém, desta irretorquível verdade: — apesar dos olhos vendados, THEMIS não é tão cega como se pretendê ou supõe!...