

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA
UNIVERSIDADE DO RECIFE
FACULDADE DE DIREITO

O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E O CÓDIGO
PENAL DE 1940

EDGAR ALTINO

Professor Catedrático de Medicina Legal na Faculdade
de Direito da Universidade do Recife

SEPARATA DO VOL. II DOS ESTUDOS JURÍDICOS EM HONRA DE SORIANO NETO
RECIFE * PERNAMBUCO * 1962

F
340.71
A468c







MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA
UNIVERSIDADE DO RECIFE
FACULDADE DE DIREITO

O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E O CÓDIGO
PENAL DE 1940

EDGAR ALTINO

Professor Catedrático de Medicina Legal na Faculdade
de Direito da Universidade do Recife

SEPARATA DO VOL. II DOS ESTUDOS JURÍDICOS EM HONRA DE SORIANO NETO
RECIFE • PERNAMBUCO • 1962

X²
Comunidade de Recife
Propriedade de Direto
CISCA
46 30/106

Composto e impresso
nas oficinas gráficas
da Imprensa Oficial
Recife - 1962

O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E O CÓDIGO PENAL DE 1940

Edgar Altino

Professor Catedrático de Medicina Legal na Faculdade de Direito da Universidade do Recife

O Cód. Civil Brasileiro (Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916), em sua parte geral, Livro I — “Das pessoas naturais”, dispõe:

Art. 5.º — São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: —

I — Os menores de 16 anos;

II — Etc., etc.

Importa-nos apenas este limite da menoridade civil, isto é, o da incapacidade absoluta. Isto está de pé. E' vigente. Nenhuma lei posterior expressamente o revogou.

No entanto, o Cód. Penal, de 1940 (Decreto-lei n.º ... 2.848 de 7 de dezembro de 1940), inseriu dispositivos que parecem colidir com aquêle texto da lei civil. Senão vejamos.

O Cód. Penal, em sua parte especial, título VI, Capítulo I — “Dos crimes contra a liberdade sexual”, dispõe:

Art. 213 — Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça

Pena — reclusão, de 3 a 8 anos.

Art. 215 — Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude:

Pena — reclusão de 1 a 3 anos.

Parágrafo único — Se o crime é praticado contra mulher virgem menor de 18 e maior de 14 anos.

Pena — reclusão de 2 a 6 anos.

No capítulo II — “Da sedução e da corrupção de menores” determina:

Art. 217 — Seduzir mulher virgem, menor de 18 anos e maior de 14, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:

Pena — reclusão de 2 a 4 anos.

E no Capítulo III — “Do Rapto”:

Art. 219 — Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:

Pena — reclusão, de 2 a 4 anos.

Art. 220 — Se a raptada é maior de 14 anos e menor de 21, e o rapto se dá com seu consentimento:

Pena — detenção, de 1 a 3 anos.

Seguem-se, no Capítulo IV, as “Disposições gerais” em que diz o:

Art. 224 — Presume-se a violência se a vítima:

a) não é maior de 14 anos;

Não interessam, para a presente apreciação, as demais modificações de violência presumida.

A legislação anterior ao Código vigente, consubstanciada na Consolidação de Leis Penais, dispunha:

Art. 267 — Deflorar mulher de menor idade, empregando sedução, engano ou fraude:

Pena — prisão celular por 1 a 4 anos.

Art. 268 — Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena — prisão celular por 1 a 6 anos.

§ 1.º — Se a estuprada for mulher pública ou prostituta:

§ 2.º — Se o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada da quarta parte.

Art. 269 — Chama-se estupro o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprêgo da fôrça física, como o de meios que privem a mulher de suas faculdades psíquicas, e assim, da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hipnotismo, o clorofórmio, o éter e, em geral, os anestésicos e narcóticos.

Art. 272 — Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no Capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida fôr menor de 16 anos.

O Cód. Penal vigente colocou, no Título VI, os crimes contra os costumes, tratando, no Capítulo I, dos crimes contra a liberdade sexual.

Deve entender-se como **liberdade sexual** a capacidade inerente à pessoa natural, civilmente capaz, de um ou de outro sexo, de aceitar ou ter relações sexuais com quem lhe aprou-ver, do sexo oposto.

O constrangimento, de que fala o art. 213, resultará de violência ou de grave ameaça, seja qual for a situação social da mulher, enquanto que o crime do art. 215, contra a mulher honesta, caracteriza-se pela fraude empregada. Mas se a mulher é virgem, menor de dezoito e maior de quatorze anos, a penalidade é aumentada (reclusão de 2 a 6 anos).

Evidentemente é cousa discutível, nesses dispositivos, a conceituação de — a) violência, b) grave ameaça, c) fraude, e sua comprovação deverá ser insofismável.

De qualquer modo, porém, haverá um procedimento que quebra a resistência da vítima, seja a violência física, a ameaça de natureza moral, de feição variadíssima, ou a fraude por sugestão, promessa, engano, sono hipnótico ou barbiturico, estes dois últimos casos assumindo o duplo aspecto de fraude e de violência presumida.

Quero limitar-me, nestas considerações, à questão da conjugação carnal heterossexual, isto é, normal.

Ora, nas “Disposições gerais” vimos que o art. 224, letra a, manda presumir a violência quando a vítima **não fôr maior de 14 anos**.

No caso do art. 217 — Crime dito de sedução — a vítima terá de ser mulher virgem, **menor de 18 e maior de 14 anos**. — Não há aqui violência, nem ameaça, nem fraude, mas apenas o aproveitamento, por parte do sedutor, da inexperiência ou justificável confiança da vítima que, no entanto, consentiu, colaborou, sem constrangimento. Igualmente, no caso de rapto (art. 220), se a raptada, **maior de 14 anos** e menor de 21, consentiu, colaborou.

Em ambos os casos, porém, essa **maior de quatorze anos** — que não atingiu ainda os **dezesesseis**, estará incluída naquêlê art. 5.º — a princípio citado, do Cód. Civil — que a declara incapaz, absolutamente, para todos os atos da vida civil, in-

clusive, é óbvio, o de consentir. Parece, então, que aquêles consentimento que talvez haja decorrido da inexperiência ou justificável confiança a que se refere o art. 217, ou de qualquer outro motivo, como no rapto consensual, **aquêles consentimento**, no caso de mulher que não haja ainda atingido os 16 anos, não poderá ser juridicamente válido.

Porque o Cód. Penal reduziu a idade para a presunção da violência a nível inferior àquele, dos 16 anos, consagrado no Cód. Civil?

Vejamos as razões justificadoras da política criminal do novo Código.

A “Exposição de Motivos” que acompanhou à sanção presidencial — o projeto do Código de 1940, refere-se aos crimes contra os costumes, demorando-se (n.º 70), na apreciação dos crimes contra a liberdade sexual, tais o estupro e o atentado violento ao pudor. Entende-se presumida a violência, diz o Ministro Francisco Campos, quando a vítima (art. 224, a) não é maior de 14 anos.

“Como se vê”, continua o Ministro, “o projeto diverge substancialmente da lei atual; reduz para o efeito de presunção de violência, o limite da idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de 16 anos)”. E aduz: “Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso das adolescentes, é a **“innocentia consilii”** do sujeito passivo, ou, seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que **não se pode dar valor algum ao seu consentimento**”. Grifamos nós.

E continua Francisco Campos:

“Ora, na época atual seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 anos completos já tem uma noção teórica bastante exata dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem”.

Não acredito que se possa, assim, generalizar o conceito. Esse conhecimento, **bastante exato**, só poderia resultar da ministração de uma educação sexual que estamos longe de ter, mas, se houvesse, seria, de certo, a profilaxia do crime e da lascívia. Essa lascívia que se origina do libído normal e se completa pelas influências sociais malsãs, ao sabor da evolução fisiopsicológica da puberdade, está a merecer nossa atenção como fato social a evitar. Por isso mesmo, mais do que nunca, e sem hipocrisia, está a jovem, maior de 14 anos que ainda não atingiu os 16, a exigir a proteção que o Código Civil lhe assegura — declarando-lhe juridicamente inválido o consentimento. A presunção de violência permanece, assim, visceralmente ligada à menoridade civil absoluta. A menor de 16 anos é absolutamente incapaz para todos os atos da vida civil, para consentir inclusive.

Vejamos agora outro caso. Acompanhemos a “Exposição”, n.º 71:

“Sedução é o nome juris que o projêto dá ao crime atualmente denominado defloramento”.

Um dos requisitos, aqui, da nova concepção penal constitue o fato do sujeito passivo do delito ser a mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos.

São dados os motivos que levaram o legislador à redução da idade limite superior, em relação ao Código de 1890. São eles — a permissão constitucional para o alistamento eleitoral aos 18 anos; a fixação nessa idade da maioridade penal; e, por fim, à força dos fatos da vida moderna, ante os quais não se

poderá mais pretender que, aos 18 anos, não esteja a mulher, nas cidades ou nos campos, sexualmente emancipada.

Quanto ao limite inferior prevalecem as razões exaradas no n.º 70, já referido quanto ao estupro.

Como se vê, a exposição de motivos não nos trouxe subsídios à resolução do nosso ponto de vista, do conflito de leis. Entendeu-se de baixar o marco cronológico da presunção de violência, *tout court*, sem a menor preocupação pelo Código Civil.

Andamos, então, em busca dos comentadores do Código Novo, e, entre êles, recorreremos aos mais autorizados (Nelson Hungria e Romão Cortes de Lacerda — *Comentários ao Código Penal — Rio — 1947*).

Ainda aqui não nos adiantou a consulta. À pg. 221 do vol. VIII, n.º 69, lê-se:

“O Código **presume** ou **finge** a violência, nos crimes sexuais, quando a vítima, por sua tenra idade, ou morbidez mental, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido” e na página seguinte, ainda n.º 69, linhas 19 afirma:

“O consentimento (no sentido natural) pode existir (e existe na maioria dos casos), embora não seja juridicamente válido”.

Mas então, que diploma legal regulará essa validade jurídica? O Código Civil ou o Penal, cada um dêles determinando diferentemente o limite mínimo de idade, abaixo do qual é, juridicamente insubsistente o consentimento?

Tratando do Rapto, pg. 206, n.º 63, terceiro parágrafo, no mesmo volume, diz o comentador citado:

“O dissenso da vítima deve ser constante; se, em momento sucessivo, adere à vontade do agente, deixa de haver crime, salvo se é menor de 21

anos, pois em tal caso restará o “**rapto consensual**” ou, se não é maior de 14 anos, haverá o próprio “**rapto violento**”, ex-vi do art. 224 letra a)”.

Quanto ao rapto consensual, esclarece o comentarista (n. 64, pg. 208, op. cit.) que, de acôrdo com a “Exposição de Motivos”, foi conservado o limite da menoridade civil como resguardo à intangibilidade do pátrio poder, ou, se se trata de órfão, não tutelado, à força da **patria potestas**.

E, “não deixa de existir o crime no caso em que pai ou tutor hajam também consentido no rapto, pois que são **irrenunciáveis** os direitos-deveres que o pátrio poder e a tutela encerram”.

E nada mais se contém, nos comentários em tela, que possam despertar a mais leve intranquilidade no conceituar do consentimento inválido, **de jure**, só abaixo dos 14 anos.

Outro comentador, Ed. Magalhães Noronha (Crimes contra os costumes, edição Saraiva, 1943, S. Paulo) tratando do “Rapto”, pg. 256, reporta-se também à “Exposição de Motivos”, a justificar que aqui a lei penal adotára o limite da menoridade traçado pela lei civil.

Vale, porém, a longa citação que se vai ler, porque esse texto vem, afinal a suscitar interessante questão de **desarmonia** de leis, dando-me redobrado ensejo no apurar das considerações que venho expondo.

E’ assim que, tratando do **rapto consensual**, comenta Noronha (pg. 256, op. cit.):

“Se a espécie criminosa é dada pelo consentimento da menor, a lei repressiva não se podia afastar da lei civil. Se, acaso, se mantivesse no limite da menoridade penal — dezoito anos — teria colidido com o Código Civil, reconhecendo a cessação do pátrio poder nessa idade e firman-

do que uma pessoa incapaz ainda por aquêlê diploma, podia transigir e abrir mão de direitos outorgados concomitantemente a seus pais”.

E, poucas linhas adiante:

“Mais uma vez, entretanto, se acentúa o efeito pernicioso da falta de unidade científica, de uniformidade das nossas leis”.

Em seguida, invocando a maioria política que, diz Noronha, a Constituição confere, em capacidade de voto eleitoral, às pessoas de 18 anos, conclue propugnando, afinal, pela reforma do Código Civil. Mas só — quanto à redução dos 21 para os 18 anos. Pois não lhe pareceu chocante o desacerto entre os 14 anos penais e os 16 civis, no julgar do consentimento juridicamente inválido. Tanto assim que, rebatendo em outra tecla, insiste Noronha:

“Não se compreende hem maioria política aos dezoito anos, ao lado da menoridade civil. O que redundará disso, são absurdos como o que vamos expôr.

“Com efeito, tangido pela lei civil, como disse-mos, o Código Penal adotou, neste artigo, a menoridade dos vinte e um anos, não obstante ser a maioria penal dada pelos dezoito anos completos. Suponhamos, agora, estes dois casos. Uma mulher de vinte anos, vivendo no lar paterno, mas comungando de idéias *avançadas*, considerando-se o que se chama uma “mulher emancipada”, tendo como atrasados e anacrônicos os princípios educacionais a que se aferram seus pais, aceita a proposta, o convite, a instigação de um homem para com êle sair de casa e ser iniciada nos prazeres da carne, aos quais, por escrúpulo, — resquício ainda da educação pa-

terna, — ela não permite ir até a destruição de sua virgindade. Sai, então, com o proponente e, com êle, longe do lar doméstico, demora-se em práticas libidinosas, até que, satisfeitos os seus desejos, torna, no dia seguinte, ao seio dos parentes, que, podem nem ter dado pela sua ausência. Deu-se o **rapto consensual** e se houver queixa à Polícia e conseqüente processo, pode o réu ser condenado a cumprir, na Penitenciária, três anos de detenção.

Mas, se a mesma moça, apaixonada e seduzida pelo agente, entrega-lhe sua virgindade no próprio tálamo paterno e, se o pai a apanha em flagrante, terá de se limitar a dizer-lhes que sejam felizes ou façam bom proveito”...

Ressalta, então, Noronha que em ambos os casos o pátrio poder é ofendido e a diversidade de limites dados pelas leis civil e penal leva a conclusões como esta, parecendo-lhe que o Código Civil terá de mudar o seu critério, adaptando-se ao Penal, pois êste teria a seu favor a suprema Lei do País.

O raciocínio do brilhante comentador paulista leva-me a concluir que, **em face da diversidade de limites dados pelas leis civil e penal quanto às metas inferiores (16 e 14. anos)**, o crime do art. 217, quando a vítima fôr menor de 16 anos — passará a considerar-se o crime do art. 213, pois se a menor de 16 anos, de acôrdo com o Código Civil não pode consentir juridicamente, há de presumir-se, no caso, a violência, em que pese ao Código Penal que a rebaixou para as menores de 14 anos.

No entanto, não procede o reparo de Magalhães Noronha, nem sua proposta de que se adapte o Código Civil ao Penal.

A fixação dos 18 anos para a maioridade sexual, como a estabeleceu o Código Penal, não decorreu da Constituição que é posterior ao Código.

E', aliás, força de expressão pretender que a Constituição outorgou a maioridade política aos 18 anos. Ao maior de

18 anos constitúe dever constitucional ser eleitor; é mais do que um direito. Mas antes dos 21 anos, é-se ainda inelegível. Onde a maioridade política?

Não promanou também da maioridade penal, pois aqui trata-se de sujeito ativo e ali de sujeito passivo do delito.

Mas é o próprio Código Civil que estabelecendo o período dos 16 aos 21 anos, período que poderemos chamar de biológico-jurídico, da menoridade relativa, confere ao indivíduo, nessa etapa da vida humana, capacidade restrita, para certos atos da vida civil.

Aos 18 anos pode o homem casar; aos 16 anos pode a mulher casar; ambos podem consentir e esse consentimento é juridicamente válido, embora sob a égide do pátrio poder.

Mas, se pai ou tutor **anúe ao casamento**, que d'outra forma não se poderia realizar, e, a despeito disto, **surge a recusa** de um dos nubentes, entre os dezesseis e vinte um anos, também se não realizará o contrato nupcial, ou **anular-se-á**, se consumado por coação, evidente, assim, o valor jurídico do consentimento nêsse período de capacidade civil relativa.

A maioridade sexual aos 18 anos, fixou-a o Código Penal, então, dentro do Código Civil. Bem ou mal, mas sem arranhões.

Aliás, vale transcrever as judiciosas palavras de Basileu Garcia (Prefacio aos "Crimes contra os costumes" de Ed. Magalhães Noronha, op. cit.), referindo-se ao limite dos 18 anos para o crime de sedução:

"Enquanto escrevo, penso no sofrimento da jovem seduzida aos 19, aos 20 anos. Ela não é essencialmente diversa da de 17 ou 18. Bem pouco aprendeu a mais acêrca das torpezas humanas e não adquiriu ainda a experiência de que necessitaria para acautelar-se da perfidia. Poderia ser eleitora... seria apenas mais uma inconsciente eleitora, tão inabil para cogitar dos destinos da pátria, como incapaz de preservar a própria honestidade".

A menoridade antes dos 14, quando até os 16 o clima é de absoluta incapacidade, é que não se pode aceitar pacificamente. As duas idades civil e penal "hurlent de se trouver ensemble".

Porisso é que, parece-me, deve-se ainda respigar, e nem a Exposição de Motivos nem os comentadores do Código Penal de 1940 o demonstraram, — a justificativa, a procedencia, o fundamento juridico, a legitimidade da subversão que o Código Penal perpetrou quanto aos "crimes contra os costumes" no que toca à presunção de violência, do art. 224 a), em face do Código Civil.

F
340.71
A468c

F. D. R.
Doação

6.8.1962

Luiz Jan. 65 / agosto 67 (cc nome)

Altino, Edgar, 1890-

Luiz Jan / 1981
i/81

nome completo Edgar Altino Correia de Araujo

p-90

hw-mais / 88

A. lego chaves

SCR 62-1750

NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA



