

Lei 11.106/2005: novas modificações ao Código Penal brasileiro

Autor: Renato Marcão

(Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor de Direito Penal, Político e Econômico, Mestre em Direito Penal, Político e Econômico,
autor de diversas obras)

| Artigo publicado em 18.07.2005 |

Sumário:

1. Introdução; 2. Sobre as modificações introduzidas; 2.1 Art. 148 do Código Penal; 2.1.1 Sobre o §1º, inc. I; 2.1.1.1 Crime praticado contra companheiro; 2.1.2 Sobre o § 1º, inc. IV: crime praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; 2.1.3 Sobre o § 1º, inc. V: crime praticado para fins libidinosos; 2.2 Considerações gerais; 2.3 Art. 215 do Código Penal; 2.4 Art. 216 do Código Penal; 2.4.1 Sujeito passivo; 2.4.2 Parágrafo único do art. 216 do Código Penal; 2.5 Causas de aumento de pena; 2.5.1 Sobre o inciso I; 2.5.2 Sobre o inciso II; 2.5.2.1 Texto suprimido; 2.5.2.2 Texto acrescentado; 2.5.2.3 Aumento de pena nas hipóteses do inciso II; 2.6 Capítulo V - Do lenocínio e do tráfico de pessoas; 2.7 Mediação para servir a lascívia de outrem; 2.8 Tráfico internacional de pessoas; 2.9 Tráfico interno de pessoas; 2.10 Irretroatividade da lei mais severa; 2.10.1 Reflexo sobre as novas figuras típicas; 2.10.2 Reflexo sobre a pena de multa cumulada; 3. Dispositivos revogados; 3.1 Sobre os incisos VII e VIII do art. 107; 3.2 Sobre o art. 217; 3.3 Sobre o art. 219; 3.4 Sobre o art. 220; 3.5. Sobre os arts. 221 e 222; 3.6 Sobre o inciso III do caput do art. 226; 3.7 Sobre o § 3º do art. 231; 3.8 Sobre o art. 240; 4. Considerações finais.

1. Introdução

Entrou em vigor no dia 29 de março de 2005, data de sua publicação, a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, que alterou o Código Penal brasileiro em relação ao disposto nos arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescentou o art. 231-A.

Por força do disposto no art. 3º da referida lei, o Capítulo V (Do lenocínio e do tráfico de mulheres) do Título VI (Dos crimes contra os costumes), da Parte Especial do Código Penal, passou a vigorar com o seguinte título: "Do lenocínio e do tráfico de pessoas".

Além das modificações acima indicadas, e em razão do disposto em seu art. 5º, o novo diploma legal revogou os incisos VII e VIII do art. 107, os arts. 217, 219, 220, 221, 222, o inciso III do caput do art.

226, o § 3º do art. 231 e o art. 240, todos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Em sentido amplo, as modificações foram sensíveis e as novas regras reclamam, desde logo, apreciação reflexiva para uma melhor compreensão de todos os temas abordados.

2. Sobre as modificações introduzidas

Para uma melhor compreensão, passaremos a analisar cada uma das modificações introduzidas no Código Penal, na exata mesma ordem de disposição constante da Lei 11.106/2005, e depois, em tópico distinto, cuidaremos de tecer considerações a respeito das regras revogadas, tudo conforme segue.

2.1 Art. 148 do Código Penal

No caput do 148 do Código Penal estão descritas as condutas que tipificam o seqüestro e o cárcere privado. Ao narrá-las, o legislador assim dispôs: “privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado”.

A pena prevista para as hipóteses do caput é de reclusão, de um a três anos.

Na precisa visão de NÉLSON HUNGRIA: “Entende ROMEIRO (Dicionário de direito penal), que o cárcere privado é um genus, de que o seqüestro é uma species: ‘O crime de cárcere privado pode tomar a forma de detenção ou de seqüestro; dá-se a detenção quando a violência exercida sobre a pessoa consiste no impedimento ou obstáculo de sair de um certo e determinado lugar; no seqüestro compreende-se o fato de conservar a pessoa em lugar solitário e ignorado, de modo que difícil seria a vítima obter socorro de outro’. Parece-nos, entretanto, mais acertado dizer que o seqüestro é o que é o gênero e o cárcere privado a espécie, ou, por outras palavras, o seqüestro (arbitrária privação ou compressão da liberdade de movimento no espaço) toma o nome tradicional de cárcere privado quando exercido in domo privata ou em qualquer recinto fechado, não destinado à prisão pública. Tanto no seqüestro quanto no cárcere privado, é detida ou retida a pessoa em determinado lugar; mas, no cárcere privado, há a circunstância de clausura ou encerramento. Abstraída esta accidentalidade, não há que distinguir entre as duas modalidades criminais, de modo que não se justificaria uma diferença de tratamento penal”. (1)

Evidencia-se como objeto jurídico da tutela penal a liberdade individual, a liberdade de ir e vir, ficar, permanecer; a liberdade de locomoção, em última análise.

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, assim como qualquer pessoa está em condição de ser sujeito passivo.

O elemento subjetivo é o dolo. Basta o dolo genérico para a configuração e não há forma culposa.

Admite-se a tentativa.

Conforme CELSO DELMANTO e outros: "É delito material, que se consuma no momento em que ocorre a privação; é permanente, sendo possível a prisão em flagrante do agente, enquanto durar a detenção ou retenção da vítima". (2)

Seus §§ estabelecem figuras qualificadas, e as modificações feitas pela nova lei estão dispostas no §1º.

2.1.1 Sobre o § 1º, inc. I

O § 1º estabelece formas qualificadas em que a pena é de reclusão, de dois a cinco anos, e quanto à pena nada mudou.

Em sua antiga redação, o inc. I do §1º do art. 148 do Código Penal assim dispunha: "Se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge do agente ou maior de 60 (sessenta) anos".

A nova redação tem o seguinte texto: "Se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos".

A proteção penal agora foi estendida ao companheiro do agente.

2.1.1.1 Crime praticado contra companheiro

Entenda-se: companheiro ou companheira.

Aqui a redação ampliou o rol das formas qualificadas, tendo em vista a necessidade de tratamento igualitário entre "cônjuge e companheiro" como decorrência do novo perfil jurídico-constitucional desta última situação reguladora de relacionamentos, que não está amparada nas mesmas formalidades que protegem os cônjuges.

Antes da previsão expressa, não era possível estender a forma qualificada aos autores de tais crimes praticados contra companheiros em razão de estar vedada, em Direito Penal, a interpretação ampliativa do alcance da norma de maneira a ensejar resultado gravoso ao réu.

O sistema de proteção encontrava-se falho, omissivo, e isso ao menos desde a Constituição Federal de 1988, tendo em vista a nova disciplina indicada para o tratamento das relações entre companheiros ou concubinos, conviventes em união estável.

Questão interessante a ensejar debate, nas instâncias judiciais, refere-se à possibilidade da forma qualificada estender-se aos autores de crimes contra “companheiro ou companheira” em se tratando de relação homoafetiva.

Considerando que o ordenamento jurídico não dá proteção a tais relações; que não há por parte do Estado qualquer reconhecimento expresso para efeito de salvaguarda de direitos, o princípio da reserva legal impede que tais situações sejam reconhecidas para o efeito de permitir o elastério da norma agora prevista no inc. I do § 1º do art. 148 do Código Penal. Eventual ampliação do conceito de “companheiro” no sentido apontado ensejaria punição mais severa ao réu (ou à ré), vedada em razão da ausência de expressa cominação legal. Incabível falar, aqui, em aplicação de analogia, interpretação extensiva etc.

Por outro lado, caso sobrevenha alguma lei regulando a união estável entre pessoas do mesmo sexo, equiparando-as às relações estáveis entre homem e mulher para efeito de reconhecimento estatal e salvaguarda de direitos, a regra agora em comento passará a ser aplicada em relação a tais situações hoje desprotegidas em face à legislação penal vigente.

Anote-se, por oportuno, que para ter maior coerência sistêmica é preciso que o legislador, entre outras coisas, atualize o art. 61, inc. II, “e”, do Código Penal, que apenas se refere ao ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.

2.1.2. Sobre o § 1º, inc. IV: crime praticado contra menor de 18 (dezoito) anos

A nova lei acrescentou ao § 1º o inc. IV com a seguinte redação: “se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos”.

Em razão da nova disposição também será qualificado o crime, quando a vítima não contar com 18 (dezoito) anos completos, e a pena será de reclusão, de dois a cinco anos.

Se a privação da liberdade ocorrer no dia do aniversário, a qualificadora não incidirá, pois, em tal caso, a vítima não poderá ser considerada menor de dezoito anos.

A modificação é bem vinda, pois, com ela, fica estabelecida a harmonia no sistema de proteção ao menor de 18 (dezoito) anos, em coerência com o disposto na segunda figura do §1º do art. 159 do Código Penal, onde está estabelecido que o crime de extorsão mediante seqüestro será qualificado "se o seqüestrado for menor de dezoito anos".

Em relação a tal forma qualificada no crime do art. 159, ao seu tempo, escreveu NÉLSON HUNGRIA: "A circunstância de ser a vítima menor de 18 anos (isto é, que ainda não completou tal idade) também justifica a agravação especial, porque torna mínima, quando não nenhuma, a possibilidade de eximir-se ao seqüestrado, ao mesmo tempo que é infringida a incolumidade especialmente assegurada à criança e ao adolescente". (3)

Considerando que o crime de seqüestro ou cárcere privado é de natureza permanente, em algumas situações a privação da liberdade poderá iniciar quando a vítima for menor de dezoito anos e terminar após ela ter completado tal idade. Ainda será possível, em outra situação, que a privação da liberdade tenha se iniciado antes da nova lei e perdurado para além de seu ingresso no ordenamento.

Em ambas as hipóteses, a qualificadora incidirá.

Analisando os efeitos do art. 4º do Código Penal em relação ao crime permanente, DAMÁSIO DE JESUS assim leciona: "Nele, em que o momento consumativo se alonga no tempo sob a dependência da vontade do sujeito ativo, se iniciado sob a influência de uma lei e prolongado sob outra, aplica-se esta, mesmo que mais severa. O fundamento de tal solução está em que a cada instante da permanência ocorre a intenção de o agente continuar a prática delituosa. Assim, é irrelevante tenha a conduta seu início sob o império da lei antiga, ou esta não incriminasse o fato, pois o dolo ocorre durante a eficácia da lei nova: presente está a intenção de o agente infringir a nova norma durante a vigência de seu comando". (4)

A tentadora compreensão inversa levaria à conclusão no seguinte sentido: se a privação da liberdade iniciar quando a vítima ainda contar com menos de 18 (dezoito) anos, porém, se estender para além da data em que atingida tal idade, a qualificadora estará afastada.

Se verificada a hipótese exatamente como acima aventada; com o prolongamento da privação da liberdade o réu estaria a se beneficiar, deixando de incidir em pena de dois a cinco anos, acabando por ser "agraciado" com a adequação típica de sua conduta no preceito primário, com pena cominada entre um e três anos de reclusão.

Aqui, a prolongação do sofrimento da vítima seria benéfica ao réu, o que não se pode admitir eticamente, tampouco à luz do disposto no art. 4º do Código Penal, conforme anotado.

Na outra situação indicada, onde a privação da liberdade do menor de dezoito anos teve início antes da lei e se alongou para depois de sua vigência, a natureza permanente do crime impede, por absoluto, o não-reconhecimento da qualificadora, hipótese claramente incogitável.

2.1.3 Sobre o § 1º, inc. V: crime praticado para fins libidinosos

A última alteração feita no art.148 decorre do inciso V, que também foi acrescido ao § 1º.

Pela nova previsão, se o seqüestro ou o cárcere privado for praticado para fins libidinosos, o crime também será qualificado e contará, obviamente, com pena mais elevada (reclusão, de dois a cinco anos).

Atos libidinosos são aqueles praticados com a finalidade de satisfazer a lascívia, o prazer sexual.

Se o crime for cometido para o fim de manter relação sexual (cópula vagínica) ou para a prática de qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal (coito anal ou felação, por exemplo), a forma qualificada estará presente.

Se além da privação da liberdade, configuradora de seqüestro ou cárcere privado, o réu (ou a ré) efetivamente praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, contra a vontade da vítima (art. 214 do CP), ocorrerá concurso material de crimes (art. 69 do CP). Também haverá concurso material de crimes se além do seqüestro ou cárcere privado o agente submeter a vítima à relação sexual não consentida (art. 213 do CP).

Na hipótese do inc. V, por certo haverá muita discussão a respeito do posicionamento acima adotado, pois não serão poucos os que entenderão que o crime de seqüestro ou cárcere privado deverá ser considerado crime meio para a prática do crime fim – atentado violento ao pudor ou estupro, dependendo do caso.

A melhor exegese, entretanto, não autoriza tal compreensão, inclusive porque tais crimes prescindem, para sua configuração, das práticas tratadas no art. 148 do Código Penal.

2.2 Considerações gerais

Como visto, em relação ao art. 148 do Código Penal, foram feitas alterações que implicaram novas formas de adequação típica qualificada.

Em razão do princípio da anterioridade da lei penal; da irretroatividade da lei penal mais severa, somente os crimes praticados nos moldes descritos nas novas qualificadoras após a vigência da lei é que estarão sujeitos à forma qualificada que impõe punição mais severa. Não há qualquer possibilidade de agravamento de pena em razão das novas disposições no que tange aos fatos passados, consumados antes do ingresso das novas disposições no universo jurídico.

De ver-se, entretanto, que o seqüestro e o cárcere privado são crimes permanentes, e mesmo que a inicial privação da liberdade tenha ocorrido antes da vigência da lei, ocorrendo, por exemplo, prisão em flagrante depois da data em que o regramento novo passou a ser aplicável, a tipificação se amoldará à forma qualificada em razão dos efeitos da permanência, conforme as observações acima apontadas, pois em tais situações, enquanto durar a permanência o crime estará em seu processo consumativo.

2.3 Art. 215 do Código Penal

Com o nome criminis de posse sexual mediante fraude, na redação antiga o art. 215 do Código Penal punia a conduta de: "Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude". (Destaquei)

Agora, conforme a Lei 11.106/2005, a redação do art. 215 passou a ser a seguinte: "Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude".

Conjunção carnal, para os termos da lei, quer dizer cópula vagínica, relação sexual.

O crime em questão se consuma com a efetiva conjunção carnal e somente é punido a título de dolo, podendo ser praticado mediante concurso de pessoas, com possibilidade de verificação da forma tentada.

O objeto jurídico da tutela penal é a liberdade sexual da mulher.

Sujeito ativo do crime só pode ser o homem, e somente a mulher honesta estava sujeita a ser vítima de tal ilícito penal, o que agora foi corrigido, pois a partir da "nova lei" qualquer mulher poderá ser vítima, sujeito passivo, portanto.

A expressão mulher honesta constituía elemento normativo do tipo, e a exigência de honestidade impunha tratamento de natureza nitidamente discriminatória.

A mudança agora introduzida ampliou a esfera de alcance da norma penal incriminadora, pois, se antes da mudança somente mulher que fosse considerada honesta estava protegida em sua liberdade sexual pela norma em comento, agora a proteção penal tem abrangência indistinta e não discriminatória em relação ao sexo feminino.

Merece aplauso o reparo legislativo, pois, se a figura do crime de estupro (art. 213 do CP) também visa à proteção da liberdade sexual da mulher, seja ela sexualmente honesta ou não (prostituta pode ser vítima do crime de estupro, RT 700/355), era sem sentido lógico deixar desprotegida penalmente, para os fins do crime de posse sexual mediante fraude, a liberdade sexual da mulher que optou por adotar conduta sexual de contornos mais frouxos.

A ausência de honestidade sexual da mulher devassa não pode constituir motivo para a ausência de proteção penal, na exata medida em que aquelas dotadas de menor recato também podem ser submetidas à ação de "ter conjunção carnal, mediante fraude".

A ausência de honestidade sexual nunca constituiu imunidade à fraude que pode ser empregada para fins sexuais, e não é ético deixar sem proteção, como forma de "punição" ou "patrulhamento" da liberdade, aquela que se colocou a usar de seu erotismo de forma avolumada, com pouco ou nenhum critério.

A proteção agora é plena e, de certa forma, confirma a liberdade de cada um no sentido de poder conduzir sua vida sexual como bem lhe aprouver.

Em termos práticos é preciso anotar que inquéritos policiais arquivados no passado, exclusivamente em razão da comprovada ausência de honestidade da vítima, não poderão ser agora reabertos apenas em razão da mudança legislativa. Não há como se justificar a aplicação do art. 18 do Código de Processo Penal na hipótese em testilha, e eventual tentativa nesse sentido irá configurar flagrante constrangimento ilegal, sanável pela via do habeas corpus.

Absoluções impostas em Primeira Instância, em razão da comprovada ausência de honestidade da vítima (antes da nova lei), não poderão ser modificadas em grau de recurso com fundamento exclusivo na mudança legislativa.

Com efeito. A nova regra é mais gravosa na medida em que amplia o alcance da descrição típica para situações que antes não estavam nos

limites da tipificação, e os princípios da anterioridade da lei (5) e da irretroatividade da lei penal mais severa (6) impedem a aplicação do texto novo em relação aos crimes já consumados no passado, sob a égide do antigo regramento.

2.4 Art. 216 do Código Penal

Encerrando o rol de proteção à liberdade sexual quanto aos crimes praticados mediante fraude, o art. 216 do Código Penal regula a figura do “atentado ao pudor mediante fraude”.

Enquanto o art. 215 do Código Penal se refere à prática de conjunção carnal, assim compreendida a relação sexual entre homem e mulher, nos termos em que acabamos de expor no tópico acima, o artigo sob análise se refere à prática de qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Na precisa e oportuna lição de NELSON HUNGRIA, “ato libidinoso é todo aquele que se apresenta como desafogo (completo ou incompleto) à concupiscência” (7). E o mesmo autor ainda ensinou: “O ato libidinoso a que se refere o texto legal, além de gravitar na órbita da função sexual, deve ser manifestamente obsceno ou lesivo da pudicícia média. Não pode ser confundido com a simples inconveniência, nem ser reconhecido numa atitude ambígua”. (8)

O que distingue o atentado fraudulento ao pudor (art. 216 do CP) do atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) é o meio empregado para a prática dos atos libidinosos.

A mudança na redação do art. 216 foi tão severa e radical quanto acertada.

Enquanto a forma fundamental punia como crime a conduta de “induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, com a Lei 11.106/2005 a tipificação básica passou a ser muito mais ampla.

Com a nova redação, constitui crime de atentado ao pudor mediante fraude: “Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. (Destaquei)

Houve profunda alteração quanto à possibilidade de sujeição passiva.

2.4.1 Sujeito passivo

Antes, o crime do art. 216 do Código Penal só podia ser praticado contra mulher, e não bastava a condição de mulher pura e

simplesmente; não era toda e qualquer mulher que podia ser vítima; era preciso tratar-se de mulher honesta.

Com a retirada do elemento normativo do tipo: mulher honesta, e a inclusão da expressão "alguém", a sujeição passiva ficou ampliada consideravelmente, conforme já é possível antever.

No que pertine ao tema "mulher honesta", remetemos o leitor àquilo que já foi expandido nas reflexões ligadas ao art. 215 do Código Penal (item 2.3, supra), no que for pertinente.

Quanto ao mais, cumpre anotar que agora o homem também pode ser vítima de crime de atentado ao pudor mediante fraude. A expressão alguém é indeterminada quanto ao sexo, permitindo que tanto o homem quanto a mulher, seja ela honesta ou não, figurem como vítima.

E era assim que devia ser mesmo. Não havia razão lógica ou jurídica para as restrições quanto à possibilidade de sujeição passiva no tocante ao crime em comento.

Não se justificava a proteção jurídico-penal tão-só à mulher honesta.

Homens e mulheres, indistintamente, podem ser vítima do crime sob análise.

A restrição à mulher honesta tinha ranço discriminatório, razão maior da mudança imposta em boa hora, senão tardiamente.

Inclusive por coerência, era preciso alinhar o art. 216 do Código Penal ao art. 214 do mesmo Codex, que não contém restrições quanto à sujeição passiva, de maneira a permitir que homens e mulheres sejam considerados vítimas do crime de atentado violento ao pudor, nos termos de sua regulamentação.

A lacuna está preenchida.

A discriminação condenável foi banida, e o sistema de proteção foi aperfeiçoado.

2.4.2 Parágrafo único do art. 216 do Código Penal

Para ser coerente com as disposições contidas no caput do art. 216 foi preciso mudar a redação de seu parágrafo único.

A antiga redação era nos seguintes termos: "se a ofendida é menor de dezoito e maior de catorze anos". (9)

Ampliada a sujeição passiva, que agora não alcança apenas vítima do sexo feminino, não era correto manter na redação do parágrafo único a expressão ofendida.

Se a regra não fosse modificada iria proporcionar odioso tratamento discriminatório, com previsão de pena qualificada apenas, quando a vítima fosse do sexo feminino, excluindo a possibilidade de qualificadora, quando o ofendido fosse menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos de idade.

Substituído o vocábulo ofendida por vítima, ampliou-se a forma qualificada para alcançar vítimas de ambos os sexos, como deve ser.

A pena prevista para a forma qualificada foi mantida: reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

2.5 Causas de aumento de pena

O art. 226 do Código Penal está no Capítulo IV do Título VI, onde estão as "Disposições gerais", e estabelece causas de aumento de pena para os crimes previstos nos capítulos anteriores, assim entendidos aqueles que se encontram no mesmo Título VI (Dos crimes contra os costumes), a saber: Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual); Capítulo II (Da sedução e da corrupção de menores); Capítulo III (Do rapto), este, agora com todos os seus artigos revogados, conforme o art. 5º da "nova lei".

Suas disposições elencam agravantes especiais das quais decorre cota fixa de aumento de pena.

O texto antigo era expresso nos seguintes termos: "A pena é aumentada de quarta parte: I – se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; II – se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; III - se o agente é casado".

A nova redação está posta nos seguintes termos: "A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela".

Foi revogado o inciso III, conforme está expresso no art. 5º da "nova lei", e sobre tal matéria trataremos em tópico distinto.

Antes da mudança imposta com a Lei 11.106/2005, a quota fixa de aumento de pena era comum a todas as modalidades previstas (quarta parte), agora, o aumento será de quarta parte apenas na hipótese do inciso I, e de metade nas situações do inciso II.

2.5.1 Sobre o inciso I

No que tange ao inciso I, cumpre observar que não houve mudança de redação no sentido de ampliar ou restringir o alcance da norma. A mesma previsão que antes justificava o aumento de pena ainda persiste.

Ainda em relação ao inciso I é importante destacar que “o dispositivo não se refere, indistintamente, a concurso de duas ou mais pessoas para o crime, mas ao fato de ter sido o crime cometido, isto é, executado com pluralidade de agentes”. (10)

2.5.2 Sobre o inciso II

Em relação ao inciso II, as mudanças foram consideráveis e buscaram uniformizar o tratamento jurídico-penal dentro de uma acertada visão sistêmica e atualizada do Direito.

No texto legal, foram mantidas as seguintes causas de aumento: se o agente é, ascendente, irmão (ou irmã, entenda-se), tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

2.5.2.1 Texto suprimido

Foi suprimida do texto a figura do “pai adotivo”.

Obviamente, com tal providência não quis o legislador beneficiar o “pai adotivo” que praticar os crimes a que se refere o art. 226. E efetivamente não beneficiou.

É que desde a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), e também em razão do “Novo Código Civil” (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), não mais se justifica, juridicamente, a utilização da expressão “pai adotivo”, isso em razão do tratamento jurídico desde então dispensado à adoção, e notadamente em razão dos efeitos que dela decorrem.

Em razão do novo tratamento jurídico dispensado à adoção, e dos efeitos que dela resultam, a figura do antigo “pai adotivo” agora se enquadra na figura do ascendente, já expressa na antiga redação do inciso II, que nesse ponto não sofreu alteração.

Está mantida, pois, a proteção jurídico-penal, e agora ajustada com a nova realidade jurídica na sempre necessária visão sistêmica.

2.5.2.2 Texto acrescentado

Além do que foi mantido e retirado do inciso II, conforme analisamos acima, a mudança legislativa acrescentou que a pena também será aumentada de metade se o agente for: madrasta, tio, cônjuge ou companheiro.

Como o texto antigo já previa como causa de aumento de pena o fato de o delito ter sido praticado por padrasto; visando acabar com as discussões sobre a possibilidade de se estender ou não a causa de aumento para a madrasta autora de delito de igual natureza, isso em razão de princípios como o da taxatividade, da reserva legal etc., a Lei 11.106/2005 ajustou a redação do inciso II de forma a não permitir a continuidade da discussão.

Aliás, o reparo era mesmo necessário também em razão das demais mudanças instituídas com a própria Lei 11.106/2005.

Se o agente for tio da vítima a pena também será aumentada a partir da vigência da “nova lei”. Entenda-se: tio ou tia.

Tal compreensão não está proibida em razão da ausência de previsão expressa. Diga-se o mesmo em relação ao companheiro ou companheira.

É certo que o inciso se refere apenas e tão-somente ao tio (no masculino) e ao companheiro (no masculino), e isso poderia levar à conclusão no sentido de que o legislador quis excluir da incidência da causa de aumento de pena regulada no inciso II do art. 226 a tia e a companheira, até porque em relação ao padrasto cuidou de acrescentar a figura feminina correspondente (madrasta), cautela não adotada em relação aos outros dois (tio e companheiro).

Ocorre, entretanto, que, buscando o espírito da lei; o espírito das mudanças impostas, a conclusão não pode ser outra. O que se pretendeu, mesmo, foi a ampliação para o tio, de sexo masculino ou feminino, e ao companheiro do sexo masculino ou feminino.

Ainda que assim não se entenda, uma outra possibilidade de enquadramento da tia e da companheira será possível, se identificada a hipótese estabelecida na parte final do inc. II.

Se por um lado é até possível dizer que o texto legal se afigura imperfeito quanto ao seu alcance de proteção jurídico-penal, e isso em razão da ausência de expressa menção a tais figuras (tia e

companheira), é certo que estamos diante de um típico caso de interpretação analógica, onde as cláusulas específicas estão seguidas de cláusula genérica, e isso em razão da parte final do inciso II onde se lê: "... preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela".

Sendo assim, se a agente for tia ou companheira, exercendo, a qualquer título, autoridade sobre a vítima, estará justificada a causa de aumento (embora com outro fundamento).

Maior discussão, entretanto, ficará para a hipótese de companheiro ou companheira, isso em razão da questionável autoridade que um possa exercer sobre o outro.

No que tange aos conviventes em relação homoafetiva, reiteramos o que já ficou anotado por ocasião das observações ao art. 148 do Código Penal (item 2.1.1.1. Crime praticado contra companheiro), para onde remetemos o leitor.

Quanto à figura do cônjuge não há qualquer questionamento. A previsão refere-se ao cônjuge do sexo masculino e também ao cônjuge do sexo feminino.

2.5.2.3 Aumento de pena nas hipóteses do inciso II

As causas descritas no inciso II agora ensejam aumento de metade da pena (antes o aumento era de quarta parte).

No que pertine à incidência da nova regulamentação sobre fatos já consumados antes de sua vigência, é preciso ter em vista as disposições dos arts. 1º e 4º do Código Penal, que estão amparados no art. 5º, incs. XXXIX e XL, da Constituição Federal.

2.6 Capítulo V - Do lenocínio e do tráfico de pessoas

Conforme o art. 3º da Lei 11.106/2005, o Capítulo V do Título VI (Dos crimes contra os costumes), da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passou a vigorar com o seguinte título: "Do lenocínio e do tráfico de pessoas".

O título passou de: "Do lenocínio e do tráfico de mulheres" para: "Do lenocínio e do tráfico de pessoas". (Destaquei)

A mudança foi necessária em razão das modificações introduzidas nos arts. 227 e 231 do Código Penal, conforme veremos abaixo.

2.7 Mediação para servir a lascívia de outrem

Sob o nome criminoso de “mediação para servir a lascívia de outrem” o art. 227 do Código Penal tipifica a conduta de “induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem”, estabelecendo pena de reclusão, de um a três anos para a forma simples.

As formas qualificadas estão elencadas nos §§ 1º e 2º.

Em conformidade com o disposto no § 3º, “se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa”.

A nova lei deu maior abrangência ao § 1º do art. 227, que na redação antiga tinha o seguinte texto: “Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda”. (Destaquei)

A nova redação está nos seguintes termos: “Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda”. (Destaquei)

Como se vê, a expressão marido foi substituída por cônjuge ou companheiro. De melhor rigor técnico e em sintonia com as regras que integram o sistema jurídico vigente, a mudança merece aplauso.

Enquanto a previsão antiga se referia apenas ao marido, cônjuge do sexo masculino, portanto, agora fala em cônjuge ou companheiro. Leia-se: cônjuge do sexo masculino ou feminino; companheiro ou companheira.

No que tange aos reflexos incidentes sobre os fatos praticados sob a égide do regramento antigo, é preciso destacar que não houve qualquer abrandamento em relação ao “marido” que cometeu tal crime, visto que a forma qualificada quanto a este permaneceu intacta, somente com nova linguagem técnica, qual seja: cônjuge.

Por outro vértice, se a conduta fora praticada antes da nova lei por cônjuge do sexo feminino; por companheiro ou companheira, não estará submetida ao novo tratamento penal. Quanto a estes, somente a partir da vigência da “nova lei” é que se submeterão a seus efeitos penais severos.

Quanto ao mais, para evitar o enfado da repetição remetemos o leitor ao que foi dito por ocasião das considerações ao art. 148 do Código Penal (2.1.1.1. Crime praticado contra companheiro), no que for pertinente.

2.8 Tráfico internacional de pessoas

Outra mudança trazida pela Lei 11.106/2005 está no art. 231 do Código Penal, antes denominado crime de “tráfico de mulheres”.

Agora o nome criminis passou a ser “tráfico internacional de pessoas”, e isso em razão da nova redação do art. 231 e também para destacar sua diferença com o novo tipo penal trazido com a “lei nova”, denominado “tráfico interno de pessoas”, expresso no art. 231-A, objeto de apreciação no tópico seguinte.

A redação antiga do art. 231 tinha o seguinte teor: “Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro”. (Destaquei)

Para a forma fundamental a pena era de reclusão, de três a oito anos.

Com a nova redação, o sistema repressivo passou a punir como crime de “tráfico internacional de pessoas” as seguintes condutas: “Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro”. (Destaquei as mudanças)

Foi mantida a pena de reclusão no mesmo patamar, contudo, agora ela deverá ser aplicada cumulativamente com pena de multa. Antes da nova lei a imposição de pena de multa só se verificava se o crime fosse cometido com o fim de lucro, conforme a redação do § 3º que acabou revogado. Para o legislador, agora, tal crime sempre será praticado com o fim de lucro, conclusão que não é de todo desacertada.

A mudança introduzida no caput atualizou o tipo penal com a realidade dos dias hodiernos.

O verbo intermediar, incluído no caput, tem considerável alcance e por certo proporcionará o enquadramento de muitas condutas convergentes à prática do crime em questão, antes de difícil conformação e ajustamento às hipóteses típicas.

Enquanto as condutas de promover ou facilitar têm alcance mais restrito, a intermediação completa o rol das condutas típicas que normalmente estão ligadas às infrações de tal natureza e permite não deixar a descoberto; fora da esfera de proteção penal, razoável número de comportamentos que se ajustam ao verbo.

Enquanto qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime em questão, na antiga redação somente a mulher é que poderia ser sujeito passivo.

A nova redação deu ao crime uma redefinição e também maior alcance, pois, com a retirada do monopólio do sexo feminino em relação ao pólo passivo, agora qualquer pessoa poderá nele figurar: homem ou mulher.

A restrição foi derrubada.

Sensível à realidade dos dias atuais e conhecendo as práticas que envolvem a exploração sexual em sentido amplo, o legislador reconheceu a necessidade de ampliar, e por isso ampliou, a proteção penal também ao sexo masculino, pois já não é novidade a comercialização e exploração sexual do homem, o que era quase inimaginável no tempo em que se redigiu o Código Penal brasileiro.

Foram mantidas as redações dos §§ 1º 2º e as penas reclusivas exatamente como antes. Acrescentou-se apenas a pena de multa, agora cumulativamente aplicada.

A revogação do § 3º, expressamente anotada no art. 5º da Lei 11.106/2005, deve-se à seguinte mudança: a pena de multa que antes era condicionada ao "fim de lucro" agora é obrigatoriamente cumulativa e está expressa nos §§ precedentes.

Haveria, pois, flagrante impertinência em imaginar possível a permanência do § 3º no ordenamento.

2.9 Tráfico interno de pessoas

Além da nova tipificação ampliada em relação ao art. 231, a Lei 11.106/2005 também criou novo tipo penal.

Para o aperfeiçoamento do sistema punitivo, além de punir o tráfico internacional de pessoas, agora com maior amplitude, o legislador cuidou de tipificar o crime de "tráfico interno de pessoas", estabelecendo como crime previsto no art. 231-A do Código Penal as condutas de: "Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição". A pena abstratamente prevista é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, exatamente como a pena prevista para o art. 231, caput, e, por força do disposto em seu parágrafo único, ao crime de tráfico interno de pessoas também são aplicáveis as regras dos §§ 1º e 2º do art. 231.

O objeto jurídico da tutela penal é a honra sexual; a lei também visa proteger os bons costumes.

Qualquer pessoa poderá figurar como sujeito ativo, independentemente do sexo, ocorrendo o mesmo em relação ao sujeito passivo.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo. Basta o dolo genérico.

A consumação ocorre com a prática efetiva de pelo menos uma das condutas descritas no tipo penal, sendo admissível a forma tentada (art. 14, II, CP).

A figura do art. 231-A é tipo alternativo, de conduta variada.

Promover significa dar impulso, colocar em execução (de qualquer forma); intermediar quer dizer servir de intermediário ou mediador; facilitar, aqui, tem o sentido de desembaraçar, tornar mais simples, dar maior agilidade.

Recrutamento é a reunião; agrupamento ou alistamento de pessoas. Não é preciso que o recrutamento envolva várias pessoas; basta uma para a configuração do ilícito.

Transporte é o deslocamento de um lugar a outro. Enquanto o agente estiver promovendo o transporte, o crime será de natureza permanente, assim considerado aquele cuja conduta delituosa se mantém no tempo e no espaço.

Transferência significa mudança de um lugar a outro. Há uma sutil diferença entre esta conduta e a anterior (transporte). Enquanto transporte tem o sentido de levar alguém para local em que se pratica a prostituição (para os fins do tipo legal), a transferência pressupõe a mudança de um lugar onde se pratica a prostituição para outro de igual destinação.

Alojamento é local específico destinado ao abrigo de pessoas.

Acolhimento, para os termos do tipo penal, significa receber alguém em local não destinado ao alojamento. Acolher é dar amparo, guarida; dar refúgio, proteção ou conforto físico.

É preciso que as práticas acima analisadas tenham por alvo "pessoa que venha a exercer a prostituição". Exercer a prostituição é prostituir-se; dedicar-se ao comércio sexual; à satisfação voluntária da lascívia de outrem em troca de vantagem.

Para a adequação típica é preciso, ainda, que tais condutas tenham ocorrido no território nacional, pois se uma das práticas tocar território estrangeiro a figura penal será a do art. 231 (observados os parâmetros da tipificação) e não a do art. 231-A.

A pena abstratamente prevista afasta a possibilidade de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), e eventual condenação até 4 (quatro) anos não impedirá a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito, desde que presentes os demais requisitos exigidos em lei. Se fixada a privativa de liberdade até o limite acima indicado, seu cumprimento poderá iniciar-se no regime aberto, observadas as disposições do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

2.10 Irretroatividade da lei mais severa

2.10.1 Reflexo sobre as novas figuras típicas

As inovações acrescentadas ao § 1º do art. 227 e ao caput do art. 231, e bem assim a nova figura penal do art. 231-A, obviamente não se aplicam aos casos consumados antes da vigência da Lei 11.106/2005.

Princípios de contornos constitucionais como o da anterioridade da lei (princípio da legalidade ou reserva legal) e da irretroatividade da lei penal mais severa (art. 5º, incs. XXXIX e XL, da CF), também previstos no art. 1º do Código Penal, impedem a retroação do alcance do texto novo para atingir situações consumadas ao tempo em que a regulamentação normativa era outra, mais benéfica.

De tal sorte, para os termos do novo art. 227 do Código Penal, somente os crimes praticados por cônjuge do sexo feminino; companheiro ou companheira, após a vigência da nova regulamentação penal é que se submeterão à forma qualificada do § 1º.

Nessa mesma linha argumentativa, as inovações dos arts. 231 e 231-A só incidirão sobre fatos praticados sob a égide da nova ordem penal. Observe-se, contudo, que, em relação à prática do verbo "transporte", previsto no art. 231-A, onde a conduta é de natureza permanente, poderá ocorrer hipótese em que ele venha a perdurar vários dias. Sendo assim, se iniciado antes da vigência da lei nova, o transporte se estender para além do início da exigência do texto novo, poderá ocorrer prisão em flagrante, por exemplo, e regular processo com a nova definição típica.

2.10.2 Reflexo sobre a pena de multa cumulada

A experiência da vida contemporânea, pautada pela febre do enriquecimento, indica que muitas vezes a pena de multa poderá surtir efeitos econômicos e psicológicos no réu, bem mais severos que a ameaça ou imposição de pena privativa de liberdade.

É forçoso reconhecer, entretanto, que para tal realidade seria necessário um sistema de execução mais eficaz do que o determinado com a redefinição da pena de multa como dívida de valor, nos termos da Lei 9.268/96.

Pelas mesmas razões expostas no item anterior, a pena de multa agora cumulativamente imposta não obriga o aplicador da lei em relação aos fatos passados, consumados antes da vigência do texto novo.

Para os casos consumados antes da Lei 11.106/2005, com ou sem investigação ou processo de conhecimento iniciado antes de 29 de março de 2005 (data em que a lei entrou em vigor), já não subsiste qualquer possibilidade de aplicação de pena de multa, ainda que o crime tenha sido cometido com o fim de lucro, e isso em razão da revogação expressa do §3º do art. 231 (cf. art. 5º da nova lei).

Aqui é forçoso reconhecer que a pena de multa deixou de existir para os casos passados. Não há como se restabelecer a vigência do § 3º. A revogação expressa é causa intransponível e obstativa de tal possibilidade.

3. Dispositivos revogados

Além das modificações anteriormente apontadas e analisadas, e em razão do disposto em seu art. 5º, a Lei 11.106/2005 revogou os incisos VII e VIII do art. 107, os arts. 217, 219, 220, 221, 222, o inciso III do caput do art. 226, o § 3o do art. 231 e o art. 240, todos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Passaremos, a seguir, à análise dos dispositivos revogados, seguindo a mesma ordem de disposição acima indicada.

3.1 Sobre os incisos VII e VIII do art. 107

O art. 107 do Código Penal estabelece de forma exemplificativa algumas causas de extinção da punibilidade, não sendo demais lembrar que punibilidade “é a possibilidade jurídica de o Estado impor a sanção”, conforme a objetiva lição de Damásio de Jesus. (11)

Os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal estabeleciam como causas de extinção da punibilidade o casamento da vítima com o agente e o casamento da vítima com terceiro, respectivamente.

Conforme o texto revogado do inc. VII do art. 107 do Código Penal, a punibilidade seria extinta: “pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II, e III do Título VI da Parte Especial deste Código”.

Nos termos do revogado inc. VIII do art. 107 do Código Penal, também seria extinta a punibilidade: “pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação pena no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração”.

As disposições acima transcritas abrangiam os crimes de estupro, atentado violento ao pudor; posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, sedução, corrupção de menores e rapto (arts. 213 a 221 do CP), sendo imprescindível observar as ressalvas legais que determinavam limitações ao alcance das regras.

Impunha-se a extinção da punibilidade em razão da reparação pelo casamento. Entendia-se que o matrimônio limpava a honra da vítima manchada pelo crime, constituindo, em tese, razão suficiente para a terminação dos questionamentos judiciais acerca dos fatos.

Segundo parece ser o entendimento do legislador, o novo tratamento penal apresentado com a Lei 11.106/2005 não permitia a continuidade dos dispositivos antigos.

Agora, o casamento não mais constitui causa de extinção da punibilidade, e bem por isso algumas vezes a vítima poderá unir-se em matrimônio com o réu, livre e espontaneamente; formar família, e depois ver o cônjuge condenado pela prática da conduta precedente, ensejadora de procedimento na esfera criminal.

Haverá discrepância de conseqüências, pois, em se tratando de crimes de ação penal privada, a vítima poderá optar pelo não-ajuizamento da ação; pela renúncia ao direito de queixa; pelo perdão; e ainda após o ajuizamento da queixa-crime provocar a extinção da punibilidade pela perempção (art. 60 do CPP), caso seja seu desejo, por exemplo, após casar-se com o réu.

De outro vértice, em se tratando de crime de ação penal pública, tais institutos são inaplicáveis, e, sem a possibilidade de extinção da punibilidade em razão do casamento, poderá ocorrer a situação acima aventada, danosa à estabilidade da união familiar.

O tempo dirá se a mudança foi acertada, entretanto, desde já é possível antever situações onde haverá sério problema sócio-familiar que poderia ser evitado com a permanência das regras extirpadas do art. 107 do Código Penal.

3.2 Sobre o art. 217

O polêmico crime de sedução estava previsto no art. 217 do Código Penal, e, segundo a redação típica, assim se aperfeiçoava o ilícito: "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".

Nos dias atuais, o crime em questão era de difícil configuração em razão da necessária conjugação das elementares que o integravam. Era preciso que a vítima fosse virgem; menor de dezoito e maior de catorze (se for menor de catorze o crime cogitável será o de estupro); inexperiente e ingênua, ou que depositasse justificável confiança em seu sedutor.

De longa data a melhor doutrina reclamava a revogação do tipo penal em comento. A jurisprudência também demonstrava a mesma tendência.

Não era difícil perceber que a previsão legal não estava ajustada aos dias atuais.

A perda da virgindade pela mulher, nas condições do art. 217, já não precisava da proteção penal.

Há mais. Qualquer proteção que se pretendesse estabelecer sobre o objeto jurídico da tutela penal em questão (a integridade ou virgindade da menor) prescindia de tipificação conforme o art. 217, haja vista o teor das disposições contidas nos arts. 213 e 214, protetoras da liberdade sexual contra violência ou grave ameaça, e as regras dos arts. 215 e 216 que cuidam das hipóteses em que são empregados meios fraudulentos. Acrescente-se, por derradeiro, que o art. 218 se presta à proteção da moral sexual dos adolescentes de ambos os sexos, já que o tipo penal se refere a "... pessoa maior de catorze e menor de dezoito anos...".

Como se vê, não havia justificção lógica ou jurídica para a permanência do crime de sedução no ordenamento jurídico, e bem por isso a revogação do tipo penal é bem-vinda.

Em relação ao antigo crime de sedução ocorreu abolitio criminis, sendo aplicável a regra do art. 2º do Código Penal

3.3 Sobre o art. 219

O art. 219 do Código Penal cuidava do crime de “rpto violento ou mediante fraude”.

Conforme a narração típica, configurava referido crime: “Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso”. A pena era de reclusão, de dois a quatro anos.

A nova lei aboliu a expressão “mulher honesta” do Código Penal e também cuidou de acrescentar, entre outras regras já analisadas, o inciso V ao §1º do art. 148, com a seguinte redação: “Se o crime é praticado com fins libidinosos”.

O art. 148 tipifica o crime de seqüestro ou cárcere privado, contendo formas qualificadas no § 1º, sendo estas punidas com reclusão, de dois a cinco anos.

Em razão do disposto no inc. V acrescentado ao § 1º do art. 148, deixou de ser necessária a previsão contida no art. 219 do Código Penal, visto que a conduta deste último artigo passou a ser tratada naqueles dispositivos (art. 148, § 1º, inc. V).

A partir da Lei 11.106/2005, privar alguém (homem ou mulher) de sua liberdade, para fins libidinosos, constitui crime de seqüestro ou cárcere privado qualificado e não rpto.

3.4 Sobre o art. 220

Com o nome de “rpto consensual”, o art. 220 do Código Penal estabelecia pena de detenção, de um a três anos, se a raptada fosse maior de catorze e menor de vinte e um anos, e o rpto fosse praticado com seu consentimento” (Destaquei).

Em relação a tal ilícito ocorreu abolitio criminis (art. 2º do CP).

Muito embora alguns possam sustentar que referida tipificação agora se encontra no inc. IV do §1º do art. 148, acrescido com a Lei 11.106/2005, tal conclusão não é acertada, pois nas hipóteses de seqüestro ou cárcere privado o consentimento válido da vítima impede a tipificação.

3.5 Sobre os arts. 221 e 222

O art. 221 do Código Penal trazia “causas de diminuição de pena” aplicáveis aos crimes dos arts. 219 e 220.

O art. 222, também se referindo aos arts. 219 e 220, tratava do concurso de crimes envolvendo rapto.

Em razão da revogação dos arts. 219 e 220, não havia qualquer razão justificadora para a permanência dos dois artigos subseqüentes no ordenamento jurídico.

Todo o conteúdo do Capítulo III (Do rapto) do Título VI (Dos crimes contra os costumes), arts. 219, 220, 221 e 222; foi revogado expressamente.

3.6 Sobre o inciso III do caput do art. 226

Em sua antiga redação o artigo 226, III, do Código Penal, determinava o aumento de quarta parte da pena, em relação aos delitos a que está vinculado, se o agente era casado ao tempo do ilícito.

A nova redação do art. 226 está nos seguintes termos: "A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela".

Foi revogado o inciso III, conforme está expresso no art. 5º da "nova lei".

A regra mais benéfica alcança não só os fatos praticados após a vigência da nova lei, mas também aqueles consumados antes, e isso por força do disposto no parágrafo único do art. 2º do Código Penal, verbis: "A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".

3.7. Sobre o § 3º do art. 231

Referindo-se ao que antes era denominado crime de "tráfico de mulheres", e que agora passou a ser "tráfico internacional de pessoas", o § 3º do art. 231 do Código Penal tinha a seguinte redação: "Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa".

A revogação do § 3º do art. 231 do Código Penal, expressamente anotada no art. 5º da Lei 11.106/2005, deve-se à seguinte mudança: a pena de multa que antes era condicionada ao "fim de lucro" agora é obrigatoriamente cumulativa e está expressa nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

Haveria, pois, flagrante impertinência e descompasso em imaginar possível a permanência do § 3º no ordenamento.

E revogação era mesmo de rigor, diante da modificação imposta.

3.8. Sobre o art. 240

O crime de adultério estava previsto no art. 240 do Código Penal e tinha por objeto jurídico da tutela penal "a organização jurídica da família e do casamento". (12)

Mesmo reconhecendo a importância da proteção jurídica da família e do casamento, é de se concluir que hoje não mais se justifica a proteção penal outorgada pelo legislador de 1940.

Não se trata de render homenagens ao adultério. O que é forçoso reconhecer é que o casamento e a família encontram outras formas de proteção no ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre no art. 1.566, inc. I, do Código Civil, que determina o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges.

Conforme assevera Claus Roxin (13), o direito penal é de natureza subsidiária. "Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para a vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se".

O direito penal deve ser considerado a ultima ratio da política social, o que demonstra a natureza fragmentária ou subsidiária da tutela penal. Só deve interessar ao direito penal, e, portanto, ingressar no âmbito de sua regulamentação aquilo que não for pertinente a outros ramos do direito.

As regras previstas na legislação civil são apropriadas e suficientes, e sendo assim, a revogação do tipo penal em que se encontra o crime de adultério é medida juridicamente saudável e condizente com a realidade jurídico-social em que vivemos.

4. Considerações finais

Conforme visto, as modificações introduzidas no Código Penal foram significativas e tendentes à atualização do sistema penal repressivo no que pertine aos delitos alcançados.

Embora sujeita a críticas pontuais, é força convir que, em sentido amplo, a nova lei contém mais acertos do que erros, contrariando a

sofrível realidade da produção legislativa no campo penal nos últimos tempos, o que se espera seja o primeiro passo na escolha de um novo caminho.

NOTAS DE RODAPÉ

1. HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 6. p. 183/184.
2. DELMANTO, Celso e outros. Código Penal comentado. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 318.
3. HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 7. p. 73.
4. JESUS, Damásio E. de. Código Penal anotado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15.
5. Art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal; art. 1º do Código Penal.
6. Art. 5º, inc. LX, da Constituição Federal; art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.
7. HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 8. p. 131.
8. HUNGRIA, 1956, p. 133.
9. Pena – reclusão, de dois a quatro anos.
10. HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 8. p. 247.
11. Código Penal anotado. 8. ed. São Paulo: Saraiva. p. 280.
12. DELMANTO, Celso e outros. Código Penal comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 505.
13. Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Vega, 1986. p.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO
- EMAGIS