

## LEI nº 11.106/05 – primeiras impressões

### 1. Considerações iniciais

Dedica-se este ensaio a registrar e compartilhar com os leitores as impressões iniciais deixadas a partir da leitura atenta da Lei nº 11.106/05, que introduziu diversas modificações em nosso Código Penal, notadamente nos crimes contra os costumes, entrando em vigor no dia 29 de março de 2005, data de sua publicação (art. 4º).

Desta vez, não são impressões em tom de crítica, posto que a recém-editada Lei não traz qualquer perplexidade. Aliás, o que suscita pesar é aquilo que a Lei deixou de fazer, perdendo ótima oportunidade para sanear por completo tão delicados tipos penais, que são os reunidos no título dos crimes contra os costumes.

#### 1.1 O que se deixou de fazer.

Lamenta-se, inicialmente, não ter havido qualquer alteração no que concerne à ação penal nos crimes contra os costumes, que continua a ser, como regra, de iniciativa privada, tal como estabelecido no art. 225, o qual não sofreu modificação. Tal dispositivo, além de gerar inúmeras controvérsias ao longo de décadas na doutrina penal, inclusive a recém levantada bandeira de sua suposta inconstitucionalidade<sup>1</sup>, consiste em agressão ao bom senso, posto ser inconcebível que infrações penais da gravidade de um estupro ou atentado violento ao pudor sujeitem-se à iniciativa do ofendido e, pior, aos princípios dispositivos informadores de tal natureza de ação, em completo desprestígio às idéias garantistas, contrárias à subsistência deste tipo de ação nos ordenamentos jurídicos<sup>2</sup>. De se ressaltar que os mesmos objetivos perseguidos com a ação penal de iniciativa privada – proteger o ofendido em situações tais que a exposição ao processo possa lhe acarretar dano maior do que a própria infração penal em si – podem ser facilmente alcançados com a ação penal de iniciativa pública condicionada à representação, como é de sabença geral. Deste modo, avançaria o legislador se modificasse o art. 225 do Código Penal, de modo a transformar as ações

<sup>1</sup> Vide, sobre o assunto, CASARA, Rubens *et al.* *Miserabilidade e Ação Penal. Uma (Re)Leitura Constitucional*. São Paulo: IBCCrim, Boletim nº 127, junho/2003.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría do Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1997.

penais nos crimes ali versados em públicas condicionadas à representação do ofendido, independente de sua situação financeira, preservando-se, todavia, a natureza pública incondicionada para as hipóteses de crime cometido com abuso do pátrio-poder (poder familiar, para ficar atualizado) ou na qualidade de padrasto (madrasta também! Se é para ficar atualizado, *de lege ferenda*, por quê não?), tutor ou curador.

Nada mudou com relação ao estupro e atentado violento ao pudor, que continuam do mesmo modo, o que é outro fator a se lamentar profundamente. Perdeu-se uma oportunidade de corrigir a grande distorção que há no estupro: o fato da mulher, sozinha, não poder ser sujeito ativo deste crime, por lhe faltar um atributo indispensável para a consecução da conjunção carnal e pelo fato de se delimitar o sujeito passivo, ao se adotar a locução “constranger mulher” à conjunção carnal. Isto pode acarretar, em tese, numa situação inusitada: se a mulher constranger um homem à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, qualquer que seja ele, inclusive uma simples *fellatione*, fica sujeita ao crime de atentado violento ao pudor; mas se constranger este homem à prática da conjunção carnal, responderá, no máximo, pelo crime de constrangimento ilegal. Não poderá ser atentado violento ao pudor, porque o ato praticado foi a própria conjunção carnal e não ato libidinoso diverso; e não poderá ser estupro, em que pese a conjunção carnal, em virtude do tipo delimitar desarrazoadamente o sujeito passivo. A questão seria facilmente solucionada caso fosse modificada a expressão “mulher”, constante do art. 213, por “alguém”, tal como consta do art. 214, ambos do Código Penal.

Ainda com relação aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, um outro equívoco deixou de ser corrigido. É que, com o advento da Lei nº 8.072/90, foi dada nova redação aos preceitos secundários dos tipos dos arts. 213 e 214, igualando-se as sanções penais cominadas, que passaram a ser a mesma, apesar de, no caso concreto, se poder estar diante de atos libidinosos com potencial ofensivo completamente diversos, em flagrante maltrato ao princípio da proporcionalidade. Sem querer fazer tabula rasa do sofrimento de quem se vê vítima de uma *fellatione* e de um apalramento empolgado ou um beijo lascivo, há de se convir que o grau de aviltamento resultante desta reprovável conduta é muito menor do que aquele resultante de uma conjunção carnal extorquida que, quando muito, poderia ser igualado ao aviltamento resultante de um coito anal nas mesmas condições. Sucede que a expressão “ato libidinoso diverso da conjunção carnal” é por demais ampla, podendo compreender uma gama variada de atos libidinosos, como os acima exemplificados. Assim, o legislador

propicia o risco de serem reprimidos da mesma forma crimes com potenciais ofensivos diversos. A solução seria simples: bastaria a pena mínima do crime de atentado violento ao pudor ser reduzida, de modo a ficar abaixo da pena mínima reservada ao estupro, mantendo-se idênticas, tais como estão, as penas máximas. Deste modo, trabalhando atentamente com as circunstâncias judiciais do art. 59, o julgador poderia diferenciar e dar a devida gradação aos diversos atos libidinosos, de acordo com as “circunstâncias do crime”, de modo a tratar de forma idêntica à conjunção carnal apenas o coito anal, mas podendo tratar de forma diferenciada as outras modalidades de atos libidinosos já colacionadas. Atender-se-ia, deste modo, o princípio da proporcionalidade, sem sacrificar a necessidade de repressão uniforme que apenas alguns atos libidinosos suscitam.

Fincadas essas prefaciais, passa-se do pesar pelo que deixou de ser feito para a análise do que foi feito, em seus diversos aspectos e ressaltando-se as suas várias conseqüências.

Começando pelo fim, destaca-se, pontualmente, o que fora objeto de revogação expressa, no desiderato de demonstrar que ora se tem *novatio legis in pejus*, ora se tem *novatio legis in mellius*, com as devidas e já conhecidas implicações.

## 2. Dispositivos revogados, reestruturados e as diversas implicações atuais e intertemporais .

### 2.1 Visão geral e colocação das questões.

Foram revogados os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, que estabeleciam casos de extinção da punibilidade de determinados crimes contra os costumes em virtude do casamento da vítima com o agente e com terceiros, respectivamente, observados certos requisitos no último caso. Cuida-se de *novatio legis in pejus*, ao passo em que se retira do autor desses delitos a possibilidade extintiva de sua punibilidade em face das núpcias da vítima. Daí, só é possível considerar-se que o casamento da vítima não mais extingue a punibilidade do autor de crimes tais se ocorridos após a entrada em vigor da Lei<sup>3</sup>. Interessante notar que não importa a data do

<sup>3</sup> Equivocado, portanto, *data maxima venia*, um dos fundamentos invocados pelo Min. Joaquim Barbosa para abrir divergência com o relator, Min. Marco Aurélio, no julgamento do recurso extraordinário nº 418376/MS, ocorrido em 31.3.2005 e publicado no Informativo nº 381, verbis: “Extinção de Punibilidade: Estupro de Vítima Menor de 14 Anos e União Estável. O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a possibilidade de se aplicar a regra prevista no inciso VII do art.

casamento, mas da consumação do delito do qual ainda seja causa extintiva da punibilidade pelas regras anteriores. Deste modo, o indivíduo que porventura tenha consumado o crime contra os costumes antes da vigência da Lei e a vítima eventualmente tenha se casado depois da adoção de tal norma, ainda fará jus à extinção da punibilidade pela causa em questão.

Revogaram-se, também, os crimes de sedução (art. 217) e rapto, em todas as suas modalidades (arts. 219/222). No que concerne à sedução, ocorreu *abolitio criminis* certamente, já que o fato outrora descrito não é mais previsto como crime. As conseqüências deste fenômeno estão disciplinadas no art. 2º do Código Penal, que deve repercutir de imediato. Quanto ao rapto, há um pormenor a se analisar adiante, por ocasião do comentário que se fará no que tange ao acréscimo de qualificadora ao crime de seqüestro e cárcere privado, quando cometidos com fins libidinosos.

Revogou-se, também, o inciso III do art. 226, que cuidava de causa de aumento de pena, em determinados crimes contra os costumes, em virtude do fato de ser o agente casado. Na verdade, este dispositivo recebeu uma nova engenharia, com intrincadas repercussões, o que será objeto de comentário adiante.

O § 3º do art. 231 também foi revogado, mas porque sua previsão foi incorporada, de forma mais abrangente, nos preceitos secundários dos dispositivos anteriores, com as conseqüências que serão examinadas adiante.

---

107 do CP em favor de condenado por estupro, que passou a viver em união estável com a vítima, menor de 14 anos, e o filho, fruto da relação. O Min. Marco Aurélio, relator, deu provimento ao recurso para declarar a extinção da punibilidade. Salientando a necessidade de se analisar o caso pautando-se pela prudência, e levando-se em conta o confronto dos valores relativos à preservação dos costumes e à integridade e sobrevivência de uma família, as mudanças verificadas entre o contexto social da época em que editada a referida norma penal — cujo objetivo seria o de proteger não o agente em si, mas a família surgida — e o atual, e ainda a repercussão negativa da condenação na vida do filho do casal, entendeu que deveria ser aplicada ao caso, por analogia, a referida causa extintiva de punibilidade, ante a regra do § 3º do art. 226 da CF, que confere proteção do Estado à união estável entre homem e mulher, reconhecendo-a como entidade familiar. Em divergência, o Min. Joaquim Barbosa, acompanhado pelos Ministros Eros Grau e Cezar Peluso, negou provimento ao recurso, sob o fundamento de que somente o casamento teria o condão de extinguir a punibilidade, ressaltando, ademais, as circunstâncias terríveis em que ocorrido o crime, **bem como o advento da Lei 11.106/2005, que revogou os incisos VII e VIII do art. 107 do CP**. Após, o julgamento foi suspenso com o pedido de vista do Min. Gilmar Mendes (CP: “Art. 107. Extingue-se a punibilidade:... VII – Pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes...”<sup>7</sup>). Os grifos são nossos. O equívoco apontado se prende ao fato de que absolutamente irrelevante ao deslinde da testilha posta em julgamento o fato da Lei nº 11.106/05 ter vindo a revogar os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, porquanto, como assentado, trata-se de *lex gravior*, por, neste ponto, ter suprimido uma causa extintiva da punibilidade, não podendo, à toda evidência, ter aplicação retroativa, como aqui se defende. Aliás, se fosse para invocar a Lei nº 11.106/05 como fundamento para decidir a questão posta, ter-se-ia que fazê-lo para conceder a ordem, posto que a Lei em comento igualou o companheiro a cônjuge em situações desfavoráveis ao réu, para fins de aumentar sua pena – vide nova redação dos arts. 148, § 1º, I, 226, II e 227, § 1º do Código Penal, dada pela Lei em comento – não fazendo o menor sentido admitir esta equiparação para prejudicar o réu e não admiti-la para beneficiá-lo!

Foi também revogado, aí sem dúvidas com *abolitio criminis*, o romântico delito de adultério, o que mostra a que ponto o Direito Penal brasileiro já chegou e a que já se prestou infelizmente. A abolição do crime de adultério traz repercussão processual, especificamente no que concerne à modalidade de ação penal de iniciativa privada personalíssima, que agora só subsiste em relação ao crime do art. 236 do Código Penal, que dispõe sobre o induzimento a erro essencial e a ocultação de impedimento ao casamento, inexplicavelmente mantido no Código, talvez para demonstrar que o Direito Penal pátrio ainda vai resistir por longo tempo a se prestar a um papel que jamais lhe deveria ser conferido. Esta ação personalíssima remanescente não excepciona, todavia, o prazo decadencial para o exercício do direito de queixa, caindo na regra geral de 6 (seis) meses, visto que o peculiar prazo de 1 (um) mês era exclusivo do adultério revogado. Subsiste uma situação interessante, que faz-se cogitar da possibilidade de, no Direito Penal, haver a extinção da punibilidade com a morte da vítima: se só quem pode promover a ação penal, no caso do art. 236 do Código Penal<sup>4</sup>, é o contraente enganado, não se vê como, em caso de morte deste, seja antes, seja após dada a queixa, os legitimados do art. 33 do Código de Processo Penal possam eventualmente prosseguir com uma ação que jamais poderiam iniciar. Este dispositivo só se aplica às ações penais de iniciativa privada propriamente dita, não às de iniciativa personalíssima, em que só toca à vítima o direito de ação. Daí, morrendo a vítima, ninguém mais poderia exercer o direito de ação e nem de prosseguir na ação já iniciada, o que importaria em extinção da punibilidade, pela ausência de quem se legitimasse no pólo ativo, ocasionando, conforme o caso, a decadência ou mesmo a preempção do art. 60, II, do Código de Processo Penal.

Mudou-se a denominação do capítulo V do título dos Crimes Contra os Costumes, que era “do lenocínio e tráfico de mulheres”, passando a ser “do lenocínio e tráfico de pessoas”, isto em decorrência da abrangência do sujeito passivo de tais delitos, que agora pode também ser o homem. Com isto, o Direito Penal, neste ponto, se atualiza, posto que há muito o homem passou a se dedicar à prostituição, ocupando um espaço que outrora era exclusivo das mulheres, inclusive historicamente. Isto decorre, antes de tudo, da liberação dos movimentos feministas, já que, como se

---

<sup>4</sup> “Art. 236 - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único - A ação penal depende de **queixa do contraente enganado** e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento”. (Código Penal, art.236, com grifos nossos).

sabe, só há oferta de serviço quando há demanda por sua procura. Na realidade atual, o mercado consumidor da prostituição não é mais exclusivo dos homens; as mulheres também passaram a solicitar o serviço. O que acarretou no ingresso de homens em sua prestação. Só o Direito Penal não enxergava isto; agora passou a enxergar.

No conjunto da obra, a Lei nº 11.106/05 trouxe regras de direito material, ora revogando infrações penais, ora revogando dispositivos que consistiam em causas extintivas da punibilidade, ora incluindo novos sujeitos passivos, ampliando, portanto, a abrangência de tipos penais que já existiam e foram mantidos, recebendo uma reengenharia, ora criando novas figuras típicas. Daí porque há, simultaneamente, regras mais favoráveis e regras mais gravosas na mesma Lei, que devem ser examinadas pontualmente. Há momentos em que a Lei se constitui em *novatio legis in melius*, com as suas conseqüências conhecidas no que concerne à retroatividade; há momentos, outrossim, em que se constitui em *novatio legis in pejus*, havendo de se assegurar sua irretroatividade, em respeito, antes de tudo, ao disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Dos primeiros aspectos da Lei cuidou-se até aqui. Doravante, passa-se, na segunda parte deste ensaio, a cuidar dos demais aspectos, examinando-se os tipos penais que foram objeto da nova engenharia legislativa, de modo a destacar as devidas repercussões.

## 2.2 O novo seqüestro e cárcere privado.

Inicia-se pelo art. 148 do Código Penal, alvo da primeira alteração. No § 1º, que estabelece formas qualificadas do seqüestro e cárcere privado, foi acrescentada a elementar “companheiro”, adunada às outras pré-existentes. Esta nova situação – sujeito ativo companheiro da vítima – só pode qualificar a pena nos seqüestros e cárceres privados ocorridos após a entrada em vigor da Lei, ou mesmo que estavam em andamento quando de tal data, já que se trata de crime permanente, cujo momento consumativo se protraí no tempo. O Direito Penal, enfim, reconheceu a dignidade que merece a família oriunda de união estável, nos moldes preceituados pela Constituição Federal. Aliás, pensa-se que a palavra “companheiro” constitui-se em norma penal em branco, remetendo o intérprete à conceituação que lhe dá o Direito de Família. Em outras palavras, companheiro, para fins penais, é aquele que vive em união estável, atendidos os requisitos estabelecidos para o reconhecimento de tal situação no

Direito de Família. Evidente que quem começou a namorar ontem e cometeu o crime hoje não é companheiro para fins penais. Se o Direito Penal, agora, em determinados delitos iguala a situação do companheiro à do cônjuge, para agravar-lhe a sanção, não há mais porque se resistir à analogia *in bonam partem* que se tentava fazer para igualar tais situações em casos que iriam favorecer o réu<sup>5</sup>.

Ainda com relação ao art. 148, § 1º, do Código Penal, foram acrescentadas outras duas qualificadoras, previstas nos novos incisos IV e V. o primeiro, em virtude da idade da vítima ser inferior a 18 anos. O segundo, se o crime for praticado com fins libidinosos.

### 2.2.1 O seqüestro e cárcere privado com fins libidinosos – incorporação do velho rapto.

É neste inciso V que repousa a necessidade de aprofundamento das reflexões quanto à *abolitio criminis*, porque tal dispositivo nada mais é do que o velho rapto, outrora descrito no art. 219 do Código Penal, revogado pela lei em exame, com a diferença de que, agora, não se exige que a pessoa privada de sua liberdade com fins libidinosos seja mulher e nem honesta. Note-se que, confrontando-se o velho art. 219<sup>6</sup> com o art. 148, § 1º, V<sup>7</sup>, percebe-se que o fato outrora descrito como rapto está contido na descrição do seqüestro com fins libidinosos, que inclusive incrimina a situação de forma mais abrangente (não precisa ser mulher, muito menos honesta, e nem precisa haver abdução, bastando a retenção que caracteriza o cárcere privado). A pena também

<sup>5</sup> Certo o Min. Marco Aurélio na linha de raciocínio externada quando do julgamento referido no inciso anterior. Nas situações que ainda se regem pela lei antiga (no que concerne à extinção da punibilidade), não há mais motivo para negar equiparação entre cônjuges e companheiros. Aliás, qualquer que seja a situação em que a lei penal privilegia o cônjuge, deverá também, doravante, privilegiar o companheiro, ainda que não esteja expressamente referido na norma, buscando-se a analogia *in bonam partem*, tendo por paradigma a equiparação pontual feita entre eles pela Lei em análise. Ora: se a lei penal, ainda que pontualmente, os equipara para prejudicar (agravar a sanção, qualificando o crime), deve também fazê-lo para beneficiar (privilegiando o delito ou mesmo extinguindo a punibilidade ou isentando de pena – vide, a propósito, à guisa de exemplos, os arts. 181, I, 182, I, e 348, § 2º, do Código Penal, que, por analogia, devem se aplicar também ao companheiro, isentando-o de pena no favorecimento pessoal, nas mesmas situações em que fica isento, por previsão expressa, o cônjuge, além de conferir ao companheiro os mesmos benefícios conferidos expressamente ao cônjuge nos crimes contra o patrimônio. A observação não se restringe apenas a estes crimes, mas a qualquer outro delito, previsto em qualquer outra lei penal, cometido na mesma situação, em que haja previsão benéfica para o cônjuge, qualquer que seja ela). Por óbvio, não se pode fazer analogia *in malam partem*, de sorte que, nas situações mais gravosas em que a lei penal ainda não equiparou cônjuge e companheiro (arts. 61, II, “e”, 133, § 3º, II, e 244, *caput*, do Código Penal, por exemplo) não poderá o intérprete fazê-lo, restando, infelizmente, se conformar com o casuismo que reformas pontuais sempre correm o risco de propiciar.

<sup>6</sup> “Rapto violento ou mediante fraude: Art. 219 - Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso.” (Código Penal, art.219).

<sup>7</sup> “Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado. (...) A pena é de reclusão, de dois a cinco anos: (...) V – se o crime é praticado com fins libidinosos” (Código Penal, art. 148, § 1º, V).

ficou maior (reclusão de 2 a 5 anos, quando, no velho rapto, era de 2 a 4 anos). Conclusão: não houve *abolitio criminis* em relação ao rapto, em que pese a revogação expressa do art. 219, posto que a lei penal não deixou de considerar aquele fato ali descrito como crime, eis que segue assim considerando-o, posto que incorporado, de forma ainda mais abrangente, em outro tipo penal. Sucede que, por óbvio, para manter os efeitos penais em conduta tal verificada antes da entrada em vigor da lei em comento, só se o fato se subsumir à figura do velho rapto do art. 219 (sujeito passivo mulher e honesta, crime decorrente de abdução, não de mera retenção, com a pena outrora estabelecida), posto que, quanto à ampliação do sujeito passivo, da modalidade de conduta e da majoração da sanção penal, a alteração legislativa constituiu-se em *novatio legis in pejus*, só podendo ser aplicada para os seqüestros e cárceres privados com fins libidinosos ocorridos após a entrada em vigor da lei *sub examinen*. Quanto ao rapto consensual (art. 220), aí sim houve *abolitio criminis*, já que a comunhão de interesses entre vítima e autor não configura a privação da liberdade que consiste no seqüestro ou cárcere privado do art. 148 do Código Penal, crime contra a liberdade pessoal que é.

### 2.2.2 *Abolitio criminis* – compreensão correta do fenômeno. Outros exemplos. A “*Abolito criminis* interpretativa”.

Convém abrir um parêntese para esclarecer um pouco mais sobre *abolitio criminis*, em virtude de confusões que se tem feito recentemente, com o advento do Estatuto do Desarmamento<sup>8</sup>. Definitivamente, não se pode confundir *abolitio criminis* com revogação de lei. Não é por ter sido um dispositivo ou toda uma lei revogada que, necessariamente, ocorrerá *abolitio criminis*. Se a lei revogadora redefinir aquele mesmo fato como crime, conferindo-lhe nova engenharia, eventualmente até alterando a pena, não se cogita de *abolitio criminis*, ainda que, em consequência da lei nova, tenha havido revogação expressa da lei anterior<sup>9</sup>. Isto porque, malgrada a revogação da lei ou de algum dispositivo do Código<sup>10</sup>, o fato não deixou de ser considerado como crime. Basta a leitura do art. 2º do Código Penal<sup>11</sup> para se chegar a esta conclusão, a de que *abolitio criminis* definitivamente nada tem a ver com revogação de lei. Pode ocorrer que, no cotejo entre a conduta anteriormente descrita e a

<sup>8</sup> Sobre isto, vide BASTOS, Marcelo Lessa. *Estatuto do Desarmamento – não incidência, por ora, de seu art. 12 – posse de arma de fogo de uso permitido*. São Paulo: IBCCrim, Boletim nº 137, abril/2004.

<sup>9</sup> Como fez o Estatuto do Desarmamento em relação à velha Lei das Armas (Lei nº 9.437/97).

<sup>10</sup> Como ocorreu no caso aqui refletido, do rapto, que foi agregado ao seqüestro e cárcere privado.

<sup>11</sup> Código Penal, art. 2º: “ninguém pode ser punido por **fato** que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória” (grifos nossos).



conduta atualmente descrita, sobre algumas elementares e, neste ponto apenas, portanto parcialmente, ocorrerá a *abolitio*<sup>12</sup>. Aliás, registrou-se recentemente uma interessante hipótese de *abolitio*, que pode ser denominada de “*abolitio criminis* interpretativa”. É que o art. 149 do Código Penal, que define o crime de redução à condição análoga a de escravo, na sua concepção original, era um tipo extremamente aberto, porque dizia, simplesmente, “reduzir alguém a condição análoga a de escravo”, sem se dar ao trabalho de explicitar em que consistia aquela conduta. Sucede que, com o advento da Lei nº 10.803/03, o tipo foi “fechado”, explicitando-se que “reduzir alguém a condição análoga a de escravo”, se verifica “quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”. Conclusão: qualquer forma diversa como, outrora, dada a abrangência do tipo original, se concebia o crime de redução à condição análoga a de escravo, que não fosse do modo como agora explicitado (submissão do indivíduo a trabalho forçado, excessivo, em condições degradantes de trabalho, ou “preso” por dívida com o empregador ou preposto), ficou sujeita à *abolitio criminis*, vez que, doravante, só se constitui em redução a condição análoga a de escravo as modalidades da conduta explicitadas no tipo. Em resumo: o tipo fisicamente cresceu, com o acréscimo das explicitações das condutas que abrange, mas, por paradoxo apenas aparente, ocorreu o que tenho chamado de *abolitio criminis* interpretativa.

É hora de voltar à análise da Lei nº 11.106/05.

### 2.3 Posse sexual e atentado ao pudor mediante fraude.

Alterou-se o art. 215, que trata da posse sexual mediante fraude, suprimindo-se a elementar normativa “honesta”, que adjetivava o sujeito passivo do delito. Se já era difícil supor como alguém conseguiria manter relações sexuais com uma mulher honesta<sup>13</sup> sem que esta percebesse o estado de erro a que era submetida pelo

<sup>12</sup> Suponha-se que a lei anterior dissesse: “portar e transportar substância...”, e a lei nova passe a dizer apenas “portar” a mesma substância. A *abolitio* será parcial, apenas no que concerne à elementar “transportar”, fato que deixou de ser considerado como crime.

<sup>13</sup> Que definia a doutrina como sendo aquela que não fazia o comércio promíscuo de seu corpo; aquela inocente nas coisas do sexo. Ou nas românticas palavras de Paulo José da Costa Júnior: “a mulher que, sem se abster da prática sexual, conserva uma certa dignidade e decência (...) Mulher desonesta é, afora a prostituta, a mulher fácil, que se entrega a uns e a outros, por mera depravação ou interesse. É a mulher promíscua, francamente desregrada, a mulher de vários leitos” (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1987, v.3, p. 111). Exemplo que se dá para este delito é o caso do falso marido que, enganando a cunhada, consegue manter com ela conjunção carnal, fingindo ser o irmão gêmeo.

sujeito ativo da relação criminal, imagine-se agora cogitar desta possibilidade tendo por vítima qualquer mulher, inclusive a prostituta que, à míngua da locução restritiva, em tese passa a integrar o rol de sujeitos passivos do delito. Como o rol dos sujeitos passivos foi aumentado, considera-se a *novatio legis*, neste ponto, *in pejus*, só podendo incidir a norma, em relação a qualquer tipo de mulher, para os fatos ocorridos após a vigência da Lei em comento. Todavia, eventuais fatos que tenham já ocorrido e que envolviam mulheres tidas no conceito de honestas de outrora permanecem inalterados, sem que se cogite de *abolitio criminis*.

Foi também objeto de alteração o art. 216, que trata do atentado ao pudor mediante fraude. Aqui a alteração foi mais significativa, porque o sujeito passivo passou a ser qualquer pessoa (“alguém”), incluindo-se aí o homem<sup>14</sup>. É evidente que, pelas mesmas razões acima comentadas, o homem só passa a ser sujeito passivo deste crime em relação a fatos ocorridos após a vigência da Lei, não se cogitando, por outro lado, de *abolitio criminis* em relação a eventuais condutas de que tenham sido vítimas, antes da Lei nova, mulheres honestas, tal como exigido pela redação anterior, já que estas, as “mulheres honestas” de outrora, sempre foram e continuam sendo “alguém”. O parágrafo único sofreu apenas uma alteração semântica, substituindo-se a elementar “ofendida”, que é um substantivo feminino e, portanto, condizente apenas com a redação primitiva do tipo, por “vítima”, que é um substantivo que não se flexiona em gênero.

#### 2.4 As causas especiais de aumento de pena nos crimes contra os costumes. Como eram e como ficaram. Conseqüências.

---

<sup>14</sup> Assim, em tese agora é possível, em parte, vislumbrar-se o exemplo oposto do item anterior: a falsa esposa, enganando o cunhado e dele obtendo a consumação de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, fingindo ser a irmã gêmea. Como também, em tese, passou a ser possível visualizar a possibilidade deste delito, tendo por sujeito ativo o médico, não mais apenas o ginecologista que engana sua paciente e, a pretexto de submetê-la a um exame ginecológico de rotina, acaba por realizar os toques com vistas a satisfazer sua lascívia, mas o proctologista que eventualmente conduza o exame de próstata na mesma situação. Permaneceu, contudo, a mesma perplexidade que resulta do cotejo entre o estupro e o atentado violento ao pudor, ao passo em que aquela cunhada que, nas mesmas condições de engano, fingindo ser a esposa, de quem é irmã gêmea, obtém do cunhado a conjunção carnal, não haverá de incidir neste delito, já que “conjunção carnal” não é “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, como quer o tipo em exame, não se vislumbrando facilmente nenhum outro que venha em socorro da hercúlea tarefa de tipificar a conduta, já que não se pode cogitar de constrangimento ilegal, posto não ter havido violência e nem grave ameaça. Poder-se-ia ter corrigido tamanha distorção e não se fez, o que se lamenta, tanto quanto já se lamentou no que concerne à distorção resultante do cotejo entre o estupro e o atentado violento ao pudor, já colacionados.

Merece atenção especial o art. 226, que prevê causas de aumento de pena em determinados crimes contra os costumes e sofreu várias modificações, com diversas implicações.

Antes, o aumento era um só, de quarta parte, nas situações previstas nos três incisos de sua redação original. Agora, inciso III (“se o agente é casado”) foi revogado, porque incorporado, em menor dimensão, no atual inciso II (se o agente for o “cônjuge”, quer dizer, casado com a própria vítima e não simplesmente casado, com qualquer outra pessoa, como antes era previsto). Passaram a ser dois os percentuais de aumento – manteve-se o aumento de quarta parte apenas em relação ao inciso I (“concurso de duas ou mais pessoas”), que permaneceu como estava; o aumento passou a ser de metade na hipótese do inciso II que, como já adiantado, sofreu acréscimos.

O aumento maior em relação ao original nas hipóteses previstas no inciso II, evidentemente, é *novatio legis in pejus*, de sorte que só tem aplicação nos crimes ocorridos após a vigência da Lei. Nos crimes anteriores, o aumento continua a se reger pelo patamar inicial (cujo aumento era de quarta parte), sem os acréscimos previstos na nova redação de tal inciso.

Há, contudo, uma situação interessante em relação ao cônjuge, que, doravante, terá sua pena aumentada de metade se cometer algum dos crimes contra os costumes contra sua própria esposa. É que, na versão anterior do dispositivo, este cônjuge também estava ali contemplado, no velho inciso III. Obviamente, o cônjuge é casado e, quando se admitia o aumento incidindo pelo simples fato do agente ser casado com qualquer pessoa, muito mais razão haveria para se admiti-lo quando casado com a própria vítima<sup>15</sup>. Sucede que, nos crimes ocorridos antes da Lei em comento, o aumento haverá de incidir na sua concepção original, pelo fato de o agente ser casado e na razão de quarta parte. De outra banda, em relação ao agente casado com outra pessoa que não a própria vítima (não é o “cônjuge” a que se refere o atual inciso II), não há mais aumento algum (o inciso III, que era mais abrangente, foi revogado, como dito). Neste

---

<sup>15</sup> Neste ponto se está partindo da premissa de que o marido comete estupro ou atentado violento ao pudor quando submete sua própria esposa a atos libidinosos contra a sua vontade, restando ultrapassadas as correntes que, no passado, defendiam que ele agia no exercício regular do direito, o que é inadmissível nos dias atuais! Aliás, o fato do legislador ter contemplado como causa de aumento de pena ser o agente casado com a própria vítima contribui para a certeza de que há estupro ou atentado violento ao pudor entre marido e mulher, não tendo o casamento o condão de despojar o cônjuge do direito de dispor de seu próprio corpo, malgrado os deveres recíprocos que o vínculo conjugal estabelece entre os cônjuges, mas cuja sanção para seu eventual inadimplemento (do dever de débito conjugal) deve ser buscada no próprio Direito de Família, com a separação judicial imputando culpa ao cônjuge recalcitrante; jamais, todavia, há de legitimar o exercício *manu militari* do direito a este débito, mesmo porque não se consegue imaginar, por jocoso que seria, eventual tutela jurisdicional de urgência que agasalhasse tal pretensão se deduzida em juízo. No sentido destas idéias, BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 4, p. 2.

caso, houve *novatio legis in melius*, cabendo aplicação retroativa, mesmo aos casos anteriores já decididos por sentença transitada em julgado, consoante art. 2º, parágrafo único, do Código Penal<sup>16</sup>.

O inciso II ainda foi acrescido de “madrasta”<sup>17</sup>, “tio” e “companheiro”<sup>18</sup>, ligações que fazem incidir o aumento de metade na pena do agente, situações que, obviamente, só podem incidir para os crimes ocorridos após a vigência da Lei, posto que acrescentadas por ela. Suprimiu-se a figura do “pai adotivo”, que desde a Constituição de 1988 já estava compreendida na figura do “ascendente”, uma vez que não há diferenciação entre filhos, nada mudando com relação a isto, já que a redação primitiva do inciso II contemplava o “ascendente”, que foi mantido, sendo certo que o “pai adotivo” suprimido estava sobrando no tipo.

A parte final do inciso II (quando o agente é “empregador da vítima ou por qualquer outro tipo tem autoridade sobre ela”) não pode ser aplicada ao crime de assédio sexual (art. 216-A, acrescentado pela Lei nº 10.224/01), porquanto a relação de ascendência do agente sobre a vítima é da essência do tipo, de sorte que seria *bis in idem* qualificá-lo.

## 2.5 Lenocínio e tráfico de pessoas.

Caminhando para o fim, analisam-se as alterações sofridas no capítulo V que, como visto, é agora denominado “do lenocínio e do tráfico de pessoas”.

### 2.5.1 Mediação para servir a lascívia de outrem.

No § 1º do art. 227, que prevê formas qualificadas da mediação para servir à lascívia de outrem, a elementar “marido” foi substituída por “cônjuge”, de modo que a conduta da esposa que serve de agenciadora para a prostituição de seu marido, admitida perfeitamente pela descrição típica do *caput*, passou, também, a ser qualificada. Ao lado do cônjuge, contemplou-se, também, o “companheiro”, na mesma

---

<sup>16</sup> Se, por exemplo, antes da Lei, alguma pessoa casada foi condenada por estupro ou atentado violento ao pudor, cometido contra uma outra pessoa diversa de seu cônjuge, terá o juiz da execução que recalcular sua pena, suprimindo o aumento de 1/4 devido exclusivamente àquela outrora qualificadora abrangente.

<sup>17</sup> Que, por exemplo, submeta seu enteado à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, inclusive com violência presumida em razão da idade da vítima.

<sup>18</sup> Norma penal em branco, como já destacado aqui, remetendo-se à definição de união estável, como explicitado anteriormente.

situação. Evidente que estas novas qualificadoras (ser também esposa ou companheiro), por *novatio legis in pejus* que são, só haverão de incidir para os fatos ocorridos após a vigência da Lei; noutro passo, nada mudou quanto à conduta do marido que, no passado, foi o agenciador da prostituição de sua esposa (marido é cônjuge, e a substituição da palavra “marido” pela palavra “cônjuge”, ser por um lado representa a inclusão da esposa, por outro conserva, sem qualquer novidade, a situação do marido).

### 2.5.2 Tráfico internacional e tráfico interno de pessoas.

As últimas mudanças se deram no outrora crime de “tráfico de mulheres”, que foi modificado e dividido em dois crimes, havendo, hoje, o “tráfico internacional de pessoas” (atual art. 231) e o “tráfico interno de pessoas” (art. 231-A, acrescentado pela Lei em foco).

No art. 231, agora tráfico internacional de pessoas, contemplando o homem como sujeito passivo do delito, introduziu-se mais uma elementar, para abranger a figura do intermediador, que é o agenciador, aquele que aproxima as vítimas de quem vai promover sua saída ou entrada no território nacional para fins de prostituição. É uma espécie de “corretor” de prostitutas ou prostitutos. O § 3º, que estabelecia a pena de multa cumulativamente se o crime fosse praticado com o intuito de lucro, foi revogado, mas não porque se pretendeu abolir a sanção pecuniária na espécie, mas porque se-lha incorporou aos preceitos secundários da norma penal incriminadora, em suas formas básica e qualificadas (*caput* e §§ 1º e 2º), inclusive de modo mais abrangente, tenha ou não havido intuito de lucro. Assim, nada mudou na situação dos já tinham cometido este crime com intuito de lucro antes da vigência Lei nova<sup>19</sup>; por outro lado, a pena de multa independente do intuito de lucro, só pode incidir para os crimes praticados depois de sua vigência<sup>20</sup>. Por evidente, os acréscimos feitos no preceito primário – inclusão do homem como sujeito passivo, através da substituição da elementar “mulher” por “pessoa” e da figura do intermediador, ao passo em que se constituem em *novatio legis in pejus*, só podem incidir para as hipóteses ocorridas após a vigência da norma; não houve *abolitio*, contudo, em relação às condutas anteriores praticadas contra mulher, já que “mulher” é “pessoa”. Assim, o fato de introduzir mulheres prostitutas no território nacional não deixou de ser considerado como crime.

<sup>19</sup> Não há que se cogitar, neste ponto, de *novatio legis in melius* ou em decote de eventual pena pecuniária aplicada anteriormente.

<sup>20</sup> Isto porque, neste ponto, na parte em que ampliou a incidência da pena pecuniária, independente do intuito de lucro do agente, foi *novatio legis in pejus*.

Apenas passou-se a também considerar como tal a introdução de homens prostitutos. Quanto ao § 2º, que remete às causas de aumento do art. 227, § 1º para qualificar este crime, há de se estar atento às considerações aqui tecidas quando da análise de tal dispositivo, a terem aplicação no caso em exame<sup>21</sup>.

O último dispositivo a se analisar é o art. 231-A, criado a partir da nova engenharia dada ao tipo anterior. Agora, há previsão de tráfico interno de pessoas, assim compreendido o agenciamento, recrutamento, transferência, alojamento ou simples acolhimento de prostitutas, de sexo masculino ou feminino. Não há base geográfica determinada para incidência dessas condutas, já que o tipo fala apenas “no território nacional”, compreendendo, em princípio, o fluxo de prostituição oriunda de qualquer lugar, para qualquer lugar, dentro do Brasil. Todavia, há de se analisar a possibilidade de concurso aparente com o crime de casa de prostituição, a se resolver caso a caso, para evitar o *bis in idem*. Assim, se a pessoa que promove o acolhimento da prostituta é o dono da casa de prostituição, já estando a prostituta a exercer o meretrício antes, o crime parece ser apenas o do art. 229 do Código Penal. De uma forma ou de outra, como os crimes definidos no capítulo V são muito próximos uns dos outros, no que concerne à definição do alcance das condutas tipificadas, caberá ao intérprete o discernimento de analisar caso a caso, de modo a resolver eventuais concursos aparentes entre aquelas normas. Registra-se, por fim, que o art. 231-A é *novatio legis* incriminadora e, portanto, só incide para as condutas verificadas após a vigência da Lei que o instituiu.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

São essas as primeiras impressões que se tiram da Lei nº 11.106/05, ora oferecidas ao debate acadêmico, na esperança de se contribuir para a reflexão que se fará necessária ao se debruçar o intérprete sobre as modificações legislativas objeto destes modestos comentários.

MARCELO LESSA BASTOS

---

<sup>21</sup> Deste modo, só se pode cogitar de qualificar a conduta, no tráfico internacional de pessoas, pelo fato do agente ser esposa ou companheiro da vítima, nos delitos cometidos após a vigência da Lei em exame. Quanto ao marido, a situação permanece inalterada – já era figura prevista na redação primitiva do art. 227, § 1º, a que se reporta o § 1º, do art. 231, ambos do Código Penal. E, logicamente, “marido” é “cônjuge”.

Promotor de Justiça

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos

Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Campos

[mlbastos@fdc.br](mailto:mlbastos@fdc.br)