

A LEI N. 11.106, DE 28.03.2005, E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Salvador José Barbosa Júnior*
Sandro Marcelo Paris Franzoi*

A Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, que alterou diversas normas do Código Penal, abolindo inclusive o crime de adultério de nosso ordenamento jurídico, revogou a causa de aumento prevista no inciso III do artigo 226 do Código Penal, o qual previa a exasperação da pena aplicada em uma quarta parte quando o autor de delito classificado como crime contra os costumes fosse casado ao tempo do fato.

Como é sabido, essa majorante tinha razão de ser porque, no direito anterior, havia o entendimento segundo o qual o tratamento mais severo, dispensado a quem na condição de casado cometesse um dos crimes contra os costumes, decorria da “*impossibilidade, por parte do agente, de reparar o mal pelo subseqüente matrimônio*”¹. Assim, andou bem o legislador ao revogar a causa de aumento, pois a Lei n. 11.106/2005 também revogou os incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal, os quais estatuíam a extinção da punibilidade, quando havia casamento entre o agente, também acusado da prática de crime contra os costumes, e a vítima, ou entre ela e terceiro.

O inciso VII do artigo 107 do Código Penal regia a hipótese de extinção da punibilidade quando o próprio agente contraía casamento com a vítima. Já o inciso VIII do mesmo dispositivo contemplava a extinção da punibilidade dos crimes contra os costumes, cometidos sem violência real ou grave ameaça, quando a ofendida casava-se com terceiro e não requeria o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias, a partir do matrimônio.

A verdade é que essas duas espécies de extinção da punibilidade não se coadunavam com a nossa realidade, porquanto foram concebidas numa sociedade extremamente desigual, onde homens e mulheres eram tratados de forma diferenciada perante a lei. Tanto é que, à época, a mulher era considerada à luz da lei civil relativamente incapaz, condição que somente se alterou com o advento da Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada.

* Procuradores do Estado de São Paulo, em exercício na Procuradoria da Assistência Judiciária Criminal de São Bernardo do Campo (SP), e pós-graduandos em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura.

¹HUNGRIA. NELSON. *Comentários ao Código Penal*. Ed. Forense, 5ª. ed. 1983, VIII/243.

É possível vislumbrar considerável evolução no tratamento da igualdade entre homem e mulher no direito civil brasileiro, e isso mesmo antes da promulgação da Constituição da República de 1988, fato que pôs uma pá de cal sobre a celeuma acerca da desigualdade dos sexos perante a lei. Todavia, não se observou tal transformação progressiva na seara penal. Prova disso, era o próprio artigo 107 do Código Penal, especialmente no tratamento dado ao fenômeno da extinção da punibilidade nos referidos incisos VII e VIII.

Com efeito, para que o Estado perdesse o direito de impor pena ao algoz acusado de graves violações à liberdade sexual da mulher, bastava, não raras vezes, um fajuto matrimônio com a vítima, ou entre ela e um terceiro. A história forense, em diversas ocasiões, registrou que, nas pequenas comarcas, homens de certo poderio econômico e político, após serem acusados de abusarem sexualmente de jovens menores de 14 anos de idade, mediante violência presumida, aproveitando-se da inexperiência da vítima, entabulavam acertos escusos com rapazes, os quais, mediante paga, aceitavam casar-se com a ofendida, somente com a intenção de livrar o acusado do processo criminal e da resposta penal.

A revogação dos incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal veio em boa hora. E a conseqüência natural da adoção dessa medida só poderia ser a revogação do inciso III do artigo 226 do Código Penal. Ora, além de não haver mais razões culturais para sustentar o odioso fundamento de que o casamento entre o agente e a vítima era o suficiente para reparar o dano cometido, como se o objeto jurídico tutelado pela lei penal fosse a honra aparente da mulher perante a sociedade, e não a sua liberdade sexual; a linha de raciocínio do legislador buscou a coerência jurídica. É que, se no direito anterior aumentava-se a pena por conta da impossibilidade de o agente casado reparar o dano, contraindo matrimônio com a vítima e, hoje em dia, a ninguém é permitido fazer uso do casamento para ver extinta a punibilidade, não mais subsiste o fundamento para exasperação da reprimenda então tipificada no inciso III do artigo 226 do Código Penal.

O certo é que medidas discriminatórias, que negam à mulher o mesmo tratamento legal dado ao homem, devem mesmo ficar guardadas em retratados embolorados na nossa memória, até porque não mais refletem o pensamento da sociedade contemporânea.

Mas, o artigo 5º da Lei n. 11.106/2005, ao revogar o inciso III do artigo 226 do Código Penal reacendeu um outro dispositivo, muito estudado na academia, mas raramente aplicado no dia-a-dia forense em tempos de inflação legislativa de normas penais incriminadoras. Deveras, o tratamento mais suavizado dispensado aos condenados por prática de crimes contra os costumes pela nova lei aplica-se aos casos passados, inclusive quando já houve trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Pois, à luz do parágrafo único do artigo 2º. do Código Penal, *“A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”*. Cuida-se, como se vê, de lei nova mais favorável, que no caso, excluiu causa de aumento e conseqüente pena acessória.

Ensina Nelson Hungria que “*A lei posterior apresenta-se mais favorável que a lei anterior, para o efeito de retroatividade, não só quando elimina a incriminação de um fato, como quando, de qualquer modo, beneficia o réu*”. E isto pode ocorrer entre outras hipóteses quando “*exclui ou atenua penas acessórias*”.²

O alcance da retroatividade da lei penal mais benéfica, como é sabido, não respeita sequer a coisa julgada, pois “*A lei penal posterior, quando mais benéfica (lex mitior), deve retroagir, ainda que haja coisa julgada (TJMG — Ap. — Rel. José Arthur — j. 10.06.1999 — JM 149/351)*”³.

Destarte, é forçoso reconhecer que ganha especial relevo na aplicação dos efeitos da revogação operada pelo artigo 5º da Lei n. 11.106/2005 a Súmula n. 611 do colendo Supremo Tribunal Federal. A jurisprudência sumulada da Suprema Corte dispõe que “*Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna*”, reforçando o que preceitua o artigo 66, inciso I, da Lei de Execução Penal.

Assim sendo, mesmo que o agente já esteja cumprindo pena em decorrência de decisão condenatória transitada em julgado, que lhe impôs reprimenda aumentada de uma quarta parte em virtude de ter cometido crime contra os costumes na condição de casado, tem atualmente o direito de ver a pena reduzida. E, para tanto, basta o manejo de mera petição dirigida ao juízo das execuções competente, motivando o pleito nos argumentos ora esposados, porquanto a jurisprudência tem firme no sentido de que “*a lei nova, mais benigna ao agente, retroage, ainda que os fatos anteriores se encontre decididos em ato que transitou em julgado, devendo ser aplicada por mero reconhecimento, não exurgindo, portanto, caso de habeas corpus espontâneo*. (TACRIM-SP — RO — Rel. Sérgio Pitombo — RJD 27/244)”⁴.

E pena que o legislador não aproveitou o momento favorável, quando da elaboração da Lei n. 11.106/2005, para intensificar a tentativa de ajustar o Código Penal ao princípio constitucional da igualdade, erigido a direito fundamental pela Carta Política de 1988.

De fato, há manifesto tratamento desigual estampado nos artigos 181 e 182 do Código Penal, evidenciado pela intencional omissão do legislador de 1940, porquanto o dispositivo não estende a imunidade penal ali tratada ao companheiro ou companheira da vítima do crime contra o patrimônio. Os aludidos artigos apenas elencam o cônjuge, na constância do casamento, e o cônjuge desquitado ou judicialmente separado (a redundância está expressa no texto da lei), não fazendo menção a agente ligado à vítima pelo vínculo da união estável.

² HUNGRIA, Nelson. Ob. cit., pág. 119-120.

³ Apud SILVA FRANCO. Alberto et alii. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. Ed. RT, 7ª. ed, 2001, pág. 59.

⁴ Apud SILVA FRANCO. Alberto et alii. Ob. cit., pág. 60

Se essa discriminação era até justificável, tendo em vista que a norma penal permissiva foi construída no seio de uma sociedade extremamente conservadora, na qual a família somente poderia ter alicerce no casamento, é forçoso convir que hoje ela também não encontra nenhum motivo para continuar a existir.

Se é certo que, a despeito da ausência de previsão legislativa, o aplicador do direito pode se valer do uso de princípios constitucionais, fazendo uma leitura sistemática e teleológica da lei, para conceder às pessoas que vivem em união estável os mesmos direitos assegurados aos cônjuges; não é menos incorreto afirmar que o agente, na condição de companheiro, sempre fica sob o talante da ideologia do magistrado, o qual, em que pese os avanços da doutrina na seara civil, ainda se mostra extremamente conservador no campo criminal. Exatamente, por isso, não é incomum a negativa de extensão das escusas absolutórias aos companheiros quando acusados de crimes patrimoniais, ainda que preencham os requisitos exigidos pelo artigo 183 do Código Penal.

Prova da indefinição da orientação da jurisprudência acerca da questão são os julgados coligidos pela Dra. Ana Luiza Almeida Ferro na sua monografia sobre o tema da aplicação da escusa absolutória no Direito Penal⁵. O primeiro é o julgado da Sétima Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, relatado pelo ilustre Juiz Corrêa de Moraes, determinando a aplicação da “*causa de isenção prevista no art. 181, I, do CP*” aos concubinos. Por sua vez, o segundo é o acórdão proferido pela Segunda Câmara do Tribunal de Alçada de Minas Gerais na Apelação Criminal 266.987-8, relatora a Juíza Myriam Saboya, no qual se firmou o entendimento de que “*não há se falar na aplicação do art. 181, I, do CP, pois tal causa de imunidade penal é restrita ao cônjuge na constância da sociedade conjugal*”. No mesmo sentido decidiu a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Criminal n. 14.469, rel. o Des. João de Borba: “*A imunidade penal de que trata o n. I do art. 181 não se aplica à concubina*”. Mais sintonizado com a realidade, até porque o julgamento se deu recentemente, entendeu a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no HC 70000592972 que, no caso de furto cometido durante a união estável, aplica-se a imunidade absoluta, visto que o ex-companheiro acusado de furto de bens adquiridos na constância da união estável goza da imunidade absoluta, a par da inteligência do inciso I do artigo 181 do Código Penal, em simetria com o § 3º. do artigo 226 da Constituição Federal e a lei reguladora (n. 9.278/96).

Vale lembrar que os casos de escusas absolutórias estendem-se tanto ao companheiro como ao ex-companheiro em homenagem ao disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal e à própria evolução do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro. Efetivamente, na esteira do que dispôs o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, a Lei

⁵ ALMEIDA FERRO, Ana Luiza. *Escusas Absolutórias no Direito Penal. Doutrina e Jurisprudência*. Ed. Del Rey, 2003, pág. 110-124.

n. 9.278, de 10 de maio de 1996, alargou o conceito de família ao núcleo formado por um homem e mulher, desde que a convivência entre eles venha a ser reconhecida como duradoura, pública e contínua, independentemente de a união estar calcada em casamento.

A nova ordem constitucional, construída pela Carta Política de 1988, reforçou o princípio da igualdade, alçando-o a direito fundamental do indivíduo. Isso foi corroborado quando o constituinte tratou da família, pois deixou expresso não haver diferenças entre a família constituída com base no casamento e a entidade familiar, livremente criada por um homem e uma mulher. De modo que todos os direitos assegurados aos cônjuges não de ser garantidos aos companheiros.

Como se vê, *de lege ferenda*, seria de bom alvitre que o legislador equiparasse efetivamente o companheiro ao cônjuge, na constância da união, bem como o ex-companheiro, após a separação de fato, ao agente separado judicialmente, enquanto não constituir nova união ou contrair matrimônio, adequando, assim, a redação dos artigos 181 e 182 do Código Penal ao artigo 5º da Constituição Federal e espancando qualquer possibilidade de insegurança jurídica no campo penal.

Bibliografia

ALMEIDA FERRO, Ana Luiza. *Escusas Absolutórias no Direito Penal. Doutrina e Jurisprudência*. Ed. Del Rey, Minas Gerais, 2003.

HUNGRIA. NELSON. *Comentários ao Código Penal*. Ed. Forense, 5ª. ed. Rio de Janeiro, 1983.

SILVA FRANCO. Alberto *et alii*. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. Ed. RT, 7ª. ed, São Paulo, 2001.

