



## Suspensão julgamento de condenado por estupro de menor

O Código Penal extingue a punibilidade para os crimes de estupro quando o estupro se casa com a vítima. O Supremo Tribunal Federal julga se a regra deve se aplicar também aos casos de união estável, já que a Constituição equipara os dois relacionamentos.

Para os ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Joaquim Barbosa não pode haver analogia no caso de estupro. Segundo Joaquim Barbosa, somente o casamento regularmente celebrado extingue a punibilidade no caso. Eros Grau ressaltou que não cabe interpretação analógica em matéria penal, o que impediria a extensão do benefício em razão da união estável.

Já o ministro Cezar Peluso afirmou ser contrário à previsão de extinção de punibilidade prevista no Código Penal quando a vítima casa-se com o réu. Para ele, o crime de estupro apresenta uma agressão ao processo de formação da criança.

O Plenário da Corte começou a julgar o caso nesta quinta-feira. Até agora apenas o ministro Marco Aurélio, relator da matéria, entendeu que a regra deve ser estendida aos casos de união estável. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do ministro Gilmar Mendes.

O caso começou a ser julgado pela Primeira Turma do STF, que decidiu enviar o recurso para julgamento no Plenário por considerar a relevância do tema. O réu foi condenado a sete anos de reclusão pelo crime de estupro pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

No caso específico, o acusado teve relações sexuais com uma menor de 14 anos, com quem mantém união estável e tem um filho. A legislação considera estupro o sexo com menor de 14 anos, mesmo quando não há violência ou constrangimento. Por enquanto, o julgamento está em três a um.

O Código Penal considera como entidade familiar apenas a que se origina de casamento. Para os advogados, a regra afronta a Constituição Federal, que equipara a união estável entre homem e mulher à família.

Os advogados do réu sustentam que a Constituição garante os direitos do companheiro como se fosse casado, extinguindo a punibilidade do crime de estupro quando o autor estiver vivendo em união estável com a vítima. A defesa alega também que o acusado não pode ser condenado porque vive com a menor e a ajuda a criar o filho do casal.

### Tese

“Sempre que posso, repito que as leis são elaboradas para servir aos homens que, em nenhum caso, podem se curvar à formalidade excessiva, a um rigoroso dogmatismo, sob pena de, tornando-se escravos de vetustas regras, eles próprios desvirtuarem o sentido das leis criadas para beneficiá-los”, relatou Marco Aurélio.

O ministro afirmou que é necessário contextualizar a norma penal editada com base na Constituição



“autoritária” de 1937, época em que a mulher era submetida a toda sorte de restrições, o que não ocorre nos dias de hoje. “Ao Estado cumpre proteger o mais frágil nessa história, o filho que resultou dessa relação”, destacou o ministro.

Caso contrário, ele afirmou que será desprezado o princípio segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado. “O filho do casal acabará apenado, suportando a parte mais dura da pena, pondo-se em risco a própria sobrevivência da família como unidade”, afirmou Marco Aurélio.

O relator lembrou que em 1940, data da promulgação do Código Penal, não se cogitava da união estável, muito menos uma previsão constitucional relacionada ao assunto, e que a retirada do acusado do convívio de sua companheira e filho poderá trazer danos irreparáveis à entidade familiar.

O ministro Marco Aurélio expôs seu voto antes da decisão da Primeira Turma de encaminhar o julgamento do recurso para o Plenário. Ele acolheu os argumentos da defesa e declarou extinta a punibilidade em razão da existência de união estável entre o condenado e a vítima.

## **Histórico**

Durante a discussão em Plenário, o ministro Marco Aurélio disse que consta da sentença que o ofensor teria começado a “bolinar” a garota a partir dos nove anos de idade e chegou a consumir a relação sexual quando ela tinha 11 anos. Segundo relata a sentença, a menor, ao tempo da relação sexual com o agressor, já havia mantido relações com terceiro.

Nesse sentido, o juízo de primeiro grau, que absolveu o réu, argumentou que a presunção de violência seria relativa e descartada ante a prova de que a ofendida tinha conhecimento da vida sexual. Além disso, a vítima tinha dito em juízo que nunca sofreu ameaças do acusado, acrescentando que morava com o réu e que mora até hoje.

## **Leia o voto de Marco Aurélio**

22/03/2005

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL**

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECORRENTE(S): JOSÉ ADÉLIO FRANCO DE MORAES

ADVOGADO(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – DPU

RECORRIDO(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL



## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul deu provimento à apelação do Ministério Público, reformando a sentença que absolvera o recorrente, ante fundamentos assim sintetizados (folha 110 a 115):

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – ESTUPRO – VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – PRELIMINAR – PRETENDIDA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CP – UNIÃO ESTÁVEL – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE CASAMENTO – REJEIÇÃO – MÉRITO – AUTORIA – CONFISSÃO PELO RÉU – AMPARO NAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E NO DEPOIMENTO DE SUA GENITORA – PROVA SUFICIENTE – RECURSO PROVIDO.

Tratando-se de crime de estupro, o simples concubinato ou união estável entre ofensor e vítima não é suficiente para a extinção da punibilidade com base no art. 107, VII, do CP, pois ante o direito penal legislado somente a realização do casamento, comprovado documentalmente, tem essa finalidade.

Se o réu confessa a prática das relações sexuais com a vítima menor de 14 anos de idade e essa confissão encontra sustentação nas declarações da vítima, bem como no depoimento de sua genitora, a prova é suficiente para a condenação, provendo-se o recurso ministerial.

Nas razões do extraordinário de folha 121 a 141, interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, articula-se com a transgressão do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. O recorrente sustenta que o artigo 107, inciso VII, do Código Penal está em consonância com o Código Civil de 1916 e com a Carta de 1967 – no que consideravam como entidade familiar apenas aquela advinda do casamento -, mas não se harmoniza com a Constituição Federal de 1988, porquanto esta equipara a união estável entre homem e mulher à entidade familiar. Entende que a Lei Máxima atual “objetivou salvaguardar os direitos do convivente, como se casado fosse” (folha 130), extinguindo a punibilidade do crime de estupro quando o autor estiver vivendo em união estável com a vítima, sendo, portanto, uma analogia *in bonam partem*. Questiona a possibilidade de o acusado ser condenado, tendo em vista o fato de viver com a vítima, ajudando-a a criar o filho que tiveram.

O recorrido apresentou as contra-razões de folha 145 a 154, alegando ausência de indicação do permissivo legal e de prequestionamento, impossibilidade de reexame de provas e não-configuração de dissídio jurisprudencial.

O parecer da Procuradoria Geral da República, de folha 164 a 167, é pelo não-conhecimento do recurso, em face da falta de prequestionamento, e, no mérito, pelo provimento, tendo em conta precedente da Corte.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste extraordinário,



foram atendidos os pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. A peça, subscrita por defensora pública, restou protocolada no prazo.

De início, não procede o que articulado pela Procuradoria quanto à ausência de prequestionamento. Versou-se, no acórdão proferido, a problemática referente ao casamento e à união estável, e esta última tem disciplina constitucional. Adotou-se entendimento no sentido de a união estável, protegida pelo Estado, de acordo com a Carta da República, não possuir o efeito de extinguir a punibilidade.

O Tribunal de Justiça veio a reformar a sentença do Juízo, impondo ao recorrente a pena de sete anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado. Desconsiderou a defesa alusiva à união estável que se seguiu às relações sexuais, colocando em segundo plano quer a amenização do quadro, feita pela genitora da vítima, como também a palavra desta última, no que veio a revelar que, antes, mantivera relação sexual com terceiro e que acabou vindo morar, com o filho nascido da extravagante relação sexual, com o recorrente. Confira-se, com o seguinte trecho do acórdão proferido, a apreciação do tema à luz da Constituição Federal:

Ainda que a Constituição Federal, ao cuidar do amparo à família, reconheça a união de fato, a exigência legal contida no artigo 107, inciso VII, do Código Penal não foi derogada, razão pela qual a prova do concubinato não é suficiente para que se reconheça a extinção da punibilidade pretendida.

Eis um caso em que a prudência parece ser a melhor das conselheiras. Há que se perquirir, de forma lógica, racional, para quê, ou a quem, serve a lei e qual o objetivo que lhe norteia. Mais ainda: cumpre precisar, nesta emblemática questão, qual o valor a ser considerado mais importante – se a preservação dos costumes ou a integridade, a harmonia, em última instância, a sobrevivência e o futuro de uma família.

Sempre que posso, repito que as leis são elaboradas para servir aos homens que, em nenhum caso, podem se curvar à formalidade excessiva, a um rigoroso dogmatismo, sob pena de, tornando-se escravos de vetustas regras, eles próprios desvirtuarem o sentido das leis criadas para beneficiá-los. Em última instância, a lei presta obséquios à causa da liberdade, ao fixar os necessários limites de cada qual.

É preciso contextualizar a norma penal, editada sob a égide da Constituição autoritária de 1937. Àquela época, a mulher era submetida a toda sorte de tutelas – da cidadania ao trabalho, cerceavam-lhe oportunidades e direitos. Eram humilhanamente desprezadas em todas as relações – familiares, comerciais, econômicas, patrimoniais. No âmbito das relações trabalhistas, igualavam-se aos menores de 18 anos na proibição de acesso às atividades insalubres. Socialmente anuladas, foi preciso quase uma revolução para alcançarem, três anos antes, a mais elementar das prerrogativas inerentes ao exercício da cidadania: o direito à livre escolha de seus representantes .

Felizmente, a situação mudou e hoje as mulheres, dando uma resposta à altura da própria competência, ocupam a maioria dos cargos providos mediante concurso público. Onde o machismo não impera, alçam vôos admiráveis, a exemplo do que acontece na Magistratura. Para aquilatar corretamente tal avanço, basta comparar a sociedade brasileira com outras sociedades, nas quais grassa a subserviência feminina



---

ante o estado de quase barbárie notado em todas as relações de poder, quando se trata do direito de escolha e de manifestação e, quiçá, sobrevivência do gênero feminino.

Levando em conta o estratosférico quadro de mudanças havidas nesses mais de sessenta anos após a vigência da Lei Penal – a se traduzir em quase o dobro disso, em se ponderando a velocidade das transformações acontecidas no último século –, não cabe interpretá-la à risca, como se a houvessem congelado no tempo. Na sociedade individualista de hoje, cuja cicatriz mais visível é um hedonismo voraz, desmedido, o conceito de família mudou e parece não remanescer traço daquela sociedade paternalista e autoritária em que bastava um olhar reprovador do pai-patrão para calar todas as falas da casa. Atualmente, contesta-se até o incontestável e os menores de 14 anos já não são mais aquelas crianças pueris de antigamente. Hoje, já não são raros os universitários de 15 anos. Os jovens agora contam com uma liberdade quase irrestrita para decidir o que entendem melhor para si. Nas sociedades mais progressistas, mormente nas de língua inglesa, vão às barras dos tribunais para reivindicarem a desconstituição do pátrio poder dos genitores. Então, como aplicar nesses tempos de pós-modernidade a tutela paralisante e super protetora de antanho? Se o contexto mudou, não há como escapar da conclusão irrefutável imposta pela sobriedade da lógica: o objetivo da lei há de ser contextualizado para se alcançar a finalidade mais adequada à sociedade contemporânea.

Quanto ao confronto de valores, cumpre deliberar se o mais importante para o Estado é a preservação da família ou o remédio para a “ferida social” causada pelo insensato intercurso sexual, dada a idade da jovem – situação não de todo surpreendente, visto que, nos dias atuais, a iniciação sexual começa visivelmente cada vez mais cedo. Há de pesar na balança, ao se responder a essa questão, o excessivo apelo sexual no dia-a-dia das sociedades ocidentais, a influenciar sobremodo o estilo de vida de todos, porquanto permeia sem exceção as relações de consumo. Vende-se sensualidade até nos mais sisudos balcões.

De minha parte, parto de premissa básica – ao Estado cumpre proteger o mais frágil nessa história: o filho que resultou dessa relação. Alfim, será a criança que arcará com as conseqüências de uma punição pífia, de objetivos no mínimo dúbios: a título de dar satisfação à sociedade, a título de exemplo, acaba-se por solapar a auto-estima de uma criança, sobre cujos ombros recairá todo o peso da carga de preconceitos também enfrentada pelo pai “estuprador” e pela mãe que, após a condenação, transmutar-se-á na companheira de um presidiário, transformado de trabalhador a mero pária, merecedor de todo o opróbrio. A quem interessa tanto contra-senso?

Cabe, portanto, retornar à prudência. Do contrário, em última instância, terminará olvidado o princípio constitucional segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Repita-se: o filho do casal acabará apenado, suportando a parte mais dura da pena, pondo-se em risco a própria sobrevivência da família como unidade.

Então, presente essa visão humanitária, a questão constitucional em foco é única e envolve o disposto no inciso VII do artigo 107 do Código Penal e no § 3º do artigo 226 da Carta Federal. Tem-se, no primeiro dos dispositivos, a previsão de que se extingue a punibilidade 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 do Código. A proteção visada não foi do agente em si, mas da família surgida. À época da promulgação deste, em 1940, não se cogitava da união estável, muito menos de previsão constitucional revelando-a,



inexistente óbice ao casamento, protegida pelo Estado. Os avanços da sociedade, os novos ares vividos desaguaram na norma do artigo 226 do Diploma Maior de 1988, segundo a qual a família é base da sociedade, estando protegida pelo Estado. A ênfase foi dada ao casamento, à união a partir do laço civil, devidamente formalizado. Mas, a par disso, previu-se a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, sinalizando-se quanto à conversão em casamento, para tanto devendo a lei dispor a respeito, incentivando-a.

Há de se admitir que a realidade levou à admissão, no texto constitucional, da união estável, alçando-a a patamar que, embora distinto do relativo ao casamento, é próprio à proteção do Estado. Existente, tem-se a família, afigurando-se esta com a mesma dignidade merecedora de atenção, como se casamento houvesse, sendo, repita-se, a base da extinção da punibilidade. Indaga-se: é possível abandonar, nesse contexto, a interpretação sistemática, a interpretação analógica, no que esta vise a beneficiar o agente, o acusado? O fato de o inciso VII do artigo 107 do Código Penal fixar como causa de extinção da punibilidade o casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, exclui a consideração do preceito medular do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal? A resposta é desenganadamente negativa. Descabe cogitar de preservação da união estável a ser protegida pelo Estado quando se substitui decisão absolutória do Juízo por condenatória à pena de sete anos de reclusão, em regime integralmente fechado, dissolvendo-se, cumprido o decreto condenatório, a entidade familiar formada.

O recorrente, conforme consignado no acórdão proferido na Corte de origem, veio a abandonar a companheira com quem vivia à época em que manteve as relações sexuais até aqui glosadas penalmente, passando, em união que se teve como estável, a viver com a vítima do estupro e o filho que, ao que tudo indica, decorreu da relação sexual mantida. Está-se diante de quadro que, em primeiro lugar, sugere não a ênfase à literalidade do inciso VII do artigo 107 do Código Penal, mas à Constituição Federal, dando concretude ao texto pedagógico revelador da obrigação de o Estado (gênero) proteger a realidade surgida, mesmo não se havendo observado o aspecto formal, que é o ligado ao casamento. Nem se diga que a união estável poderá ser, de um momento para outro, cessada. É que o mesmo pode ocorrer com o casamento e nem por isso coloca-se em plano secundário a extinção da punibilidade dele decorrente, uma vez envolvidos agente e vítima. A sociedade, a esta altura, não tem interesse em afastar o recorrente do convívio da vítima e do filho, ficando inviabilizado o trabalho que desenvolve, visando a sustentar a ambos e a si próprio. Ter-se-á preservação dos costumes, com o desconhecimento da realidade vivenciada, especialmente nas camadas de menor renda? Eis um caso a exigir pronunciamento da mais alta Corte do País, de modo a tornar extremo de dúvidas o significado do texto constitucional e a repercussão na vida gregária. A persistir o quadro decisório até aqui delineado, acontecimento verificado há mais de quatro anos ocasionará danos que poderão ser tidos como irreparáveis, retirando o requerente do âmbito da união que se concretizou, da assistência prestada à vítima e ao filho.

No julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.788-1/MG, o ministro Nelson Jobim chegou a admitir a repercussão do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal relativamente ao concubinato da vítima com terceiro. No acórdão, afastou-se a observância do novo texto constitucional a partir do que seria preclusão. Eis a ementa da peça:

4. O casamento da ofendida com terceiro, no curso da ação penal, é causa de extinção da punibilidade



(CP, art. 107, VIII).

Por analogia, poder-se-ia admitir, também, o concubinato da ofendida com terceiro.

Entretanto, tal alegação deve ser feita antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

O recorrente só fez após o trânsito em julgado.

Negado provimento ao recurso.

O caso deste processo é mais favorável, porquanto a união veio a acontecer não entre a vítima e terceiro, mas considerado o próprio ofensor. Não se trata de simples vontade do agente de vir a morar com a vítima, quando se poderia cogitar do elemento subjetivo, da tentativa de fuga à glosa penal. Tem-se, como admitido pela Corte de origem, algo diverso, ou seja, a união como resultado da manifestação da vontade da vítima, no que, aliás, adotou postura que, em última análise, beneficia o filho nascido.

Provejo o recurso extraordinário para reformar o acórdão proferido pela Corte de origem, declarando a extinção da punibilidade, ante a união estável do recorrente com a vítima.

**Date Created**

31/03/2005