

# Supremo Tribunal Federal

Diário da Justiça de 23/03/2007

09/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MARCO AURÉLIO  
RELATOR PARA O : MIN. JOAQUIM BARBOSA

## ACÓRDÃO

RECORRENTE(S) : JOSÉ ADÉLIO FRANCO DE MORAES  
ADVOGADO(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
RECORRIDO(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

**EMENTA:** PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO.

O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro.

Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso.

Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal.

Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido.

## A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso extraordinário, vencidos os ministros Marco Aurélio (relator), Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que davam provimento ao recurso. Votou a Presidente. O relator propôs a concessão de *habeas corpus* de ofício para que o condenado inicie o cumprimento da pena no regime fechado. O Tribunal

# *Supremo Tribunal Federal*

**RE 418.376 / MS**

deliberou que essa questão de ordem suscitada por sua Excelência será objeto de deliberação na próxima semana, no julgamento do HC nº 82.959-7/SP, ocasião em que se decidirá a questão de direito envolvido.

Brasília, 09 de fevereiro de 2006.

**JOAQUIM BARBOSA** - Redator p/ o acórdão

# Supremo Tribunal Federal

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

## R E L A T Ó R I O

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,

# Supremo Tribunal Federal

RE 418.376 / MS

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.

# *Supremo Tribunal Federal*

22/03/2005

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

## V O T O

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

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

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, as mulheres eram submetidas a toda sorte de tutelas - da cidadania ao trabalho, cerceavam-lhes oportunidades e direitos. Eram humilhantemente

# *Supremo Tribunal Federal*

**RE 418.376 / MS**

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 vãos 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

# *Supremo Tribunal Federal*

**RE 418.376 / MS**

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 intercuro 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.



# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

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,

# *Supremo Tribunal Federal*

**RE 418.376 / MS**

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 ao agasalho, 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

# *Supremo Tribunal Federal*

**RE 418.376 / MS**

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

# Supremo Tribunal Federal

RE 418.376 / MS

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 recorrente 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 a 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

# *Supremo Tribunal Federal*

**RE 418.376 / MS**

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.

# *Supremo Tribunal Federal*

22/03/2005

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MARCO AURÉLIO

RELATOR PARA O : MIN. JOAQUIM BARBOSA

ACÓRDÃO

RECORRENTE(S) : JOSÉ ADÉLIO FRANCO DE MORAES

ADVOGADO(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

V O T O

(PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO)

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE) -**

Parece-me que a relevância do caso aconselharia uma decisão do  
Pleno.

CR/

# *Supremo Tribunal Federal*

TRIBUNAL PLENO

## EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MARCO AURÉLIO

RELATOR PARA O : MIN. JOAQUIM BARBOSA

### ACÓRDÃO

RECORRENTE(S) : JOSÉ ADÉLIO FRANCO DE MORAES

ADVOGADO(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

**Decisão:** A Turma decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau. 1ª Turma, 22.03.2005.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso e Carlos Britto. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha.

Ricardo Dias Duarte  
Coordenador

# Supremo Tribunal Federal

31/03/2005

TRIBUNAL PLENO

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

## R E L A T Ó R I O

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,



# Supremo Tribunal Federal

RE 418.376 / MS

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.

# *Supremo Tribunal Federal*

31/03/2005

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

## V O T O

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

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

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, as mulheres eram submetidas a toda sorte de tutelas - da cidadania ao trabalho, cerceavam-lhes oportunidades e direitos. Eram humilhantemente

# *Supremo Tribunal Federal*

**RE 418.376 / MS**

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 vãos 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

# *Supremo Tribunal Federal*

**RE 418.376 / MS**

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 intercuro 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.

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

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,

# *Supremo Tribunal Federal*

**RE 418.376 / MS**

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 ao agasalho, 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

# *Supremo Tribunal Federal*

**RE 418.376 / MS**

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



# Supremo Tribunal Federal

RE 418.376 / MS

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 recorrente 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 a 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

# *Supremo Tribunal Federal*

**RE 418.376 / MS**

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.

# *Supremo Tribunal Federal*

31/03/2005

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

## V O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, peço vênua ao ministro Marco Aurélio, mas não o acompanho, neste caso, por diversas razões.

Em primeiro lugar, entendo que, efetivamente, apenas o casamento regularmente celebrado teria o condão de extinguir a punibilidade neste caso.

Aliás, o Código Civil prevê hipóteses de suprimento de consentimento que viabilizaria o casamento nessa circunstância. Por que ele não se casou?

Chamaria à baila, ainda, as circunstâncias do caso, as quais são terríveis. Trata-se de estupro de uma menina de nove anos de idade!

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: O acórdão deixa fora de dúvidas a existência de união estável?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Há que se fazer alusão à lei 11.106, de 28 de março de 2005, a qual extingue precisamente esse dispositivo do Código Penal.

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Os quais possibilitavam a extinção da punibilidade em casos como este.

Senhor Presidente, peço vênua ao eminente relator para dele divergir e negar provimento ao recurso extraordinário.

# Supremo Tribunal Federal

31/03/2005

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Vossa Excelência nega provimento?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Nego provimento.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Entende que não estamos discutindo a vigência da nova lei.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Não a estamos discutindo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Mesmo na situação anterior?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Sim. Aliás, a solução que proponho vai na direção da nova lei.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - No caso que examinamos, ela tinha 14 anos?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Vossa Excelência fez apenas um **obiter dictum** naquele caso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Pelo que percebi, o agente teria começado a bolinar a garota a partir dos 9 anos e chegou a consumar a relação quando ela tinha 11 anos. Há também a notícia, na sentença, de que ela própria dissera que antes já se entregara a outro homem. No entanto, isso está na sentença.

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Pode-se dar crédito ao que diz uma criança de 9, 10 anos de idade?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - O culpado é sempre a vítima. Acabou a sedução.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Sr. Presidente, o precedente de que Vossa Excelência foi Relator, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.788, diz o seguinte:

*"O casamento da ofendida com terceiro, no curso da ação penal, é causa de extinção da punibilidade (CP, art. 107, inciso VIII).*

*Por analogia, poder-se-ia admitir também o concubinato.*

*Entretanto, o recorrente só fez essa alegação após o trânsito em julgado da decisão condenatória (fls. 149/163 do Apenso 1)."*

Ou seja, o Tribunal não decidiu nada.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Quero apenas examinar. Disponho de um termo de declarações na Polícia, constante do processo, em que a menor informa que:

*"Logo que a vítima completou nove (09) anos de idade o autor passou a manter conjunção carnal com a mesma e para evitar que a mesma contasse o fato para alguém o autor sempre a ameaçava de agressão caso contasse para alguém. Esclarece ainda que as relações causavam muita dor e por diversas vezes sua vagina sangrou. A vítima passou a menstruar com a idade de onze anos, e após alguns meses parou de menstruar e sua barriga começou a aumentar o tamanho..." - mais ou menos aos 11, 12 anos.*

# Supremo Tribunal Federal

RE 418.376 / MS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) -

Presidente, o termo de assentada - já que estamos indo a peças do processo - registra o pronunciamento do Ministério Público, a peça acusatória, em que ele consignou:

"(...) onde a vítima teria cerca de onze anos quando manteve relação sexual com o acusado."

Assentou o Juízo que a:

"(...) presunção é relativa e cede ante a prova de que a ofendida tinha conhecimento da vida sexual. Conforme dito pela ofendida em juízo, ela manteve a primeira relação sexual com o réu cerca de um ano antes da criança nascer, acrescentando que já tinha dez anos de idade quando manteve relação sexual com um homem chamado Márcio" - que não é o réu - "e que ficava com o réu porque queria. Desta forma," - sentenciou o juízo - "a auto-defesa do acusado, manifestada no interrogatório judicial, quando o réu disse que a vítima não era mais virgem quando da primeira relação sexual, está em sintonia com o depoimento da ofendida. Se a vítima aos 10 anos manteve a primeira conjunção carnal com outro homem, não existe como agasalhar a violência presumida, pois a primeira relação sexual afastou a **inocentia concillii**, o que confirma o alegado pelo acusado. De outro lado, a relação de co-habitação não serve para configurar igualmente a presunção de violência, por ter a vítima dito em juízo que nunca sofreu ameaças do acusado, acrescentando que morava com o réu e que mora com ele até hoje, na companhia de um filho comum, nascido em decorrência das relações sexuais mantidas."

Realmente impressiona - 9 anos -, mas a realidade, principalmente nas classes de menor renda, é diversa daquela relativa às classes "AA".

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Foi mediante representação?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Foi. Penso que sim. A Portaria revela:

"Tendo chegado ao meu conhecimento, através do B.O. nº840/2000, 1ª DP, que na R. Luiz Estevão Oliveira Perez Filho,

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

Lote 43, nesta Cidade, a menor, Jardelina Corrêa Paixão, com doze anos de idade, foi vítima de Estupro, praticado por José Adélio Franco de Moraes, inclusive a vítima possui um filho, resultado da violência sexual sofrida por parte do autor e segundo informações da vítima o autor manteve conjunção carnal contra sua vontade e mediante ameaça de espancamento, desde que a mesma foi morar na companhia do autor, com oito anos de idade e desta forma aproveitando-se do fato de que a vítima encontrava-se sob sua guarda."

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Depois, muda. A narração é outra no processo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não há representação.



# *Supremo Tribunal Federal*

31/03/2005

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

## VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Sr. Presidente, peço vênua ao Ministro-Relator para acompanhar o voto do Ministro Joaquim Barbosa.

Em primeiro lugar, em razão da revogação da Lei nº 11.106 não há a extinção de punibilidade.

Por outro lado, não me impressiono com os argumentos relativos à família, eis que, de acordo com a minha compreensão, família que começa com uma violência contra uma menina de 9 anos - e aparentemente prossegue com mais violência ainda -, não é, seguramente, a família da qual nasce a sociedade civil e depois se realiza, como supressunção, no Estado. Nem ela é, na minha pré-compreensão, a família que deva ser preservada a partir dos valores constitucionais.

Peço vênua e acompanho o voto do Ministro Joaquim Barbosa.

# Supremo Tribunal Federal

31/03/2005

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Sr. Presidente, também peço máxima vênia ao eminente Relator - cujos argumentos são sempre respeitáveis -, mas alimento velha e particular idiossincrasia a essas duas causas de extinção de punibilidade.

Fui Juiz de Família durante 8 anos e interessei-me muito por conhecer um pouco a psicologia. Não consegui jamais acostumar-me à idéia de que se pudesse, contra a presunção legal, pesquisar a psique de uma criança com menos de 14 anos de idade, para - sob total desconhecimento da grave diferença entre o discurso do carinho e o discurso erótico – decretar absolvição de um crime que, dentro desse contexto, representa violenta agressão ao processo de formação da personalidade humana. Querer dizer-se que uma criança de 9 ou 10 anos de idade tenha a mesma consciência e discernimento de uma pessoa **sui juris** a respeito das práticas amorosas é desconhecer essa diferença que a psicologia e a psicanálise já não permitem por em dúvida.

Diante desse velho ponto de vista – parece que a idiossincrasia não era apenas minha, pois foi agora assumida pelo legislador -, peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, para negar provimento ao recurso, acompanhando a dissidência.

# Supremo Tribunal Federal

TRIBUNAL PLENO

## EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MARCO AURÉLIO  
RELATOR PARA O : MIN. JOAQUIM BARBOSA  
ACÓRDÃO  
RECORRENTE(S) : JOSÉ ADÉLIO FRANCO DE MORAES  
ADVOGADO(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
RECORRIDO(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO  
GROSSO DO SUL

**Decisão:** A Turma decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau. 1ª Turma, 22.03.2005.

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), conhecendo e dando provimento ao extraordinário, e dos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Cezar Peluso, conhecendo e negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Britto. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 31.03.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim.  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu  
Secretário

# Supremo Tribunal Federal

09/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

## VOTO-VISTA

### O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

Trata-se de recurso extraordinário interposto por José Adélio Franco de Moraes (Réu nos autos da Apelação Criminal nº 2003.005622-0), com fundamento na alínea "a" do art. 102, III, da Constituição, postulando reforma da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que deu provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, condenando o acusado, sob o argumento de que,

*"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."(fl. 11)*

E conclui:

*"A toda evidência, portanto, que não há razão para se extinguir a punibilidade do ora apelado, haja vista a gravidade da conduta, prática de estupro com violência presumida contra sua sobrinha Jardelina Corrêa Paixão, menor de 14 anos de idade, inclusive, engravidando-a, bem como a ausência de amparo legal."(fl. 111)*

# Supremo Tribunal Federal

RE 418.376 / MS

O argumento principal do presente recurso extraordinário é o de que houve contrariedade ao disposto no artigo 226, §3º, da Constituição Federal, uma vez que a decisão recorrida deixou de reconhecer a união estável entre homem e mulher como uma entidade familiar, para efeitos da aplicação da cláusula de extinção da punibilidade prevista no art. 107, VII, do Código Penal (fls. 121-141).

O Ministro **Marco Aurélio**, Relator, votou pelo provimento do recurso extraordinário, reconhecendo união estável no caso dos autos e, equiparando-a ao casamento para fins de aplicação da hipótese de extinção da punibilidade prescrita no art. 107, VII, do Código Penal, nos seguintes termos:

*"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, 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 ao agasalho, 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*

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

*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 Ministro **Joaquim Barbosa** divergiu do Relator, negando provimento ao recurso extraordinário, por dois argumentos principais:

a) o de que somente o casamento regularmente celebrado teria o condão de extinguir a punibilidade no caso; e

b) as circunstâncias específicas do caso, que na sua avaliação, são terríveis, tendo em vista que envolve estupro de uma menina de nove anos de idade.

Acompanhando a divergência, o Ministro **Cezar Peluso**, também votou pelo desprovimento do recurso, afirmando, em síntese, que uma criança de 9 ou 10 anos não tem a mesma consciência de uma pessoa adulta para distinguir entre o discurso do carinho e o discurso erótico, de forma que, a absolvição do crime de estupro, na hipótese, representaria uma agressão ao processo de formação da própria personalidade humana. São palavras do Ministro Cezar Peluso:

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

*"Diante desse fato e do meu ponto de vista - parece que a idiossincrasia não era apenas minha, mas foi agora assumida pelo legislador -, pelo vênio ao eminente Ministro Marco Aurélio para negar provimento ao recurso, acompanhando a dissidência."*

O Ministro **Eros Grau**, em seu voto, apresentou pelo menos dois argumentos incisivos para acompanhar a divergência:

1) o não-cabimento de interpretação analógica em matéria penal; e

2) a não-caracterização da família, que merece a proteção do Estado, nos termos do comando constitucional em discussão, para a hipótese *"[...]que começa com uma violência contra uma menina de 9 anos - e aparentemente prossegue com mais violência ainda -[...]"*. E continua *"[...] não é seguramente, a família da qual nasce a sociedade civil e depois se realiza, como supre a solução, ao Estado. Nem ela é, na minha pré-compreensão, aquela família que deva ser preservada a partir dos valores constitucionais."*

Por fim, também foi objeto de consideração, em aparte do Ministro **Celso de Mello**, o fato de ter sido revogada, pela Lei nº 11.106/05, a hipótese de extinção de punibilidade discutida nos autos.

O que justifica o meu pedido de vista é a preocupação com a hipótese concreta em que ocorre a discussão dos presentes autos: uma menina de idade entre 9 e 12 anos, que mantém relações sexuais com seu tutor legal, então marido de sua tia, com quem ela vivia desde os 8 anos de idade. (Essas informações estão explicitadas na decisão recorrida, a qual reproduz depoimento da vítima na fase policial - cfr. fl. 112).

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

Não há dúvida de que uma questão jurídica central trazida para exame da Corte, no presente recurso extraordinário, é a equiparação do instituto da união estável ao casamento (art. 226, §3º, CF/88), para efeitos de aplicação da hipótese de extinção da punibilidade prevista no art. 107, VII, do Código Penal (*VII - 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*).

Mas também revela-se necessário investigar uma questão prévia a esta: se a situação concreta apresentada no caso pode ser considerada união estável para fins do art. 226, §3º, da Constituição Federal de 1988. Ou seja, qual o bem da vida que juridicamente é protegido pela norma constitucional inserta neste dispositivo?

O dispositivo constitucional em questão tem o seguinte teor:

*"Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

*§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."*

Sua finalidade é proteger a instituição família, como célula básica da sociedade brasileira, independentemente de ser fruto de uma união oficializada perante o Estado (casamento civil) ou de uma união estável.

Por interpretação sistemática, é preciso registrar que a própria Constituição constrói o conceito de família, enfatizando, no



# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

seu art. 226, §8º: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."

Ora, se é dever do Estado proteger a família, também é seu dever, conforme preceituado no art. 227 da Constituição Federal, "[...]assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, [...], à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de **colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão**" (grifos nossos)

Assim, o que parece essencial destacar, na discussão posta, é o fato de se tratar de uma situação fática repugnante: uma criança, confiada a um tutor que, em flagrante abuso de sua autoridade, manteve com ela relações sexuais desde que esta tinha 9 anos de idade.

Cuida-se, em verdade, de permanente coação psicológica e moral a uma criança, submetida pela sua condição de vida, a exploração, crueldade e violência por parte daquele que tinha o dever de protegê-la contra esses males.

Não se pode olvidar o fato de tratar-se, no caso dos autos, de uma menina de 12 anos que engravidou, após manter relações sexuais com o marido de sua tia, seu tutor legal desde os 8 anos de idade.

O fato de esta adolescente, depois de ter o filho, vir a juízo afirmar que vive maritalmente com o seu opressor, não pode ser considerado como hipótese típica de perdão, extinguindo a punibilidade, nos termos do art. 107, VII, do Código Penal.

A união estável, que se equipara a casamento por força do art. 226, §3º, da Constituição Federal, é uma relação de convivência

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

e afetividade em que homem e mulher de idade adulta, de forma livre e consciente, mantém com o intuito de constituírem família. Não se pode equiparar a situação dos autos a uma união estável, nem muito menos, a partir dela, reconhecer, na hipótese, um casamento, para fins de incidência do art. 107, VII, do Código Penal.

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:

*"Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas*

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

*sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.”(Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180)*

No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet:

*“A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.”(Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.)*

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

E continua o Professor Ingo Sarlet:

"A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo)." (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132.)

Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos.

Conferir à situação dos presentes autos o *status* de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, VII, do Código Penal) não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente.

Isso porque todos os Poderes do Estado, dentre os quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

a proteger a dignidade das pessoas, sendo este mais um motivo para acompanhar a divergência inaugurada pelo Min. Joaquim Barbosa.

Assim sendo, a decisão recorrida, ao condenar o ora Recorrente pela prática do crime de estupro (deixando de acolher a tese de que ocorrera a hipótese do inciso VII do art. 107 do Código Penal) não infringiu a norma constitucional prescrita no art. 226, §3º, da Constituição Federal.

Diante do exposto, **nego provimento** ao recurso extraordinário, acompanhando a divergência.

# *Supremo Tribunal Federal*

09/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

## VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sra. Presidente, peço vênua ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar o voto agora proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, na linha da divergência iniciada com o voto do Ministro Joaquim Barbosa.

Também entendo, Ministro Gilmar Mendes, que, no caso, no confronto de dois artigos constitucionais relevantes, o art. 227 deve prevalecer sobre o art. 226. Trata-se, na verdade, do dever do Estado, da família, da sociedade de proteger, de assegurar à criança e ao adolescente, diz a Constituição, com absoluta prioridade - esse adjetivo "absoluta" também me parece de muita importância -, colocando sobretudo a criança e o adolescente a salvo desse tipo de violência perpetrada por um tutor de uma criança, a partir de oito anos de idade, antes, portanto, da sua primeira menstruação, a manter com ele, o tutor, relação carnal.

De outra parte, quando a Constituição fala da proteção do Estado, para efeito de proteção do Estado, reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, na linha do voto do eminente Ministro Cezar Peluso, está na pressuposição de se tratar de pessoas já com uma estrutura psicológica razoavelmente formada, capazes de

# *Supremo Tribunal Federal*

**RE 418.376 / MS**

manifestar uma vontade livre, consciente. Não é o caso de uma menina que, a partir dos oito anos de idade, começou a sofrer esse tipo de violência extrema.

De sorte que peço vênua, reitero, ao Ministro Marco Aurélio, para acompanhar a divergência iniciada com o voto do Ministro Joaquim Barbosa, não sem antes dizer que o voto do Ministro Gilmar Mendes, agora proferido, causou-me a melhor impressão e não teria o menor receio de dizer que se trata de um voto primoroso, verdadeiramente emblemático no tema, na matéria.

\*\*\*\*\*

# *Supremo Tribunal Federal*

09/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor Presidente, não retomaria a palavra - já agora, na conclusão do julgamento -, se não fosse a participação de integrantes da Corte que não ouviram o voto que proferi na assentada anterior.

Realmente, o pano de fundo é condenável. Ninguém encampa a idéia de que se possa abusar de uma criança de oito ou nove anos. Mas o voto proferido não leva em conta apenas esse fato, ou melhor, dá conseqüências a esse fato, considerada a circunstância de que o agente, mais tarde, engravidando a menor, veio a manter com ela união estável, sem o obstáculo ao casamento, ou seja, sem que a relação retratasse concubinato.

Não há como colocar esta realidade em segundo plano. A vítima compõe o que se pode, no campo da generalização, denominar de família. Ou seja, o agente provê a subsistência não só da vítima como também do filho nascido, ou filha nascida, e mantém a união estável.

Ocorreu, no ano passado, retrocesso normativo ao se alterar o Código Penal para expungir a extinção da punibilidade, em caso de estupro, tendo em vista o casamento.

Indago: interessa à sociedade desfazer, a esta altura, considerado o fato pretérito, a união estável existente, condenando



# *Supremo Tribunal Federal*

**RE 418.376 / MS**

o agente a cumprir pena em regime exclusivamente fechado, retirando-o do seio da família, inviabilizando o sustento da própria vítima e do filho nascido? A resposta, para mim, é negativa. Observo não a circunstância em que foi ocorrido o abuso, o estupro, mas o fato, consoante a lei de regência, que deságua na extinção da punibilidade - a união estável.

Não houvesse ele assumido a responsabilidade pelos próprios atos, não houvesse ele formado o que apontei como núcleo familiar, passando a viver em união estável, como consta do acórdão proferido, com a própria vítima e mantendo o filho que nasceu daquela relação realmente espúria, não teria a menor dúvida em concluir em harmonia com a dissidência - o ministro Joaquim Barbosa e os demais ministros que o acompanharam. A situação concreta, porém, não é essa, pois existe uma união estável - equiparada, portanto, ao próprio casamento, embora sem que haja a igualização, mas, tal como o casamento, protegida pelo Estado. Na minha óptica, se, quando do acontecimento, vigorava o preceito do Código Penal referente à extinção da punibilidade, não há como deixar de acolher o pleito formulado, e, por conseguinte, não há como deixar de prover o recurso.

Foram essas as razões que me levaram - sem, aqui, encampar o procedimento condenável inicial - a concluir pelo conhecimento e provimento do recurso.

# *Supremo Tribunal Federal*

09/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

À revisão de apartes dos Ministros Ellen Gracie (Presidente), Sepúlveda Pertence, Carlos Britto, Celso de Mello e Gilmar Mendes.

## D E B A T E

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sra. Presidente, não quero reabrir o debate, mas, além de todas as razões dadas, impressionou-me neste caso que a situação de fato não pode ser reduzida à mesma situação do casamento, pois a jovem não teria idade núbil; era uma criança, praticamente. É inconcebível qualquer equiparação, de modo que seria impossível que ela se casasse.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Incapaz de consentir.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Incapaz de consentir. Era uma criança.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Do que me lembro, acho que própria gravidez e a convivência em união estável são posteriores ao estupro.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Isso. A partir dos 12 anos, com a gravidez, é que se deu.

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ela deu à luz com 12 anos de idade. Foi quando depôs em juízo, em 2002.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, mas depende da autorização judicial, que o juiz considere as condições.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Quando depôs tinha 12 anos.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - E quando começou a violência, tinha 8 anos de idade. Havia sido deixada pelos pais na residência dos tios, por absoluta miserabilidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - O problema da autorização é gravíssimo, porque no casamento existe tal possibilidade, não, porém, na união estável. Isto é, em relação ao casamento, o juiz verifica o caso e, até diante das condições psíquicas - não apenas físicas - da menor, pode, ou não, autorizá-lo. Isso não existe na união estável. Essa é a diferença grave.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Caso se analise todo o quadro existente, na verdade, é quase que um estado de submissão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Exatamente. Não há condições de sair daquela situação. É como se estivesse "raptada sob poder do raptor", situação na qual o Código Civil nunca permitiu fosse feito casamento.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Mais do que isso: é escravidão sexual.

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - A que preço essa união se mantém? Não é uma verdadeira rendição da menor?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Exatamente. Ela não tem condições de reagir.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - E o agente revelou uma tamanha perversão moral que livrar essa adolescente da convivência com ele parece um grande bem.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Mas são sempre regras protetivas, Ministro Celso de Mello; não exculpam de penalidade criminal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Presidente, tenho até dúvida se essa é uma comunidade que deveria subsistir. Dever-se-ia consultar o princípio da dignidade da pessoa humana para manter uma pessoa nessas circunstâncias dentro de uma união estável.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Exatamente o que eu disse: o agente revelou um grau de perversão moral.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Nem quero fazer juízo a respeito do comportamento dele, mas estou preocupado com a situação dessa criança.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Livrar a adolescente da convivência com tal pessoa é um bem. Ela vai experimentar, certamente, uma sensação de liberdade.

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - O processo de formação de personalidade dela já está deformado!

# Supremo Tribunal Federal

09/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

## V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhora Presidente, o princípio da ultratividade da lei penal mais benéfica impõe que o caso seja examinado à luz do Código Penal com completa abstração das razões pelas quais a Lei 11.106/2005 veio abolir essa causa extintiva de punibilidade, considerado o casamento, que o eminente Relator entende deva estender-se à hipótese de união estável.

Por isso, também peço vênua à divergência, já majoritária, para aderir ao voto do eminente Relator, com as luminosas achegas que acaba de trazer-lhe o voto do Ministro Celso de Mello.

Creio, efetivamente, estar-se confundindo duas situações: uma, o próprio crime; outra, a situação posterior de convivência, **more uxorio**, boa ou não - não me cabe julgar. E não me cabe, porque o sistema do Código Penal, à luz do qual o caso concreto há de ser examinado, não fez nenhuma distinção em relação às circunstâncias do crime contra os costumes, cuja punibilidade determinava extinguir-se com a união matrimonial entre o agente e a vítima. Basta considerar que, no Código, já estavam previstas como causa especial de aumento da pena, não só as relações familiares, **stricto senso**, entre o agente e a vítima, mas, especificamente, a situação de tutor. E, não obstante, a causa extintiva de punibilidade incidia.

*Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

Nc .

# *Supremo Tribunal Federal*

09/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

## V O T O

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Presidente): Senhores Ministros, peço vênia ao eminente Relator e aos Colegas que o acompanharam para seguir na linha da divergência, negando provimento ao recurso.

Basicamente, não posso assemelhar a situação presente nos autos a uma união estável, porque um dos partícipes, no caso, uma menina de 9 anos, que, evidentemente não poderia praticar qualquer dos atos da vida civil, também não está em condições de, validamente, consentir na formação dessa “união estável”.

Por isso, acompanho a divergência e nego provimento ao recurso, na forma do voto escrito, que ofereço para lavratura do acórdão.



# Supremo Tribunal Federal

RE 418.376 / MS

## VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie:

Senhor Presidente,

Ao final da última assentada em que este feito veio à apreciação do Plenário, permiti-me manifestar, respeitosamente, ao Ministro Gilmar Mendes minha discordância ou irresignação com a delonga que seu pedido de vista representara para o deslinde da causa. Para mim era desnecessário qualquer novo argumento, qualquer segundo de hesitação para dar ao caso solução diversa da que encontrara o eminente Relator. Hoje, reconheço a prudência da atitude de S. Exa. Esta é uma Casa de Justiça onde os argumentos que se desdobrem num ou noutro sentido são exclusivamente jurídicos. É adequado, portanto, que a indignação moral que o caso suscita possa ser não digo reduzida, pois não o será nunca, mas ao menos controlada para que se possam adequadamente contrapor argumentos exclusivamente jurídicos aos tantos e respeitáveis *consideranda* trazidos pelo eminente Relator.

S. Exa. entendeu de assimilar a “união estável” estabelecida entre estupro e vítima ao casamento que o art. 107, VII, do Código Penal<sup>1</sup> estabelecia como exculpante da felonía praticada. Sempre me parecera absurda tal excludente de punibilidade, que, em boa hora, atendendo a reclamos dos movimentos feministas deste país, os legisladores extirparam do ordenamento jurídico com a edição da recente Lei 11.106/2005. Dar foros de legitimidade à violência sexual porque se continue a perpetrá-la é realmente o absurdo dos absurdos. Era totalmente equivocada a norma ora finalmente revogada e causava perplexidade extraordinária nos foros internacionais nos quais, ao serem debatidas questões relativas à violência de gênero, acrescentou-se carga importante à percepção de profundo atraso social de nosso país. Recentemente, refletindo com colega canadense que indagava qual poderia ser a racionalidade da adoção de tal regra, concluí que ela só poderia se encontrar numa enganada equiparação entre os móveis que levam ao delito de estupro e ao não mais delito (também em boa hora) de sedução. Mas enganada equiparação porque, do ponto de vista masculino, o estupro nunca é praticado pelo homem enamorado que desejaria prolongar a convivência com a mulher amada. O estupro, di-lo a literatura médica, é fruto de pulsão destrutiva, e, por isso mesmo, tantas vezes se complementa com o assassinato da vítima.

---

<sup>1</sup> Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

(...)

VII - 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;

# Supremo Tribunal Federal

RE 418.376 / MS

No julgamento do Tribunal Penal Internacional para Ruanda – caso Promotoria de Acusação contra Jean-Paul Akayesu (2.9.1998) –, lê-se o seguinte:

*“O tribunal considera que o estupro é uma forma de agressão e que os elementos centrais do delito de estupro não podem ser apreendidos por uma descrição mecânica de objetos e partes do corpo. A convenção contra tortura e outras formas de tratamento ou punição cruéis, desumanos e degradantes não relaciona atos específicos em sua definição de tortura, enfocando preferencialmente a moldura conceitual da violência sancionada pelo Estado. Esse enfoque é mais útil no direito internacional. Tal como a tortura, o estupro é utilizado para propósitos tais como intimidação, degradação, humilhação, discriminação, punição, controle ou destruição de uma pessoa. Tal como a tortura, o estupro é uma violação da dignidade pessoal.”*

Mas a verdade é que os fatos relatados nos presentes autos se deram quando ainda vigente o art. 107, VII, do Código Penal Brasileiro. Portanto, considerada essa regra, é que se deve dar solução à causa. Todavia, ainda assim, não alcanço conclusão idêntica à que foi proposta pelo eminente Relator. Tudo porque tanto casamento como união estável são institutos de direito civil, e, à luz de suas normas, é que se há de verificar se efetivamente ocorrentes para que do fato se possam admitir conseqüências de qualquer ordem. Ora, é certo que não seria admitido, para os efeitos do inciso VII, casamento exclusivamente religioso que não houvesse sido levado a registro civil. Por igual, não há de ser considerada uma suposta “união estável” que envolva uma menor impúbere. Isso porque só se pode falar em união estável, no sentido que lhe empresta o ordenamento jurídico, quando a convivência decorra do consentimento livre. Do contrário, teremos cárcere privado e escravidão sexual, mas nunca união estável de que decorram direitos e deveres a ambos os companheiros.

Ora, como então falar em união estável quando um dos partícipes não pode manifestar consentimento juridicamente conseqüente? Uma menina de 9 anos como a vítima não é admitida a prestar testemunho. Não poderia, sem assistência, validamente praticar qualquer ato da vida civil, como comprar ou vender bens. Como então admitir que ela possa assentir em coabitar com quem quer que seja? E, sem consentimento livre, não há união estável, donde não ser possível promover o paralelismo da situação que os autos revelam com aquela que decorreria do casamento previsto no art. 107, VII, do Código Penal.

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

Por isso, rogando vênia ao eminente Relator, conheço do recurso, mas **nego-lhe provimento.**

# *Supremo Tribunal Federal*

09/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhora Presidenta, a sentença proferida pelo Juízo implicou a absolvição. Interposto o recurso pelo Ministério Público, o Colegiado a reformou para impor a pena de sete anos de reclusão em regime integralmente fechado.

Defronto com uma situação concreta em que vislumbro, como sustentei em processo pendente de conclusão do julgamento, a inconstitucionalidade da lei relativa aos crimes hediondos quanto à imposição do regime fechado. Por isso, acionando o Código de Processo Penal, propugno a concessão da ordem de ofício, para que o regime seja inicialmente fechado, afastado o óbice à progressão.

# Supremo Tribunal Federal

09/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

## VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Presidente): Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência tem registro nos autos de que o réu se encontra preso?

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) – Ele não está preso. Não há notícia da prisão. Não houve a determinação de imediata expedição do mandado de prisão.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) – Então, por que a pressa de desde logo conceder esse *habeas corpus*?

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) – Os autos originais estão aqui e apenas se determinou o lançamento do nome do réu no rol dos culpados.

Há, porém, algo mais, ou seja, uma ordem: “Expeça-se de imediato o mandado de prisão em desfavor”. Não me recordo da notícia do cumprimento do mandado de prisão.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) – Pondero a Vossa Excelência: ao que tudo indica, está para ser julgada ainda este mês a questão da progressividade dos delitos hediondos. Pelo menos consta da pauta. Vossa Excelência não tem sequer notícia de que o réu tenha sido preso.

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) – Houve a determinação de ser expedido o mandado de prisão. Agora, não há notícia da execução desse mandado. Penso que o recorrente não esteja preso.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) – Então, proponho que se aguarde o julgamento definitivo da questão de direito, que se fará ainda este mês, e, na seqüência, o Relator mesmo poderá deferir o *habeas corpus*, se assim os colegas entenderem.

# *Supremo Tribunal Federal*

09/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sra. Presidente, no particular, eu seguiria o Ministro Marco Aurélio, porque é fato que a Primeira Turma vem concedendo e, monocraticamente, os seus membros, e o Ministro Gilmar Mendes também vem levantando esse óbice que eu logo o afastaria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Pelo menos para afastá-lo em termos de liminar.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Qual é o óbice que se quer afastar?

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Não há o problema de afastar o óbice porque ele não está preso, apenas seria para alterar o regime. Isso, realmente, pode aguardar a decisão definitiva, porque não há iminência de coação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Desde que não haja a baixa do processo.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Sim, mas, se ele for preso, terá que cumprir um sexto em regime fechado. Já está pautada a continuidade?

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Para este mês. Na próxima semana, deliberaremos.

# Supremo Tribunal Federal

TRIBUNAL PLENO

## EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MARCO AURÉLIO  
RELATOR PARA O : MIN. JOAQUIM BARBOSA  
ACÓRDÃO  
RECORRENTE(S) : JOSÉ ADÉLIO FRANCO DE MORAES  
ADVOGADO(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
RECORRIDO(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO  
GROSSO DO SUL

**Decisão:** A Turma decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau. 1ª Turma, 22.03.2005.

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), conhecendo e dando provimento ao extraordinário, e dos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Cezar Peluso, conhecendo e negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Britto. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 31.03.2005.

**Decisão:** Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 17.08.2005.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que davam provimento ao recurso. Votou a Presidente. O relator propôs a concessão de *habeas corpus* de ofício para que o condenado inicie o cumprimento da pena no regime fechado. O Tribunal deliberou que essa questão de ordem suscitada por Sua Excelência será objeto de deliberação na próxima semana, no julgamento do HC nº 82.959-7/SP, ocasião em que se decidirá a questão de direito envolvido. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 09.02.2006.

# *Supremo Tribunal Federal*

RE 418.376 / MS

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu  
Secretário