

Crime sem perdão Casar com vítima menor não livra estuprador da culpa

por Alexandre Machado

Por maioria de votos, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram que a união estável entre ofensor e vítima, em caso de estupro, não é suficiente para a extinção da punibilidade. A decisão foi tomada no julgamento de recurso contra a aplicação da pena a um homem que havia estuprado uma menor de, à época, nove anos.

A discussão girou em torno da equiparação da união estável ao casamento para fins de extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, VII, do Código Penal. O dispositivo já foi revogado pela lei 11.106/05.

Mas como a revogação criou uma situação menos favorável ao réu, deveria ser mantida, se fosse o caso, a aplicação da norma anterior, que tinha a seguinte redação: “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 (...)”.

O tema, inicialmente, seria julgado pela 1ª Turma do STF. Mas, em razão da relevância, a matéria foi enviada ao Pleno, onde começou a ser julgada em março do ano passado. Um pedido de vista do ministro Gilmar Mendes suspendeu o julgamento.

No pedido, o réu, condenado a sete anos de reclusão pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso por crime de estupro contra menor de 14 anos, requereu a reforma da decisão. Na primeira instância ele havia sido absolvido.

O relator da matéria, ministro Marco Aurélio, acolheu o recurso. De acordo com suas fundamentações, haveria, por analogia, equiparação entre a união estável e o casamento no caso. O ministro entendeu, ainda, que deveria haver prudência e seria importante evitar a formalidade excessiva, em razão de ter o conceito de família sido alterado — não havendo, portanto, no Código Penal, vigente há 60 anos, a figura da união estável.

De acordo com o ministro, o que prevalece é a determinação da Constituição Federal (artigo 226, parágrafo 3º), segundo a qual a família é base da sociedade e está protegida pelo Estado. “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”, sustentou Marco Aurélio.

Ato repugnante

Nesta quinta-feira (9/2), ao trazer seu voto para o julgamento, o ministro Gilmar Mendes afirmou: “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”.

Para Gilmar Mendes, antes de se discutir a equiparação entre a união estável e o casamento, é preciso debater 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 ministro considerou essencial destacar 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. Para Mendes, o fato de 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.

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

Por sua vez, o ministro Carlos Brito, que acompanhou a divergência entendeu, no confronto entre os artigos 227 e 226 da Constituição da República, deve prevalecer o primeiro. “A proteção à criança e ao adolescente é absoluta prioridade”, destacou. O ministro não escondeu o espanto ao ressaltar o fato de que a vítima do estupro, quando do acontecimento, sequer havia menstruado. Assim, Brito avaliou que, para ocorrer o casamento, homem e mulher devem ter consciência e estrutura para manifestarem suas vontades.

Depois de Brito, o relator pediu para se pronunciar. Fez questão de esclarecer que o “pano de fundo”, o fato, é condenável. “Ninguém encampa a idéia do abuso, mas no meu voto eu dei conseqüências ao fato”, explicou Marco Aurélio. “Temos uma realidade que não pode ficar em segundo plano. A vítima compõe uma família”.

O ministro Celso de Mello acompanhou o relator. Para ele, a situação de fato, a da convivência pública, duradoura, é inequívoca. Nesse sentido, lembrou da atenção especial dispensada pela Constituição à família. Lembrou ainda que a lei civil — Código Civil, artigo 1551 — não desfaz o casamento, resultante de gravidez, em razão de idade.

O ministro Cezar Peluso, porém, reafirmou que, em razão da idade, a vítima é incapaz de consentir. E chegou a ponderar sobre a possibilidade da situação de convivência entre agressor e vítima configurarem uma ofensa à dignidade da pessoa humana. Sepúlveda Pertence acompanhou o relator. Ellen Gracie, a divergência iniciada por Joaquim Barbosa.

Ao final, Marco Aurélio levantou questão de ordem sobre o regime de cumprimento da pena. Entendeu que os sete anos deveriam ser apenas inicialmente em regime fechado. Como a progressão de regime em caso de crime hediondo está sob a análise do próprio Supremo, e deverá ser julgado na próxima semana, o Pleno entendeu por bem resolver a questão depois.

RE 418.376

Leia o voto do ministro Gilmar Mendes

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)

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 de 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 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:

“Diante desse fato e do meu ponto de vista – parece que a idiosincrasia não era apenas minha, mas foi agora assumida pelo legislador -, pelo vênua 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).

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 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 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 deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Quanto à proibição de proteção deficiente, 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 deficiente 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 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 Juris**, 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.)

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 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.