



JCKS  
Nº 70046024618  
2011/CRIME

**EMBARGOS INFRINGENTES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR FORÇA DO CASAMENTO POSTERIOR DA OFENDIDA. EXTENSÃO DA PREVISÃO LEGAL (REVOGADA) À UNIÃO ESTÁVEL. ANALOGIA IN BONAM PARTEM. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA NO COMENTIMENTO DO CRIME QUE IGUALMENTE DESAUTORIZA A APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO REVOGADO PELA LEI 11.106, DE 2005.**

Ainda que figuras jurídicas ontologicamente aproximadas, o casamento e a união estável não se confundem, porquanto esta última é uma união de fato, enquanto a natureza jurídica do casamento é contratual *sui generis* (de caráter público e forma solene). Assim, a redação do inciso VIII do artigo 107 do Código Penal, dispositivo revogado pela Lei n. 11.106 de 2005, exige, para que tenha efeito a extinção da punibilidade, que haja o casamento da ofendida, não bastando tenha ela relação de fato, ainda que de tal relacionamento tenha advindo filhos.

Nada obstante a estrita observância ao princípio da legalidade, que se agudiza no direito penal, é admita, em seu âmbito, a analogia *in bonam partem*, ou seja, por processo criativo do juiz há o surgimento de uma nova norma que introduz uma exceção às condutas que em princípio seriam consideradas típicas.

Assim, em máxima atenção para não desembocar na arbitrariedade, pois, mesmo, a analogia *in bonam partem* se trata de ato/processo que se afasta da lei, somente deve ela ser aplicada a partir de estrita valoração pelo Juiz de eventuais inconsistências axiológicas. Em suma, trata-se de confrontação entre a tese valorativa do legislador (castigar a conduta) e a do juiz (justificar a conduta).

No caso em discussão, reconhecer-se a extinção da punibilidade para os casos em que a ofendida veio a se unir de fato a terceiro, tráfegaria na contramão da tendência político-legislativa do direito penal, e assim pela evidência maior de que, por força da exigência social, o legislador revogou o benefício para a hipótese que, no caso em tela, se apresenta com o de “de maior solenidade”, qual seja, o casamento.

Por fim, igualmente vedada a aplicação do instituto pela evidência da violência física e moral de que



JCKS  
Nº 70046024618  
2011/CRIME

**padeceu a vítima por força do crime cometido pelo  
embargante.  
EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS.  
POR MAIORIA.**

EMBARGOS INFRINGENTES E DE  
NULIDADE

QUARTO GRUPO CRIMINAL

Nº 70046024618

COMARCA DE PORTO ALEGRE

R.N.

EMBARGANTE

..

M.P.

EMBARGADO

..

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Quarto Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em desacolher os embargos infringentes, vencido o Desembargador Sylvio Baptista Neto, que os acolhia.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. DANÚBIO EDON FRANCO (PRESIDENTE E REVISOR), DES. SYLVIO BAPTISTA NETO, DES.<sup>a</sup> NAELE OCHOA PIAZZETA, DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY, DES.<sup>a</sup> ISABEL DE BORBA LUCAS E DES. DÁLVIO LEITE DIAS TEIXEIRA.**

Porto Alegre, 23 de março de 2012.

**DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA,**  
Relator.



JCKS  
Nº 70046024618  
2011/CRIME

## RELATÓRIO

### DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA (RELATOR)

Trata-se de embargos infringentes opostos por R. N. contra acórdão da Sétima Câmara Criminal que, por maioria (Des<sup>a</sup> Naele Ochoa Piazzeta e Des. Carlos Alberto Etcheverry), negou provimento ao agravo em execução, vencido o relator, Des. Sylvio Baptista Neto, que dava provimento para julgar extinta a punibilidade da ação penal, nos termos do anterior inciso VIII do artigo 107 do Código Penal.

Em suas razões, com base no voto vencido, frisa o recorrente que no processo original a vítima foi L. C. N., sua filha. Refere que L. está mantendo união estável com A. L. Z. desde 05 de fevereiro de 2004. Sustenta que, à época dos fatos e da união de L. e A., estava em vigor o inciso VIII do artigo 107 do Código Penal, que dispunha que restaria extinta a punibilidade “*pelo casamento da vítima com terceiro...*”, nos crimes contra “os costumes”, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial do referido diploma legal, “... *se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal...*”. Ressalta que a união estável, porquanto reconhecida na Constituição Federal para “efeito da proteção do Estado”, é suficiente como prova da convivência entre a L. e A., que, todavia, fundamenta a aplicação do referido inciso, revogado pela Lei nº 11.105/2005 em 25 de março de 2005. Dessa forma, requer sejam reconhecidos e providos os embargos infringentes, para que prevaleça o voto divergente, reconhecendo e decretando extinta a punibilidade da ação penal em tela.

Recebidos os embargos infringentes (fl. 190), a douta Procuradoria de Justiça, em parecer, opinou pelo conhecimento e desacolhimento dos embargos infringentes (fls. 192-195).

Vieram-me conclusos os autos.



JCKS  
Nº 70046024618  
2011/CRIME

É o relatório.

## VOTOS

### DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA (RELATOR)

Estou desacolhendo os presentes embargos infringentes.

E o faço pelas mesmas razões já expostas nos votos dos eminentes Desembargadores Naele Ochoa Piazzeta (revisora) e Carlos Aberto Etcheverry (vogal) na Apelação Criminal nº 70044707404 (fls. 146/150) que compuseram a maioria.

Com efeito, data vênua das posições expressadas nos julgados mencionados pelo embargante, que viram possibilidade de se alcançar a extinção da punibilidade também aos casos de concubinato e união estável, tudo com fundamento no artigo 107, inciso VIII, do CP, na redação anterior à reforma promovida pela Lei n. 11.106, de 2005, que o revogou, tenho posição formada de que os institutos da união estável e do casamento não se confundem.

A redação do artigo 107, inciso VIII, do CP, anterior a 2005, é expressa ao referir a extinção da punibilidade pelo “casamento” posterior da ofendida.

Nada obstante a estrita observância ao princípio da legalidade, que se agudiza no direito penal, é admita, em seu âmbito, a analogia *in bonam partem*, ou seja, por processo criativo do juiz onde há o surgimento de uma nova norma que introduz uma exceção às condutas que em princípio seriam consideradas típicas.

Assim, em máxima atenção para não se escorregar na arbitrariedade, pois, mesmo, a analogia *in bonam partem* se trata de ato que se afasta da lei, somente deve ela ser aplicada a partir de estrita avaliação valorativa pelo Juiz de eventuais inconsistências axiológicas. Em suma trata-



JCKS  
Nº 70046024618  
2011/CRIME

se de confrontação entre a tese valorativa do legislador (castigar a conduta) e a do juiz (justificar a conduta)<sup>1</sup>.

No caso em discussão, reconhecer-se a extinção da punibilidade para os casos em que a ofendida veio a unir-se de fato a terceiro tráfegaria na contramão da tendência político-legislativa do direito penal, e assim pela evidência maior de que o legislador, por exigência social, revogou o benefício para a hipótese que no presente caso representa “maior solenidade”, qual seja, o casamento.

De mais a mais, ainda quanto à aplicação do dispositivo em tela, veja-se que a própria lei falava em “celebração” do casamento, o que não existe em se tratando de união estável, pois esta nada mais é do que uma união de fato, pouco importando que de tal união tenham advindo filhos.

Aliás, isso já foi salientado no voto do Desembargador Carlos Alberto Etcheverry, que, inclusive, traz lição de Nucci (fl. 149) sobre o tema.

(...)

*Primeiro, porque a previsão legal é de casamento da ofendida com terceiro, e, no caso dos autos, o que se verifica é união estável. Em que pese a equiparação entre ambos os institutos, não é pacífico que a causa de extinção de punibilidade em questão atinja situação jurídica não prevista de forma expressa em lei.*

*Segundo Nucci<sup>2</sup>,*

*“Defendíamos a posição de ser inaplicável a esta causa de extinção da punibilidade a ocorrência de união estável entre a vítima e o agente do delito. Porém, embora constituísse jurisprudência dominante a possibilidade de aplicação do benefício nesse contexto, há decisão do STF no prisma por nós sustentado: “em conclusão de julgamento, o Tribunal,*

<sup>1</sup> MONTIEL, Juan Pablo, in ANALOGÍA FAVORABLE AO REO, Fundamentos y límites de La analogía *in bonam partem* en el Derecho Penal, Ed. La Ley, 2009, págs. 156/157.

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 542.



JCKS  
Nº 70046024618  
2011/CRIME

*por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de se aplicar a regra prevista no inciso VII do art. 107 do CP em favor do condenado por estupro, que passou a viver em união estável com a vítima, menor que quatorze anos, e o filho, fruto da relação (...). Entendeu-se que somente o casamento teria o condão de extinguir a punibilidade, e que a união estável sequer poderia ser considerada no caso, haja vista a menor ser incapaz de consentir (...)"*

E mesmo que assim não fosse, não dou maior relevância à declaração de fl. 32 destes autos.

Aqui, igualmente, trago as ponderações do já mencionado voto do Desembargador Etcheverry, por ocasião do julgamento da apelação na 7ª Câmara Criminal, as quais incluo neste voto como razões de decidir.

Vejamos.

(...)

*Além disso, não há prova robusta de que a união estável tenha tido início justamente na data indicada na declaração de fl. 32. Providencialmente, a data referida é anterior à revogação da causa de extinção de punibilidade. O que se tem de concreto a indicar a efetiva existência de ligação dessa natureza é o nascimento da filha da ofendida, ocorrido apenas no ano de 2006. A declaração, por outro lado, foi firmada apenas em dezembro de 2010 e, para mim, tudo que ela prova é que nessa data o casal declarou que a união estável datava de 05 de fevereiro de 2004. Se isso fosse verdade, entretanto, porque apenas em janeiro do corrente ano o recorrente formulou o pedido de extinção de punibilidade, quando há muito já deveria ter conhecimento da vida sentimental da vítima, já que esta está entre as poucas pessoas que o visitam, como informado a fl. 14? Tudo está a indicar que se trata de mais um expediente defensivo, resultante da pressão evidentemente sofrida pela*



JCKS  
Nº 70046024618  
2011/CRIME

*ofendida durante todo o processo, situação que persiste ainda agora.*

Compartilho integralmente de tal convencimento.

Na mesma esteira do magistrado de primeiro grau, igualmente refere o aludido voto na Câmara à violência do ato criminoso, impeditivo, também, da concessão do benefício.

Vejamos:

*Segundo, não há que se falar em ausência de violência real, diante da hediondez fática do crime cometido pelo réu contra a filha L., desde os cinco anos de idade, consumando-se a penetração vaginal quando ela tinha apenas oito anos. A violência sofrida pela psique da ofendida, obrigada a manter relações sexuais com o próprio pai durante um longo período de tempo, é evidente e restou relatada ao Ministério Público à época do processo de conhecimento. A dimensão psíquica é hoje tida como constituinte do corpo físico, e a violência sobre ela exercida se caracteriza como violência real, que afasta a incidência da causa de extinção de punibilidade.*

*Outrossim, trata-se de crime cometido mediante grave ameaça ou violência, que sequer precisa ser comprovada tendo em vista a idade da vítima. Por essa razão, Nucci diz que a causa de extinção de punibilidade só se aplica nas hipóteses dos arts. 215, 216, 216-A e 218 do CP<sup>3</sup> (antiga redação).*

*Por fim, como bem salientou o magistrado, trata-se de ação penal pública incondicionada, uma vez que a ofendida era criança e o violador o próprio pai, sendo inadmissível exigir algo que se assemelhe a um requisito de procedimentabilidade, como seria a manifestação de interesse da ofendida no prosseguimento da ação.*

Por todas essas razões, DESACOLHO OS EMBARGOS INFRINGENTES.

---

<sup>3</sup> Ob. Cit., p. 542.



JCKS  
Nº 70046024618  
2011/CRIME

**DES. DANÚBIO EDON FRANCO (PRESIDENTE E REVISOR)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES.<sup>a</sup> NAELE OCHOA PIAZZETA** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. SYLVIO BAPTISTA NETO**

Divergindo do ilustre Relator, vou acolher os embargos infringentes nos termos do voto proferido quando do julgamento da apelação.

**DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES.<sup>a</sup> ISABEL DE BORBA LUCAS** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. DÁLVIO LEITE DIAS TEIXEIRA** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. DANÚBIO EDON FRANCO** - Presidente - Embargos Infringentes e de Nulidade nº 70046024618, Comarca de Porto Alegre: "POR MAIORIA, DESACOLHERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES, VENCIDO O DES. SYLVIO."

Julgador(a) de 1º Grau: ALEXANDRE DE SOUZA COSTA PACHECO