

direitos civis. Disse um escritor que uma das “características” das pessoas humanas é que somente o perigo e o sofrimento as fazem sensíveis à justiça, aos sentimentos e à pergunta do que seja bom ou mau – em suma, aos seus valores inerentes.⁹² As tensões e os perigos de nosso tempo são tão grandes e iminentes, que este sentimento de valor de algum modo será forçado a emergir – queira Deus não apenas no ocidente. E, em nossa sociedade ocidental, o papel privilegiado, embora não exclusivo, dos juízes nacionais e transnacionais tem sido o de interpretar e de harmonizarem esses valores inegociáveis.

Minha segunda tese é a de que esse papel judicial mostra-se legítimo. Certamente podemos dissentir, até mesmo lutar contra certas determinações ou tendências em matéria de decisão constitucional. Mesmo, assim, um século e meio de história continental está aí para demonstrar que a solução alternativa é ainda pior. Na ausência de um controle judicial, o poder político se expõe mais facilmente ao risco da perversão. O controle judicial, certamente, não é um remédio infalível; como proteção de nossas liberdades, muitas vezes pode provar ser incapaz de resistir à tirania, como demonstrado pela experiência de muitas nações. Se esse não é uma barreira invencível, talvez, possa agir, pelo menos, como um aviso e uma advertência.

Semelhante desenvolvimento marca o renascimento de um novo “direito natural”? Muitos afirmam isso.⁹³ Eu iria além, para dizer que o moderno constitucionalismo, com seus ingredientes básicos – uma Constituição garantidora de liberdades civis e

sua imposição – é a única tentativa realística de implementar valores de direito natural em nosso mundo real. Neste sentido, nossa época, e nenhuma outra, é a época do direito natural. Mais acuradamente, entretanto, eu diria que o moderno constitucionalismo constitui uma tentativa de suplantar o plurimilênar contraste entre o direito natural e o positivismo, o contraste entre um direito não escrito imutável e mais elevado, enraizado na natureza ou na razão, e um direito passageiro, escrito por um legislador particular de um dado tempo e lugar. As Constituições modernas, seus direitos fundamentais, e a revisão judicial são os elementos desse “mais elevado direito positivo”, feitos para obrigarem e se imporem: representam uma espécie de síntese – como se fossem uma síntese hegeliana – do positivismo e do direito natural. Refletem a mais sofisticada tentativa jamais desenhada de “positivar” valores sem, entretanto, torná-los absolutos ou ligá-los às vontades mutáveis de maiorias passageiras.⁹⁴

Permitam-me condenar as decisões judiciais que a meu juízo estejam erradas. Mas seja-me permitido ficar atento ao fato de que existe um valor e uma legitimidade numa instituição, cuja *raison d'être* é controlar o poder político e nos proteger contra o exercício abusivo do poder. Se é verdade, como eu penso, e como demonstram amplamente os estudos do direito comparado, que na era após a II Guerra Mundial a revisão judicial em muitos países tem sido um valioso instrumento para reforçar as liberdades fundamentais, então sua legitimidade democrática estará também confirmada, pois qualquer coisa que possa reforçar a liberdade dos cidadãos reforçará também a democracia.⁹⁵

Da extinção da punibilidade pela união estável da vítima com terceiro

Ney Fayet Júnior

Professor de Direito Penal - Especialista em Direito Penal (PUC/RS)
Mestre em Ciências Criminais (PUC/RS) - Doutorando em Direito (UNISINOS) - Advogado.

Pretende-se, em breve resenha, discutir a ampliação das hipóteses de extinção da punibilidade¹, em determinados crimes de índole sexual, a partir da união estável da vítima com terceiro. Aplica-se, neste caso, a analogia *in bonam partem*, a fim de permitir que se furem à censurabilidade jurídico-penal determinados episódios ilícito-típicos que, do contrário, estariam sujeitos à imposição da *sanctio juris* criminal.

No plano legal, inicialmente, apenas o casamento da vítima com o agente possuía o condão de extinguir a punibilidade.² Posteriormente, também o casamento da vítima com terceiro

– a partir da inovação trazida pela Lei n.º 6.416/77³ — passou a ter o poder de eliminar a punibilidade. Isto se consolidou na Reforma do Código Penal, em 1984, com “...ligeiro acréscimo, visto que passou a contemplar o requerimento da vítima para o prosseguimento do inquérito ou da ação penal, enquanto o estatuto anterior só previa a segunda hipótese”.⁴ Nos dias que correm, portanto, são: duas as hipóteses legalmente previstas pelas quais o casamento da vítima poderá extinguir a punibilidade nos crimes contra os costumes (Título VI, Capítulos I, II e III, do Código Penal): o casamento com o próprio agente (art. 107, VII, CP) e o casamento com terceiro (art. 107, VIII, CP).⁵

¹ Como se tem como certo, o Estado, “...como titular exclusivo de la potestad de castigar, puede disponer de esta, mediante ‘renuncia’ total o parcial, en los casos y en las condiciones que el mismo preestablece mediante las leyes que autolimitan el ejercicio de los poderes de soberanía” (Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Penal*, t. 5, Buenos Aires: EDIAR, 1950, p. 3).

² É o que nos informa Aníbal Bruno (*Direito Penal*: Parte geral, t. 3º. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 229), quando descreve: “...é preciso que o agente mesmo se case com a vítima, e não que esta contraia matrimônio com outrem. O que a lei exige para a extinção da punibilidade não é que a vítima se tenha referido da desonra, mas sim que o próprio agente venha oferecer-lhe a reparação máxima do dano que causou, o que só pode fazer casando-se ele mesmo com ela.”

³ Como refere E. Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 378), “...anteriormente à vigência da Lei n. 6.416, o casamento da ofendida com terceiro não gerava efeitos, pois o Código Penal referia-se, expressamente, ao casamento do agente com aquela (art. 108, VIII, da redação primitiva). Foi acrescentado pela nova lei, entretanto, um novo inciso a este dispositivo, o IX (redação primitiva), que determina a extinção da punibilidade pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inc. VIII (redação primitiva), salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração. A reforma de 1984, sabidamente, manteve a inovação introduzida pela mencionada Lei n. 6.416, agora pelo art. 107, VIII, fazendo um correto acréscimo: obsta também o prosseguimento de inquérito policial, enquanto a lei anterior referia-se apenas à ação penal”.

⁴ Paulo José da Costa Júnior. *Curso de Direito Penal*: Parte geral, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 229.

⁵ Luiz Régis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte geral. São Paulo: RT, 1999, p. 497.

⁹² Luigi PIRANDELO, *Six Characters in Search of an Author*, Ato III:

...nunca as pessoas pensam tanto e se tornam tão introspectivas quanto em momentos de sofrimento; uma vez que estão ansiosas para entender...se é justo ou injusto o que estão sofrendo. Por outro lado, quando estão alegres pressupõem a alegria como algo evidente e não a procuram analisar, como se a alegria fosse para elas um direito natural.

⁹³ Uma ilustração típica é dada pelas contribuições no volume *Natural Law and Modern Society*, Cleveland & New York, The World Publishing Co., 1962. Vide também, v.g., L. HENKIN, *supra* nota 19, p. 19. Cfe. R. A. DWORKIN, “Natural Law Revisted”, 34 *Univ. of Florida Law Rev.* 165-188 (1982).

⁹⁴ Vide meus estudos “Judicial Review in Comparative Perspective”, 53 *California Law Rev.* 1017-1020, 1032-1033 (1970); “The Significance of Judicial Review of Legislation in the Contemporary World”, in *Ius Privatum Gentium*, Festschrift für Max Rheinstein (E. von Caemmerer, S. Mentschikoff & K. Zewiger eds.), Tübingen, Mohr, 1969, p. 155-162. Vide também HENKIN, *supra* nota 19, p. 5-23, 148-152, especialmente p. 19-23.

⁹⁵ Vide Jean RIVERO, “Rapport de synthèse”, in *Cours Constitutionnelles*, *supra* nota 7, 517, p. 525-526.

De outro lado, a Constituição Federal, no parágrafo terceiro, do artigo 226 (“*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*”), expressamente projetou à união estável a proteção jurídica que se destinava ao casamento civil. A partir disto, não se pode mais estabelecer qualquer nota distintiva entre ambos, uma vez que a Constituição Federal se lhes concede o mesmo *status* e a mesma proteção jurídica. Ora, se não existe mais qualquer diferença substancial entre os dois institutos, a referência, no Código Penal, restrita ao casamento (da vítima com terceiro), como fator de exclusão da punibilidade, mostra-se em contraste absoluto com o texto constitucional.

Convém destacar que, apesar de o Supremo Tribunal Federal não sufragar a tese da inconstitucionalidade superveniente, se pode perfeitamente sustentar que o comando legal – que permite a extinção da punibilidade apenas quando se verificar o casamento – se coloca, nestas condições, como uma antinomia⁶. De qualquer sorte, a questão comporta, ainda, a incidência da analogia *in bonam partem*, no sentido de recomendar que se entenda como possível a ampliação das hipóteses (previstas na Parte Geral do Código Penal⁷) de exclusão da punibilidade. Verdadeiramente, se a união estável – que se apresenta como uma realidade

social e jurídica, semelhante ao casamento – é uma das formas através das quais se pode constituir uma família, não se lhe pode retirar a força de impedir a consolidação da punibilidade.

A matéria, diferentemente do que se poderia imaginar, já (e faz muitos anos) foi debatida pela jurisprudência de nosso Estado, que, em lógica decisão, muito antes de qualquer referência legal, reconheceu a *thesi* da analogia *in bonam partem* em casos tais:

*Se o concubinato é a regra no meio social dos protagonistas, deve ele ter a mesma função do casamento, para o fim de extinguir a punibilidade.*⁸

Em verdade, a convicção de que a sociedade de fato entre homem e mulher pode excluir o crime – uma vez que se equiva, em sua concepção, ao casamento tradicional – ganha mais e mais força, na doutrina e na jurisprudência. Recentemente, Fernando Capez, com absoluto acerto, arrematou: *...em face dessa nova sistemática, o núcleo familiar estável sem casamento, após a CF/88, equipara-se ao casamento realizado para fins de extinção da punibilidade, interpretando-se analogicamente (in bonam partem) o art. 107, VII, do CP.*⁹

Nesta mesma linha de intelecção, veja-

⁶ Entende-se como antinomia “...a falta de coerência entre normas jurídicas de mesmo ou diverso estatuto, num mesmo ou diferente grau hierárquico, causando contrariedade ou contraditoriedade”, como aponta Salo de Carvalho (*A política Criminal de Drogas no Brasil*: do discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro : 1996, p. 101).

⁷ Como anota Luiz Alberto Machado (*Direito Criminal*: Parte geral. São Paulo : RT, 1987, p. 58), o que está “vedado é o uso da analogia em prejuízo, in malam partem. Mas não se impede a analogia a favor, in bonam partem. Porque, com relação à parte geral dos códigos, não vige o princípio da tipicidade, mas o da legalidade. (...) A explicação sistêmica é simples: ao Estado só é permitido fazer o que a lei permite, enquanto o administrador pode fazer tudo que a lei não proíbe; portanto, ao Estado não socorre a analogia, mas ao administrador, sim.”

⁸ Apelação-crime n.º 683 028 633, Terceira Câmara Criminal, Des. Rel. Gilberto Niederauer Corrêa, novembro de 1983.

⁹ Fernando Capez. *Curso de Direito Penal*: Parte geral, v. 1. São Paulo : Saraiva, 2000, pág. 546.

se, por exemplo, a *vox* de Valdir Sznick, quando aduz:

*Só o casamento civil produziria esse efeito; como a Constituição equiparou o concubinato – viver junto com a vítima –, também a nosso ver extingue, pois se constitui em reparação.*¹⁰

Por se tratar de matéria que encerra conceitos novos, é mister indicar a sua recepção jurisprudencial¹¹:

Desde que a Constituição Federal concedeu direitos à união estável sem casamento, não há porque se deixar de equiparar esse tipo de convivência conjugal ao matrimônio legalizado, para fins de extinção da punibilidade para crime contra os costumes.

O que o legislador objetivou foi sempre o interesse da vítima e de sua família, partindo-se do pressuposto de que o casamento seria uma reparação capaz de extinguir a punibilidade do sedutor, raptor ou estuprador. Ora, se atualmente a união conjugal estável, sem matrimônio civil, gera direitos, não há porque se diferenciá-lo de casamento, para fins de punibilidade penal.(...) Correta e perfeita por isso a interpretação analógica feita na sentença apelada que, assim sendo, não comporta a modificação reclamada no recurso. A. C. MATHIAS COLTRO, VENCEDOR, com a seguinte declaração de voto: (...) A partir da Constituição federal de 1988, tem-se como

entidade familiar, a merecer proteção do Estado, a união estável entre homem e mulher, cumprindo a lei facilitar sua conversão em casamento. É o que de forma expressa consta no art. 226, § 3º.(...). O fato é que, modernamente, não se pode reconhecer que a sociedade já reconhece, sem qualquer restrição, a constituição da família não nascida do ato civil do casamento.

Tradicionalmente, a doutrina sempre sustentou que o casamento da vítima com terceiro deveria eliminar a punibilidade do comportamento delituoso. E a *ratio legis* deste comando – que permite a extinção da punibilidade pelo *subsequens matrimonium* – traduz-se na “reparação que o agente pode conceder à ofendida”¹² (que seria posta a salvo da desonra), correspondendo ao “interesse social da constituição da família”¹³, ou, ainda, importando no interesse do Estado na ‘paz familiar’. Ora, o mesmo objetivo pode ser alcançado por meio da união estável, devendo ser emprestada a este vínculo, pois, a mesma força de extinção do *jus puniendi*, agasalhando-se a *thesi* da analogia *in bonam partem*.

Por outro lado, no setor específico das sanções jurídicas, a punibilidade¹⁴ desponta como a consequência jurídico-criminal da realização de uma conduta ilícito-típica. Quer dizer, presentes os seus pressupostos condicionantes, “se perfecciona o Tatbestand (no sentido da Teoria Geral do Direito) que faz entrar em jogo a consequência jurídica (Rechtsfolge) e a sua doutrina autônoma”¹⁵. Com

¹⁰ Valdir Sznick. *Crimes sexuais violentos*. São Paulo : Cone, 1992, p. 229.

¹¹ Adélia Moreira Pessoa. *União estável e extinção de punibilidade em crime de rapto*. Revista Brasileira de Direito de Família, n.º 4, jan./fev./mar, 2000, pp. 64-76.

¹² E. Magalhães Noronha, ob. cit., p. 337. Veja-se, ainda, o que sustenta José Frederico Marques (*Tratado de Direito Penal*, v. III. Campinas : Millennium, 1999, p. 533): “Não se exige da punição, portanto, o réu que pretendo reparar o mal com o casamento, mas encontra repulsa da vítima. Não basta que o criminoso queira reparar o mal pela realização das núpcias: é necessário que o casamento se realize.”

¹³ Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito Penal*: Parte geral. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 416.

¹⁴ Como se expressa Tomaz M. Shintati (*Curso de Direito Penal*: Parte geral. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 443), “A punibilidade é a possibilidade jurídica de imposição de sanção. Ela surge com a prática de um crime. Assim, a punibilidade não é requisito do crime, mas, sim, consequência de sua prática.”

¹⁵ Jorge Figueiredo Dias. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo : RT, 1999, p. 250.

a efetivação do crime, nasce para o Estado o direito de aplicar ao delinqüente a sanção jurídico-penal. Pode haver, entretanto, cláusulas legais (ou supralegais) que obstaculizem a aplicação da pena de índole criminal, onde “a punição acabe por não se dever efetivar por razões que já não têm a ver com a doutrina do fato, mas autonomamente com a doutrina da consequência jurídica, com a doutrina da pena.”¹⁶ De tal sorte que, nos domínios da teoria das consequências jurídico-penais, é absolutamente possível a existência de fatores (de índole benéfica) não previstos em qualquer comando legal. Estes fatores podem, com efeito, eliminar a punição.¹⁷

Nesta linha de intelecção, pode-se sustentar, perfeitamente, que a união estável (da ofendida com terceiro) se apresenta como exemplo de ampliação das causas de extinção do *jus puniendi*. Isto é admissível, pois essa união se traduz, em essência, em uma analogia *in bonam partem*, a recomendar que se lhe aportem as mesmas consequências jurídicas destinadas ao casamento, na aplicação concreta na hipótese de crimes sexuais não-violentos. No universo penal, admite-se, perfeitamente, a analogia, desde que seja revestida de força benéfica. Carlos

Maximiliano, ao comentar o papel da analogia em matéria criminal, ressalta:

*Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (...) com igual reserva se aplicam os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade. O contrário se observa relativamente às normas escritas concernentes às causas que justificam os fatos delituosos e dirimem ou atenuam a criminalidade (...) em tais circunstâncias até a analogia é invocável.*¹⁸

Em vista disto, conclui-se, a boas luzes, que a existência da união estável é uma realidade social e jurídica. Trata-se de uma das formas de constituição da família, tal qual o casamento. Não há, portanto, como afastar a aplicação analógica do art. 107, inc. VIII, do Código Penal, ficando-lhes atribuída a mesma força de extinção da punibilidade, sob pena de darmos razão a BENTHAM quando diz que a jurisprudência é a “arte de ignorar metódicamente lo que es conocido por el mundo entero”.¹⁹

¹⁶ Idem, p. 250.

¹⁷ Tenha-se por norte o que remarca Odin I. do Brasil Americano (*Manual de Direito Penal: Parte geral: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-84, 1º v.. São Paulo : Saraiva, 1985, p. 493*), ao dizer: “O Código Penal, no Título VIII, arrola uma série de causas que extinguem a punibilidade do agente. São todas elas causas que impedem o início da ação penal, interrompem o seu prosseguimento ou paralisam seu andamento. Os nossos autores reconhecem que a enumeração das diversas causas interruptivas ou extintivas não é taxativa”.

¹⁸ Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1990, p. 322/323.

¹⁹ J. Bentham *apud* Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid : Editorial Trotta, 1997, p. 62.

Bibliografia:

- AMERICANO, Odin I. do Brasil. *Manual de Direito Penal: Parte geral: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-84, 1º v.. São Paulo : Saraiva, 1985.*
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte geral, t. 3º*. Rio de Janeiro : Forense, 1966.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte geral, v. 1*. São Paulo : Saraiva, 2000.
- CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. Rio de Janeiro : Luam, 1996.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal: Parte geral, v. 1*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid : Editorial Trotta, 1997.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte geral*. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal: Parte geral*. São Paulo : RT, 1987.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal, t. 5*. Buenos Aires : EDIAR, 1950.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal. v. III*. Campinas : Millennium, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal, v. 1*. São Paulo : Saraiva, 1999.
- PESSOA, Adélia Moreira. *União estável e extinção de punibilidade em crime de rapto*. Revista Brasileira de Direito de Família, n.º 4, jan./fev./mar, 2000, p. 64-76.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal brasileiro: Parte geral*. São Paulo : RT, 1999.
- SHINTATI, Tomaz S.. *Curso de Direito Penal: Parte geral*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- SZNICK, Valdir. *Crimes Sexuais Violentos*. São Paulo : Cone, 1992.