

A união estável como causa extintiva da punibilidade

ANDRÉ GUILHERME TAVARES DE FREITAS (*)

A) ASPECTOS LEGAIS DAS CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE PREVISTAS NO ART. 107, VII E VIII DO CP

A.1) Casamento do Agente com a Vítima:

Inserida no texto legal do art. 107, VII, do CP, encontra-se referência aos Crimes contra os Costumes mencionados nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial, o que está a abranger, por conseguinte, os crimes tipificados nos arts. 213 a 221, excluindo-se os crimes qualificados pelo resultado (art. 223 do CP), sem falar naqueles, à evidência, cujos sujeitos, autor e vítima, sejam do mesmo sexo.

Como causa objetiva de extinção da punibilidade, vez que fundada na reparação, o *subsequens matrimonium*, havendo concurso de pessoas, comunicar-se-á aos co-autores e partícipes (art. 30, 1ª parte, do CP, *a contrario sensu*), impossibilitando, destarte, a aplicação da pena em relação a estes.

Dita causa extintiva poderá atingir tanto a pretensão punitiva quanto a pretensão executória, vale dizer, poderá ser observada no curso da ação penal ou mesmo antes desta ser instaurada, bem como, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, na fase executiva do julgado.

A.2) Casamento da Vítima com Terceiro:

O casamento da vítima com terceiro, como causa extintiva de punibilidade aplica-se, outrossim, aos crimes mencionados no item *supra*, excluindo-se, contudo, os de estupro, atentado violento ao pudor e rapto violento (arts. 213, 214 e 219), por possuírem, como elementar do tipo, a violência ou grave ameaça. Dita ressalva não ocorre, contudo, caso a violência seja presumida (art. 224).

Observa-se que o inciso VIII fala em prosseguimento do inquérito policial e da ação penal, deixando claro que, finda a ação penal, a causa extintiva de punibilidade não terá aplicação, atingindo, desta feita, tão somente a pretensão

punitiva, ficando a salvo a pretensão executória ⁽¹⁾, pelo que, verificado o casamento após a sentença condenatória irrecorrível, não se extinguirá a punibilidade.

Nos termos do item anterior, esta causa extintiva de punibilidade, ante sua natureza objetiva, comunicar-se-á aos concorrentes da infração penal.

Acerca do prazo disposto na norma em referência, terá o seu termo *a quo* na data da celebração e fluirá independentemente de intimação da ofendida para manifestar-se.

A contagem de dito prazo incluirá o dia do começo, pois, em se tratando de prazo de direito penal e não processual penal, a norma regedora será a do art. 10 do CP, afastando-se a do art. 798, § 1º, do CPP ⁽²⁾.

Diante do exposto, a ocorrência da causa extintiva analisada dependerá da verificação concomitante dos seguintes aspectos:

- a) casamento da vítima com terceiro;
- b) ausência de violência física (real) ou grave ameaça;
- c) inércia da vítima, por mais de 60 dias, a contar da celebração do casamento.

B) INCURSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL NOS INCISOS VII E VIII, DO ART. 107 DO CÓDIGO PENAL

Ao dispor o Código Penal Brasileiro, em seu art. 107, VII e VIII, que o casamento da vítima poderá dar ensejo à extinção da punibilidade do autor delituoso, e prevendo a Constituição da República em seu art. 226, § 3º, a equiparação da união estável ao casamento, não se pode deixar de indagar se igual consequência jurídica haverá nos casos em que se observar a formação, por parte da vítima de uma união estável.

Para chegarmos à conclusão segura, necessário discorrermos por alguns momentos sobre este tema "união estável".

Erigida ao patamar de dogma constitucional, a união estável encontra-se consagrada no art. 226, § 3º, da CR, onde se lê: "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."

O citado dispositivo constitucional, até o momento, foi agraciado apenas, como é evidente, com estudos aprofundados na área civil, possuindo, inclusive, duas leis federais regulamentadoras (Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96).

Dito aspecto, contudo, não afasta a necessária análise na seara penal, pois,

⁽¹⁾ Neste sentido: RT 516/276.

⁽²⁾ Neste sentido: R/TJSP 71/303.

apesar da norma constitucional em referência integrar um capítulo específico, intitulado “*Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso*”, o que, a princípio, leva a crer na repercussão apenas no âmbito civil, está o mesmo a compor um todo maior, qual seja, a Carta Magna, a Lei Maior de nosso Estado Democrático de Direito, estabelecadora dos pilares fundamentais da vida social de nossa pátria e regedora, através de seus princípios basilares, de todos os ramos do Direito.

Ademais, não se pode olvidar que o Direito Penal também visa resguardar a família, maior beneficiada da Paz Social mantida por este ramo jurídico, sem falar que o mesmo tem como meta a proteção do Estado e de seus componentes, estando, por conseguinte, autorizada a repercussão penal da norma prevista no art. 226, § 3º, da CR, pois em sua parte inicial menciona “Para efeito de proteção do Estado,...”.

Ingressando especificamente nos incisos VII e VIII do art. 107, do CP, acerca da *mens legis* do primeiro inciso citado, poder-se-á ver que “Na concepção da norma, o casamento da vítima, com a conseqüente constituição da família, a livra da desonra e repara-lhe o mal causado pela conduta delituosa do agente. Ademais, tratando-se, de regra, de ação privada, a convalidação de núpcias entre ofensor e vítima implica o mais completo perdão aceito, além da reparação moral restabelecida do *status quo ante*”.⁽³⁾

Sobre o inciso VIII mencionado, pode-se dizer que tem a norma legal “a finalidade de proteger a privacidade e a estrutura familiar da ofendida, já que a instauração ou o prosseguimento da ação penal poderá causar males mais graves do que a impunidade do ofensor”⁽⁴⁾.

Visto isto, deve-se indagar se tais finalidades também seriam atingidas com a constituição da união estável, não havendo como se responder negativamente.

Por outro lado, resta claro que a ausência de previsão legal da união estável como causa extintiva da punibilidade não se deve a silêncio solene do legislador, aspecto este que impediria a aplicação da analogia, mas sim à desatualização do texto legal, editado com a reforma penal de 1984, o que gerou a lacuna observada, podendo, *in casu*, ser a mesma suprida pelo instituto de integração da norma penal mencionado, pois *in bonam partem*.

Parte majoritária de nossa jurisprudência pátria vem resistindo à abrangência aqui estudada, pois conclui, em regra, que, para haver a extinção da punibilidade, deve haver casamento devidamente formalizado, conforme se observa nos seguintes julgados:

“No caso de crime de estupro, a constituição de família pela vítima, por meio de concubinato, não extingue a punibilidade, pois, para que isso ocorra,

⁽³⁾ CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, vol.1, p. 668, 6ª ed., São Paulo, Editora Saraiva.

⁽⁴⁾ Ob. cit.

há necessidade de casamento devidamente formalizado, nos termos do art. 107, VII, do CP.”⁽⁵⁾

“Sedução. Caracterização. Subseqüente concubinato da vítima com o agente. Não equivalência ao casamento, como fato jurídico a extinguir a punibilidade. Artigo 107, VII, do Código Penal.”⁽⁶⁾

Porém, outra parte da jurisprudência, em que pese ainda minoritária, entende perfeitamente possível a consideração da união estável como causa extintiva da punibilidade:

“É de se determinar a extinção da punibilidade do agente que rapta menor de 17 anos, com seu consentimento, passando a viver maritalmente com ela, pois o núcleo familiar estável sem casamento, após a Constituição Federal de 1988, equipara-se ao matrimônio legalizado para fins de extinção da punibilidade, interpretando-se analogicamente o art. 107, VII, do CP.”⁽⁷⁾

No mesmo sentido, entendendo que a Carta Magna equipara a família de fato ao casamento, permitindo, pois, a extinção da punibilidade em espécie: TACrimSP – ACrim 1.003.851, 6ª Cam., out./dez. 1996, JTACrimSP, 32/260; TJMS, ACrim 404.893, j. 14-12-1994.

Oportuno salientar que meros vínculos de afetividade ou de união que não chegam a traduzir-se em união estável não se prestam a extinguir a punibilidade, restando afastada, pois, a mera união de fato conhecida como “concubinato”, vale dizer, aquela que não satisfaz os requisitos para formação da união estável.⁽⁸⁾

C) DOS LIMITES DO JUIZ PENAL PARA DECIDIR SOBRE A QUESTÃO DA EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL

Debates podem surgir sobre ser o juiz penal absolutamente incompetente para decidir sobre a existência da união estável, pois dita matéria é afeta ao Juízo extrapenal (art. 9º da Lei 9.278/96).

Sem dúvida, o tema em referência versa sobre o estado civil das pessoas, o que poderia levar à conclusão inicial de tratar-se de questão prejudicial obrigatória, nos termos do art. 92 do CPP, devendo, por conseguinte, o tema ser

⁽⁵⁾ TJSP – RT 739/605.

⁽⁶⁾ TJSP – JTJ 158/308.

⁽⁷⁾ TACRSP – RJDACRIM 32/260.

⁽⁸⁾ TACrimSP, ACrim 686.891 – RT 713/357; JTJ 158/308.

submetido ao julgamento do juízo cível, aguardando o juiz penal a decisão definitiva passada em julgado daquele órgão jurisdicional, para, só então, dar prosseguimento ao processo criminal.

Contudo, a doutrina pátria define questão prejudicial como “toda questão jurídica de direito penal ou extrapenal que verse sobre elemento **integrante do crime** e cuja solução, escapando à competência do juiz criminal e provocando a suspensão da ação penal, deve preceder a decisão da questão principal.”⁽⁹⁾

Não tendo a questão influência na existência da infração, não poderá ser taxada de prejudicial.

Porém, deve-se dizer que evidentemente a existência da união estável deve ser analisada de forma prévia à decisão meritória, vez que subordinante desta, o que lhe dá a qualidade de questão prévia, e mais especificamente, questão preliminar de mérito, pois impede a apreciação do tema principal caso configurada, pois estará afastada a punibilidade do agente.

São estes os exatos ensinamentos do Prof. VICENTE GRECO FILHO, quando nos diz:

“Questão Prejudicial distingue-se da questão preliminar ou, apenas, preliminar. A preliminar é um fato, processual ou de mérito, que impede que o juiz aprecie o fato principal. São preliminares processuais a litispêndência, a coisa julgada; são preliminares de mérito as causas extintivas da punibilidade. No caso de existir questão prejudicial, o juiz aprecia o mérito principal, mas de maneira coerente com o que concluir a respeito dela, ao passo que, se existir preliminar o juiz não chega a examiná-lo.”⁽¹⁰⁾

Com efeito, não terão aplicação na hipótese vertente os arts. 92 e 93 do CPP, cabendo, por conseguinte, a decisão do fato em espécie unicamente ao juízo penal processante.

Fácil resolução será quando a união estável se verificar ainda em sede inquisitorial, pois, observada pelo *dominus litis* a causa extintiva em referência, providência outra não lhe caberá que não promover o arquivamento do respectivo inquérito policial ou das peças de informação.

Ressalte-se que tanto o órgão ministerial quanto o juiz penal devem analisar se a união estável está evidenciada, nos termos do art. 1º da Lei 9.278/96, para extraírem as respectivas ilações, salientando que qualquer manifestação a respeito

⁽⁹⁾ JULIO FABBRINI MIRABETE, *Processo Penal*, 10ª edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2000. Sem grifo no original.

⁽¹⁰⁾ *Manual de Processo Penal*, 6ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1999.

não terá o condão de vincular o juízo cível, pois esta somente ocorre nos exatos termos do art. 1.525 do Código Civil, vale dizer, quando o juízo penal tiver decidido sobre a existência do crime ou quem seja seu autor.

D) CONCLUSÃO

Sem ter o intuito de abstração do temário, a principal ilação que se deve extrair ao término do presente trabalho resume-se no fato de que os operadores da seara jurídica devem emprestar ao casuísmo empreendimento moderno das ferramentas legais disponíveis, ante o evidente descompasso entre a evolução social e o dinamismo do direito, para com a capacidade do legislador, que não consegue acompanhar a acentuada velocidade imprimida por aqueles.

Por outro lado, não se pode cegar para o fato da grande ocorrência do instituto da união estável na sociedade brasileira, motivado, em sua grande parte, por fatores de ordem econômica, incidindo principalmente nas classes mais abastadas financeiramente.

Tendo em mente o aspecto de ser nosso sistema carcerário em sua quase que totalidade povoado por pobres de renda, é de se questionar a injustiça que poderá ser gerada na interpretação de cunho unicamente literal dos dispositivos do *Codex* penal abordados, permitindo a extinção da punibilidade do agente que teve a possibilidade de formalizar um casamento com a vítima, e não se fazendo o mesmo em relação àquele que apenas constituiu uma união estável.

^(*) ANDRÉ GUILHERME TAVARES DE FREITAS é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
