

A união estável como forma extintiva da punibilidade

Cristiano Chaves de Farias^(*)

Promotor de Justiça – BA

SUMÁRIO: União estável (evidenciada pelo convívio *more uxorio*) entre vítima e autor do fato criminoso. Extensão constitucional (CR 226 § 3º) dos efeitos protetivos inerentes ao casamento à união estável. Nova forma de extinção de punibilidade, nos crimes previstos em lei (CP 107)

“Há de interpretar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro.”

(Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda)

Prescreve o CP 107 VII que o casamento da vítima com o agente, em determinados crimes⁽¹⁾ (notadamente de cunho sexual), extingue a punibilidade do agente, afigurando-se como determinação imperativa, cogente, de ordem absoluta

De outro lado, a *Lex Legum*, em seu comando 226 § 3º, de braços dados com a realidade social, reconhece a união estável (formada entre homem e mulher), conferindo-lhe o *status* de entidade familiar, enfim, como núcleo celular formador da família dentro da sociedade brasileira e, por conseguinte, equiparando-a, quanto aos efeitos jurídicos e sociais, ao casamento civil e conferindo-lhe proteção especial do Estado.

É clara e incontroversa, então, a consagração pelo Ordenamento Constitucional da definição ampla de família, como base (célula-mãe) da sociedade, garantindo-lhe toda proteção necessária, independentemente do modo pelo qual tenha se originado a união (se pelo casamento civil, se pela

(*) Professor da FESMIP/BA – Escola Superior do MP/BA, da Faculdade de Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia, da EMAB – Escola de Magistrados da Bahia e do PODIVM – Curso Preparatório para concursos

(1) Estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual e atentado ao pudor mediante fraude, sedução, corrupção de menores e rapto (CP 213 a 221)

união estável). Curvou-se, indubitavelmente, a *Magna Charta* aos usos e costumes⁽²⁾ ditados por uma realidade fática inegável e já reconhecida de há muito pela melhor doutrina e jurisprudência.⁽³⁾

No dizer percuciente de José Afonso da Silva, “a família como base da sociedade não é mais constituída somente pelo casamento. Entende-se, também, como tal, a união estável entre homem e mulher, cumprindo à lei facilitar sua conversão em casamento, com todos os seus efeitos”.⁽⁴⁾

Perceba-se, por oportuno, que o ponto principal da previsão constitucional (CR 226 § 3º) é justamente a proteção conferida a união estável, colocando os conviventes em patamar de igualdade, no que pertine a direitos e obrigações, em relação àqueles casados civilmente. Destrinchando: não se pode impor distinções no que tange à proteção jurídica dada aos casados, em relação aos conviventes. Havendo proteção jurídica, estender-se-á a união estável.

Bem sintetizou o Min Carlos Alberto Menezes Direito: “se a união estável é entidade familiar, como determinado pela Constituição, não se pode mais tratar a união entre homem e mulher, sem o ato civil de casamento, como sociedade de fato ou concubinato, eis que não se trata mais de mancebia, amasiamento, mas de entidade familiar”.⁽⁵⁾

Importa, então, deixar esclarecida a impossibilidade de distinção na proteção reconhecida pelo Estado (em sua acepção lata) em face de casados ou conviventes. Originando-se o núcleo familiar de ambas as espécies, não se pode dar maior proteção a uma em detrimento da outra, pena de fazer *tabula rasa* do dispositivo constitucional e impor prejuízo dos mais graves àquelas pessoas que preferiram optar pela relação estável sem ato civil de matrimônio.

Por conseguinte, se a vítima – de um dos delitos capitulados no inciso VII do CP 107 – passa a manter união estável com o agressor, ou mesmo com terceiro (neste caso se o crime foi praticado sem violência real ou grave ameaça, *ex vi* CP 107 VIII), e se dita união é reconhecida como entidade familiar, isto é, se marcada pelo intuito de formação familiar, com convivência mútua, lógico que aplicável aqui a norma extintiva da punibilidade, desaparecendo qualquer interesse na persecução criminal.

(2) A LICC 4º, inclusive, elenca os costumes como fonte do Direito

(3) O Supremo Tribunal Federal já vinha reconhecendo proteção da lei ao concubinato, como avulta esse *decisum* lavrado em 3.5.1956, no RE nº 31.520, relatado pelo Min Afrânio Costa: “a sociedade de fato, entre pessoas de sexo diferentes, vivendo em concubinato ou quando casados pelo regime da separação de bens tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal, ante as circunstâncias especiais de cada caso.” (publ. DJ 11.3.1957, pág. 763). Aliás, foi a própria Excelsa Corte que editou as Súmulas nºs 35, 380 e 382, também reconhecendo ao concubinato proteção jurídica.

(4) “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 774.

(5) In Revista dos Tribunais 667/17 e segs.

Em verdade, o que se tem no plano concreto do Direito, é que a *Lex Fundamentalis* veio a criar uma nova forma extintiva da punibilidade, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, no art. 226 § 3º, aplicando-se-lhes todas as conseqüências decorrentes da proteção jurídica dada ao casamento e suas repercussões em outros ramos da Ciência Jurídica, como no CP 107 VII.

Essa norma não pode ser ignorada pelo intérprete! Está ali um novo modelo de entidade familiar, que veio a atender os anseios de boa parte da sociedade brasileira que organiza-se informalmente a nível e com o escopo de família.

Nas palavras de Ricardo Galbiati “as regras estão postas na lei, devendo ser atendidas, de forma simples e objetiva, e não através de construções artificiais e nem sempre dignas da posição que ocupa, hoje, a família de fato”.

A lei veio, em verdade, a adequar-se à realidade social, afinal, como já pregava Rudolf Von Ihering, não basta ao Direito uma “pretensão normativa, é preciso que se lhe dê efetividade social”, sendo mister espelhar a realidade fática e atual da sociedade que lhe incumbe regular.

Nesta linha de inteligência, fácil depreender-se que, existindo união estável da vítima com o seu agressor, o Estado não poderá molestá-lo, porque evidenciada a inexistência de conflito de interesses e de martirização aos preceitos penais, em face da proteção de ordem constitucional dispensada a união estável, garantindo-a como espécie de organização da família e conferindo-lhe a mesma proteção dada ao casamento. Do contrário, haverá clara desobediência ao texto magno.

Como bem concluiu o Juiz Marco Nahum, do TACrim/SP, em trecho de seu voto na Ap nº 1.135.911/1, julgada pela 4ª CâM, v.u., j. 2.3.1999, é preciso que se reinterprete o “elemento normativo do tipo ‘cônjuge’ nos exatos termos especificados na Carta Magna, ou seja, é o homem que se une estavelmente à mulher, constituindo família, independentemente do ato de união ter sido praticado pela lei civil”.

Nesse diapasão, acentua o Ex-magistrado paulista Euclides Benedito de Oliveira no sentido de ser “de inteira pertinência a tese da extensão ao companheiro das normas penais favoráveis ao réu, na qualidade de cônjuge. Trata-se de valorar a união estável por decorrência das regras constitucionais e legais visando à proteção da família, ainda que sem os laços oficiais do casamento civil”. (“União Estável e Seus Reflexos no Direito Penal”, in “Revista Brasileira de Direito de Família”, Porto Alegre, Síntese, nº 02, jul/ago/set. 1999, pág. 25).

Avulta encalamstrar, *hic et nunc*, inclusive, que os conceitos de Direito de Família, pelo natural subjetivismo e peculiaridade, sofrem (mais do que

qualquer outro ramo da Ciência Jurídica) direta influência da sociedade, clamando, por conseguinte, por interpretações teleológicas, valorativas, sem perder de vista que o Direito não pode virar as costas para a vida cotidiana da própria sociedade que lhe incumbe regular e pacificar.

Não fosse apenas a expressa previsão normativa contida na regra constitucional (art. 226 § 3º), lembra Edgard Magalhães Noronha justificar-se a extinção da punibilidade no casamento da vítima com o seu agressor, em razão da “plena satisfação do mal causado, permitindo que ela ocupe na sociedade uma posição de compostura e decência, não obstante a falta anterior de que participou”. (“Direito Penal”, São Paulo: Saraiva, v 3, 21ª ed., 1994, pág. 235) Disso não discrepa o Mestre Washington de Barros Monteiro: “a ofensa à honra da mulher, repara-se pelo casamento”⁽⁶⁾ Aliás, o próprio conteúdo constante do CC 1548 traz disposição claramente influenciada por essas idéias de reparação pelo casamento.

No mesmo sentir, com mais amplitude, César Roberto Bittencourt, para quem a “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 tácito’, além da reparação moral” (“Manual de Direito Penal”, São Paulo: RI, 5ª ed., 1999, pág. 745)

Em nossos dias, tendo em vista a transformação imposta pelos costumes, alterou-se a própria realidade social, construindo-se, a partir das relações de convivência estável, um novo conceito da família – e, via de consequência, tratando-se da célula-máter da sociedade, afigura-se um novo tratamento jurídico da matéria.

Ora, fora de qualquer dúvida, então, que, numa relação concubinária estável, convivendo o casal harmonicamente, dentro da célula social formada, exteriorizando atos marcados pelo ânimo familiar, estará satisfeito o pretenso (em tese) dano causado – e muito bem, diga-se *en passant* – inexistindo, de igual modo, qualquer desrespeito à intimidade ou moral de quem quer que seja. Tudo sem considerar, ainda, que tais condutas delitogênicas são, via de regra, de ação penal privada, consubstanciando o casamento perdão tácito indubitoso.

A união estável é realidade fática incontestada e o Direito não pode deixar de acomodar-se às novas imposições sociais, pena de perder-se no tempo e no espaço.

Deflagrar a *persecutio criminis* em face daquele que convive *more uxorio* com a vítima dos crimes enunciados no CP 107 VI, importaria apenas e

(6) In “Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações” São Paulo: Saraiva 2ª parte, pág. 444.

tão-somente semear a discórdia, desarmonizando uma família e gastando as forças do Estado para perseguir situações fáticas despidas de conflituosidade!!!

Resta reconhecer, pois, que a união estável entre vítima e ofensor, formando vínculo familiar, resulta em extinção de punibilidade, na forma do CP 107 VII. Oportuno, pela clareza solar, invocar a cátedra do Prof. Eduardo Lima De Matos, Promotor de Justiça em Sergipe, magistralmente abordando o tema: “se a vítima decidiu estabelecer uma entidade familiar do tipo união estável com o agressor, o Estado deve-lhe proteção, por um mandamento constitucional, ou seja um direito dos concubinos expressamente consignado. Diante disso, formada a união estável da vítima com o agente criminoso, tratando-se de uma entidade familiar, extinta estará a punibilidade em virtude da nova causa criada pelo art. 226 § 3º da CF (in “A união estável e a extinção de punibilidade”, “Livro de Teses 9º Congresso Nacional do Ministério Público”, Salvador, 1992, pág. 152).

Disso não discrepa Júlio Fabbrini Mirabete (“Código Penal Interpretado”, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 567), igualmente antevendo que a extinção de punibilidade decorre também da “previsão constitucional da união estável como fato jurídico equiparado ao casamento (art. 226, § 3º, da CF).”

O tratamento constitucional de igualdade, no que pertine aos efeitos da união estável em relação ao casamento, também já vem sendo aclamado jurisprudencialmente, como se pode notar: “é de se determinar a extinção de 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 CF/88, equipara-se ao matrimônio legalizado para fins de extinção de punibilidade, interpretando-se analogicamente o art. 107, VII, do CP” (TACrim/SP, Ap nº 1 003 851/6, Ac 6ª Câm, m v., Rel. Juiz Ivan Marques, e voto vencedor declarado pelo Juiz Mathias Coltro, in RJDTA/Crim/SP 32/260)

Também Damásio E. de Jesus, ao tratar da união estável como forma de extinção de punibilidade equiparada ao casamento, elenca decisões pretórias em socorro ao entendimento ora esposado.⁽⁷⁾

Ademais, é importante assinalar que a extinção de punibilidade se opera, em regra, por razões marcantes de política criminal,⁽⁸⁾ inclusive no que toca à

(7) “Código Penal anotado”, São Paulo: Saraiva 9ª ed. 1999. pág. 309 No mesmo sentido: TJ/MS. Ap. Crim. nº 404 893 j 14 12 194

(8) “Imperativos de política criminal, como acontece, exemplificativamente, com a graça, o indulto, a anistia e o casamento do ofensor com a ofendida” na lúcida observação de Luiz Vicente Cernicchiaro (cf. “Direito Penal na Constituição”. 3ª ed., São Paulo: RT 1995, pág. 81)

modalidade extintiva do casamento do agente com a ofendida. Portanto, vivendo momento histórico em que se propagam ideais de intervenção mínima do Estado no âmbito penal⁽⁹⁾ e a concentração da atividade persecutória nos delitos de maior relevância, seria despropositado, e até mesmo inócuo, procurar penalizar aquele que já vive maritalmente com a vítima. Ao revés, além de desagregar um núcleo familiar, poderá importar em fator de revolta e desajustamento social.

Não se olvide, por outro lado, que o fundamento da previsão normativa do CP 107 (permitindo a extinção da punibilidade pelo *subsequens matrimonium*) tem sede no fato de que entre as partes inexistente conflito, prevalecendo a paz familiar, elemento que prepondera ao Estado e à sociedade manter

Daí, portanto, não ser despicienda a advertência de Wellington César Lima E Silva, eminente representante do *Parquet* baiano e professor da matéria, de que “não se poder nos dias de hoje, abandonar aspecto de suma importância na apreciação do problema da conveniência da dedução de pretensão punitiva do Estado em juízo. Assim, as razões de política criminal, frente a ‘nova sociedade que é nitidamente criminógena’ sob o seu aspecto de sociedade técnica, assumem elevada significação” (in “A mitigação do princípio da obrigatoriedade na sistemática processual penal brasileira”, “Livro de Teses”..., pág. 157)

Dúvida não há, pois, que havendo união estável entre vítima e agressor, à luz da proteção constitucional dedicada à união estável (erigida ao *status* de entidade formadora da família), consubstanciada restará a extinção de punibilidade prevista no Estatuto Repressivo, notadamente no art. 107, VII, sequer devendo iniciar-se a *persecutio criminis*, em face da falta de interesse estatal

BIBLIOGRAFIA

- BITTENCOURT César Roberto. “Manual de Direito Penal”. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999
 JESUS, Damásio Evangelista de “Código Penal Anotado”. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999
 MATOS Eduardo Lima de. “A união estável e a extinção de punibilidade”. in “Livro de Teses do 9º Congresso Nacional do Ministério Público”, Salvador, 1992
 MIRABETE Júlio Fabbrini “Código Penal interpretado”. São Paulo: Atlas, 1999.
 MONTEIRO, Washington de Barros “Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações”, São Paulo: Saraiva, 2ª parte
 NORONHA, E Magalhães “Direito Penal”, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, v 3 1994
 SILVA, José Afonso “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996
 SILVA, Wellington César Lima e. “A mitigação do princípio da obrigatoriedade na sistemática processual penal brasileira”. in “Livro de Teses do 9º Congresso Nacional do Ministério Público” Salvador, 1992

(9) A respeito do assunto, vislumbrando uma “feição subsidiária” no Direito Penal, quando fracassadas as demais formas protetivas do bem jurídico, Muñoz Conde (“*Introducción al Derecho Penal*”, Barcelona: Bosch, 1975, pág. 60) Igualmente Luiz Luisi (“Os princípios constitucionais penais”. Porto Alegre: SAFE, 1991, pág. 27)