

O CASAMENTO DE MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS: ANÁLISE DA EXCEÇÃO DO ARTIGO 1520 DO CÓDIGO CIVIL

Elivania Mathias¹

Orientadora: Stela Cunha Velter²

RESUMO

O presente artigo prima pela importância que tem o casamento em nossa sociedade e ordenamento Jurídico. O vínculo de casamento pressupõe uma relação interpessoal de intimidade entre os envolvidos, cuja representação é a coabitação que ocorre através da vontade de ambas as partes. O artigo 226 da Constituição Federal prevê que a família é considerada como a base da sociedade e o casamento é uma das formas mais importantes de constituição de família. Com isso surge o interesse de analisar a exceção originada pelo artigo 1520 do Código Civil, onde após o advento da Lei nº 11.106/2005, houve a revogação de alguns artigos do Código Penal, dando ênfase aos incisos VII e VIII do artigo 107 do referido Código. Esses incisos eram ligados aos denominados crimes contra os costumes, a sua revogação trouxe a restrição ao alcance do artigo 1520 do Código Civil. Antes dessa revogação era possível ocorrer o casamento entre pessoas que ainda não completaram a idade núbil, qual seja ela, (dezesseis anos), tendo por finalidade evitar a imposição de pena criminal ou ainda em casos de gravidez. Com essa revogação dos referidos incisos citados acima, o casamento entre nubentes antes de completar a idade núbil só será admitido em caso de gravidez, desde haja autorização judicial.

Palavras-chave: Casamento. Família. Lei nº 11.106/2005. Exceção do artigo 1520 do Código Civil. Idade núbil 16 anos. Imposição de pena. Gravidez.

ABSTRACT

This article accentuates the importance of marriage in our society and legal order. The marriage bond assumes an interpersonal relationship of intimacy between those involved, whose representation is the cohabitation that occurs through the will of both parties. Article 226 of the Federal Constitution states that the family is considered as the foundation of society and marriage is one of the most important forms of the family structure. Therefore, emerges the concern to analyse the exception brought under Article 1520 of the Civil Code, where after the advent of Law 11.106 / 2005, there has been the annulment of some articles of the Penal Code, reiterating the items VII and VIII of Article 107 of the Code. These items were linked to so-called crimes against mores, their revocation restricted the scope of Article 1520 of the Civil Code. Before this annulment, marriage between two people who have not completed the legal age was permitted, whenever she, (sixteen years old), with the purpose to avoid the imposition of criminal punishment or in cases of pregnancy. With the repeal of the items mentioned above,

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag). E-mail: <eli_mathias@hotmail.com>.

² Professora do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag). Mestre em História pela UFMT. Advogada. E-mail: <stelavelter@terra.com.br>.

marriage between minors will be allowed only in case of pregnancy, considering there is judicial authorisation.

Key-words: Marriage. Family. Law 11.106 / 2005. Article 1520 of the Civil Code exception. Marriageable age 16. Imposition of penalty. Pregnancy.

1 INTRODUÇÃO

A família é o bem mais precioso de uma pessoa, é o elemento de nossas maiores felicidades e também muitas vezes a causadora de nossas maiores dores, angustias, medos. Mais sem uma família ninguém é plenamente feliz, assim a família e suas relações estão amparadas pelo direito de família que é um ramo do direito civil ligado ao nosso ordenamento jurídico.

O direito de família é um dos ramos do direito civil que está unido com a vida das pessoas, já que as pessoas formam núcleos familiares e a eles ficam ligadas.

No mesmo sentido nos traz Gagliano: “o direito de família, entre todos os ramos do Direito Civil, é aquele que mais de perto toca os nossos corações e as nossas vidas”. (GAGLIANO, 2012, p.37).

Assim podemos entender que o direito de família é um ramo do direito civil, que cuida das normas jurídicas relacionadas com as relações e obrigações familiares da sua estrutura até a proteção da família, estabelecendo normas de convivência familiar.

É difícil conceituar o direito de família, por existir diversos conceitos e os mesmos serem amplos. Diante dessa dificuldade de conceituar permaneceremos com o alegado pelo doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2011), que nos diz:

Já se disse, em razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo. (GONÇALVES, 2011, p.17).

Prosseguindo seu pensamento, Gonçalves (2011), cita o conceito de família segundo o lato sensu, segundo alusão abaixo:

Lato sensu, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidades pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins. Segundo Josserand, este primeiro sentido é, em princípio, o único verdadeiramente jurídico, em que a família

deve ser entendida: tem o valor de um grupo étnico, intermédio entre o indivíduo e o Estado. Para determinados fins, especialmente sucessórios, o conceito de família limita-se aos parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau. (JOSSERAND apud GONÇALVES, 2011, p.17/18).

Na mesma acepção, o doutrinador Gagliano nos apresenta que: “o homem não é um ser isolado: viver é conviver, e a realização do homem só se consegue por meio do convívio com os outros, de maneira que a família é a primeira comunidade em que naturalmente se integra”. (GAGLIANO, 2012, p. 37).

Após o revelado é possível identificar diversos conceitos e ideias sobre o que é a família, não sendo possível ter um conceito único de família, onde se possa delimitar, estabelecer categorias ou modelos do que seria o conceito certo de família para toda a sociedade.

No presente trabalho vamos analisar a exceção do artigo 1520 do Código Civil, que trata sobre a permissão do casamento para quem ainda não alcançou a idade núbil, que de concordata com o artigo 1.517 do Código Civil é de 16 anos, para impedir a imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

A Lei nº 11.106 de 28 de março do ano de 2005 revogou os incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal, que eram ligados aos crimes de costumes. Essa revogação atingiu o artigo 1520 do Código Civil, que tinha como sua expressão a permissão do casamento entre menores de 16 anos, que ainda não haviam chegado a idade núbil em dois casos, quais sejam: evitar a imposição de pena criminal ou o cumprimento de pena criminal e no caso de gravidez indesejada. Mais com a revogação o único caso permitido agora é em caso de gravidez perante autorização judicial dos pais.

O artigo 1520 do Código Civil mostrar-se conexo com os incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal que foram revogados pela Lei nº 11.106/2005. Com essa revogação uma parte do artigo 1520 do Código Civil não terá mais nenhuma aplicabilidade, ou conforme se entenda, passará a ser ineficaz. Assim a possibilidade de permitir que menores de 16 anos se casem com pessoas que tenha cometido crimes de costumes contra esta, isto porque o casamento não mais extinguirá a punibilidade do agente.

Com isso a exceção do art. 1520 do Código Civil, contribui de forma positiva para a sociedade, já que o casamento não será mais motivo para evitar a imposição de pena, e com isso deixando de mascarar qualquer crime praticado.

Preceitua o artigo 226 da Constituição Federal como a família sendo base do estado e obtendo sua proteção, vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§ 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. (BRASIL, 1988).

Com a modernização dos tempos o novo Código Civil reconhece que as famílias atuais são formadas tanto pelo casamento civil quanto pelo casamento religioso, ou pela união estável ou por uma comunidade que pode ser composta pelos pais, descentes ou pelas mães solteiras. Com isso o conceito de família passa a ser mais baseado no afeto do que nas relações de sangue, parentesco ou casamento, conferindo com isso a família moderna um melhor tratamento para a realidade social em que vive, atendendo as suas necessidades.

Assim o novo direito de família é regido por diversos princípios, entre eles podemos citar: o princípio da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana, igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros, do planejamento familiar e da igualdade jurídica de todos os filhos, dentre outros.

2 O CASAMENTO

O casamento é uma instituição que varia com o tempo e com os povos, numerosos são os conceitos de casamento citados por diversos autores e inúmeros são os modos de pensar das pessoas relacionados ao casamento, cada um vê e age de uma forma específica em relação ao casamento.

Devido a essas divergências o direito brasileiro optou por considerar como conceito de casamento duas definições que consideram clássicas, sendo a primeira de Lafayette Rodrigues Pereira e a segunda definição de Clóves Beviláqua, que veremos a seguir.

O doutrinador Gonçalves, concorda com os conceitos estabelecidos pelo direito brasileiro onde cita o primeiro conceito trazido por Lafayette Rodrigues Pereira, que proclama: "O casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferentes se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida". (GONÇALVES, 2012, p.38).

E o segundo conceito básico é trazido por Gonçalves (2012), que expõe:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e a educar a prole, que de ambos nascermos. (PONTES DE MIRANDA apud GONÇALVES, 2012, p.39).

Essa última definição enfatiza a concepção contratualista e a estreita comunhão de vida e de interesse em se formar uma família com a criação de uma prole. Que para outros doutrinadores a prole não seria tão importante, visto que, as pessoas podem se casar e não ter filhos por diversos fatores como à idade avançada da mulher, ou por questões de saúde. Também abordam que o conceito de casamento ficou muito extenso, tentando sempre simplificar esses conceitos citados acima. Com isso é possível se referir ao casamento como sendo um acordo que adequa a união entre homens e mulheres.

Mas diante de tantos conceitos relacionados ao casamento antigos e modernos é difícil ser original e criar um novo conceito que englobe todos os pensamentos e vontades, por esse motivo a grande maioria dos doutrinadores prefere ficar com o conceito trazido por José Lamartine Corrêa de Oliveira, como citado por Gonçalves (2012), onde considera o casamento:

O negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial. Esta é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida. (GONÇALVES, 2012, p.40).

Ainda, preleciona que:

Interessa ao Estado que as famílias se constituam regularmente. Por isso, cerca o casamento de um verdadeiro ritual, exigindo o cumprimento de uma série de formalidades. A lei considera relevante que o consentimento dos nubentes obedeça a certas solenidades, não só para que seja manifestado livremente, como também para facilitar a prova do ato. As formalidades preliminares dizem respeito ao processo de habilitação, que se desenvolve perante o oficial de Registro Civil (CC, art. 1.526, com a redação dada pela Lei n. 12.133, de 17-12-2009). Destina-se este a constatar a capacidade para o casamento, a inexistência de impedimentos matrimoniais e a dar publicidade à pretensão dos nubentes. (GONÇALVES, 2012, p. 48).

2.1 A CAPACIDADE PARA O CASAMENTO

Antes mesmo de nascermos, ou seja, no ventre da nossa mãe possuímos os nossos direitos resguardados pelo nosso ordenamento jurídico. Assim todas as pessoas que nascem tem capacidade de direito, sendo ela uma medida da personalidade de cada pessoa, pois, todas as pessoas são capazes de adquirir direitos e deveres e deles fazerem uso.

Em relação à capacidade para o casamento o Código Civil inovou, fixando a idade núbil de 16 anos para contrair matrimônio em ambos os sexos, como demonstra Carlos Roberto Gonçalves (2012):

O Código Civil de 2002 inovou ao tratar, em capítulo próprio (arts. 1.517 a 1.520), da capacidade para o casamento, que deve ser demonstrada no processo de habilitação, fixando em 16 anos a idade mínima, denominada idade núbil, tanto para o homem como para a mulher. Ordenando a matéria, o novel diploma tratou separadamente da capacidade nos arts. 1.517 a 1.520, dos impedimentos nos arts. 1.521 e 1.522, e das causas suspensivas nos arts. 1.523 e 1.524.

Não há uma perfeita coincidência entre a capacidade genérica para os atos da vida civil e a capacidade específica para o casamento. Às vezes a lei reconhece habilitação aos noivos para o casamento, como aos maiores de 16 anos. Embora lhes falte a capacidade civil plena. Outras vezes, não obstante maiores e capazes carecem de aptidão para o matrimônio, como sucede, por exemplo, com as pessoas já casadas.

A exigência de uma capacidade específica se prende a ideia de que o ato a ser praticado não constitui uma declaração de vontade qualquer, mas uma manifestação volitiva que permitirá o ingresso do agente no estado de casado, com a finalidade de estabelecer uma comunhão plena de vidas e também, como em regra acontece, de procriação, manutenção e educação da prole.

A rigor, antes mesmo dos 16 anos as pessoas se encontram fisicamente aptas a procriar. Nem sempre, no entanto, tem a maturidade suficiente para assumirem tal responsabilidade. Como a lei objetiva proteger pessoas inexperientes ou imaturas, estabelece a idade mínima para o casamento, para evitar que a imaturidade orgânico-psicológica dos genitores repercuta desfavoravelmente sobre eles e sua prole. Por outro lado, embora a maioridade civil seja alcançada somente aos 18 anos completos, a lei recua a aptidão nupcial, tendo em vista que o desenvolvimento fisiológico é mais veloz.

Bem andou o legislador ao estabelecer uma idade mínima para o casamento, dada a seriedade do ato e sua repercussão na vida social, sendo realmente conveniente que só se permita o ingresso no matrimônio de pessoas que atingiram maior desenvolvimento psíquico e intelectual. Se o enlace matrimonial se realizar sem que os consortes tenham atingido aquela idade, pode-se promover a sua anulação, mediante iniciativa própria ou de seus representantes legais. (GONÇALVES, 2012, p. 50/51).

Assim o Código Civil de 2002, apresenta as seguintes exigências para o casamento, segundo os artigos 1.517, 1.519 e 1.520, aludidos abaixo:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.

Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. (BRASIL, 2002).

Dando seguimento ao seu pensamento, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2012), demonstra que:

No entanto, a idade núbil não é o único pressuposto da capacidade matrimonial. Josserrand aponta, acertadamente, como impedimento ao casamento de uma pessoa com qualquer outra, também a loucura, a existência de outro casamento e para a mulher, em certos casos, o prazo de viuvez, ou seja, a proximidade da dissolução de um casamento anterior. (JOSSERAND apud GONÇALVES, 2012, p. 52).

3 O ARTIGO 1520 DO CÓDIGO CIVIL

O artigo 1520 do Código Civil, abriu uma janela, permitindo que a idade núbil para adquirir o matrimônio seja de 16 anos, tanto para o sexo masculino como para o feminino, com a excepcionalidade para evitar a imposição de pena ou no caso de gravidez.

Assim preleciona Gonçalves (2012):

Proclama o art. 1520 do Código Civil, como já mencionado, que, “excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ao cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”. (GONÇALVES, 2012, p.52/53).

No mesmo entendimento o doutrinador Pablo Stolze Gagliano (2012), ensina que:

Não é à toa que a norma inicia a sua dicção com o emprego de um forte advérbio: “excepcionalmente”. Isso porque as duas situações ali definidas não comportam presunção, devendo estar devidamente comprovadas no procedimento especialmente instaurado para a obtenção da autorização ou do suprimento judicial. (GAGLIANO, 2012, p. 167).

3.1 O CASAMENTO NO CASO DE GRAVIDEZ

Em relação ao casamento em caso de gravidez o doutrinador Pablo Stolze Gagliano (2012), assim se manifesta:

A primeira hipótese é de clareza meridiana: estando a noiva grávida, e sendo menor de 16 anos, o juiz poderá, à vista da prova documental ou pericial, autorizar o casamento, uma vez que a maternidade próxima justificaria o projeto matrimonial.

Um outro interessante aspecto que se deve considerar é a hipótese de o noivo, e não a noiva (grávida) ser menor de idade. Figure-se, por exemplo, a hipótese de um adolescente de quinze anos engravidar uma jovem de dezoito. Nesse caso, pelas mesmas razões acima apontadas, poderá o juiz, caso se convença da viabilidade da medida (especialmente considerando o grau de discernimento dos envolvidos), autorizar o casamento. (GAGLIANO, 2012, p. 167/168).

3.2 O CASAMENTO PARA SE EVITAR A IMPOSIÇÃO OU CUMPRIMENTO DE PENA CRIMINAL

A segunda hipótese objeto de estudo desse trabalho, onde também é justificável o casamento de menores de 16 anos, para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal.

Nesse ínterim temos o posicionamento de Pablo Stolze Gagliano, onde nos mostra que: “O Código Penal brasileiro, até bem pouco tempo, estabelecia que o casamento da vítima poderia extinguir a punibilidade do acusado, evitando, assim, a imposição ou o cumprimento da pena criminal por crimes sexuais”. (GAGLIANO, 2012, p. 168).

Na mesma acepção segue seu pensamento, apresentando que:

Nessa linha, caso, por exemplo, uma adolescente de 13 anos mantivesse voluntária relação sexual com seu namorado de 18, configurando, em tese, para este último, a prática do crime de estupro com violência presumida, o seu matrimônio com o acusado, judicialmente autorizado, operaria a extinção da punibilidade. (GAGLIANO, 2012, p. 168).

Continua o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2012), em relação a revogação trazida pela Lei nº 11.106/2005, onde expõe que:

Todavia, a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, revogou, além de outros dispositivos, o inciso VII do art. 107 do Código Penal. Em consequência, o casamento deixou de evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal, nos crimes contra os costumes de ação penal pública.

Mesmo que o noivo tenha idade inferior a 16 anos, admite-se o suprimento de idade, dele somente ou de ambos, embora não esteja sujeito às penas do Código Penal. Interpreta-se o art. 1.520 de modo benévolo, porque há um interesse social na realização desses casamentos. Assim, a expressão “pena

criminal” abrange qualquer espécie de sanção de caráter criminal, ainda que prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Somente não se admite o suprimento d idade do noivo menor de 16 anos quando a noiva já atingiu ou ultrapassou a idade de 18 anos, se por esse motivo o fato for atípico. (GONÇALVES, 2012, p. 53).

Ainda se manifesta Pablo Stolze Gagliano, “Vale anotar ainda que, por princípio, a lei revogada não poderá atingir casamentos consumados antes de sua vigência, por conta do princípio proibitivo da *novatio legis in pejus*”. (GAGLIANO, 2012, p. 169).

Prossegue o autor:

Verificando o juiz ter havido namoro sério, numa ambiência psicológica de maturidade inequívoca das partes envolvidas, especialmente o incapaz (e isso não é incomum nos dias de hoje) e concorrendo, ainda, a anuência dos pais, poder-se-ia, em tese, reconhecer a atipicidade do fato criminoso, o que justificaria, por consequência, a autorização para casar. (GAGLIANO, 2012, p. 169).

Também em relação a capacidade matrimonial, o doutrinador Tartuce (2010), traz em relação ao artigo 1520 do Código Civil que:

O art. 1520 do CC traz questão polêmica, diante de duas novas leis, a lei nº 11.106/2005 e a lei nº 12.105/2009. É a redação do dispositivo do Código Civil em comento: “excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”. A polêmica deve ser analisada separadamente, levando-se em conta a entrada em vigor das duas leis, de forma sucessiva.

De início, a lei nº 11.106/2005 afastou a extinção da punibilidade nos casos de estupro presumido (art. 107, VII e VIII do CP), ou seja, na hipótese de alguém manter uma relação sexual com uma criança com idade inferior a 14 anos, e depois se casar com ela. Como não há que se falar mais em extinção da punibilidade, muitos doutrinadores passaram a entender que o art. 1520 do CC estaria revogado na parte que tratava da extinção da pena criminal. (TARTUCE, 2010, p.63).

Tartuce (2010) continua seu pensamento, explanando sobre a possibilidade do menor casar-se com a pessoa que praticou crime de costume contra ela, considerando diante de tal fato a renúncia ou perdão tácito, vejamos:

Primeiramente, não se poderia falar em revogação da norma civil, pois o menor poderia sim, em alguns casos, exercer a opção de se casar com aquele que praticou o crime contra os costumes. Como a ação penal, no caso do crime em questão, era considerada de natureza privada, estávamos diante de um caso de renúncia ou perdão tácito, que decorreria de fato incompatível com a pretensão de ver o agente punido, no caso, com a celebração do casamento. Em casos tais, se a menor quisesse se casar, a sua vontade poderia ser considerada relevante para tal finalidade, conforme enunciado 138 do CTF/STJ, da I Jornada de Direito Civil (“A vontade dos absolutamente

incapazes, na hipótese do inciso I do artigo 3, é juridicamente relevante na concretização de situações existentes a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”). Com base nesse enunciado, o magistrado poderia autorizar o casamento se a menor declarasse querer viver com o pai da criança e desde que demonstrasse discernimento bastante para tanto, o que seria provado por perícia psicológica. (TARTUCE, 2010, p.63).

No mesmo sentido permanece Tartuce (2010), que além dos argumentos penais ainda temos os argumentos civil que pode ser utilizado no caso de matrimônio para evitar a cominação de pena criminal, dando como exemplo o divulgado abaixo:

Além desse argumento penal, poderia ser utilizado um argumento civil. Ora, como a família deve ser analisada de acordo com o contexto social, o casamento com o autor do crime poderia ter tido como uma forma de abrandar o problema de uma gravidez indesejada. Ou melhor, seria adequado enviar criminoso, pai dessa criança que ainda vai nascer, para a cadeia? Quanto a essa indagação, respondia Luiz Augusto Zamumer: “Considerando que nossa Constituição Federal põe o casamento como instituto principal para a formação de família, sendo essa a base da sociedade (art. 226), seria possível considerar inconstitucional a dita revogação das causas extintivas de punibilidade, pois elas representavam forma de proteção da entidade familiar. Aliás, a priori, seria razoável afastar a espada criminal do autor de crime sexual se a própria vítima concordou, posteriormente, em com esse constituir família. Isso porque o Direito Penal deve ser encarado como a última ratio, e nesse quadro apresentado já teria havido a estabilização social. Mas essa matéria ainda deve ser analisada cautelosamente pela jurisprudência, em casos concretos ou até mesmo pela via concentrada de controle de constitucionalidade”. (ZAMUMER apud TARTUCE, 2010, p.64).

Entende-se que a via do direito penal seria a última a ser seguida, enquanto temos a via do direito civil em relação ao direito de família que visa a harmonia e a pacificação da vida conjunta. Tartuce (2010) permanece explanando pela extinção da punibilidade como melhor solução, vejamos:

Ora, poderia ser ilustrado o caso de uma menina de 13 anos que teve relacionamento sexual com um homem de 18 anos e dele ficou grávida. O pai da criança não tem qualquer antecedente criminal e a menor quer casar com o criminoso a qualquer custo. Ambos se amam. Se entendêssemos simplesmente pela derrogação do dispositivo, esse casamento não poderia ser realizado. Como conclusão, o pai da criança iria para a cadeia e a menor ficaria em situação de desamparo. Aliás, na prática, possivelmente constituiria uma união estável com o pai da criança, passando a visitá-lo na prisão. Acreditamos que o casamento e a conseqüente extinção da punibilidade do agente eram a melhor solução para o caso descrito. E justamente por poder ser aplicado a casos como esse é que o art. 1520 do CC deveria permanecer incólume. Por esse entendimento, o direito de Família acabaria prevalecendo sobre o direito Penal. (TARTUCE, 2010, p.64).

Se não tivéssemos a revogação do referido artigo, o direito de família sempre estaria à frente do direito penal, permanecendo nos casos de matrimônio para se impedir a extinção da punibilidade e no caso de gravidez.

Dando continuidade Tartuce (2010), ilustra o ensinamento de Maria Berenice Dias, como segue:

No mesmo sentido, já ensinava Maria Berenice Dias que: “A transformação da mulher em excludente da criminalidade era algo denominado, no mínimo, odioso. Ainda que foram excluídos pela Lei nº 11.106/2005 os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, que previam o casamento da vítima como causa de extinção de punibilidade. Com isso restou derogada a possibilidade de permitir o casamento de uma adolescente para evitar a imposição penal criminal. Isso significa nada mais do que a descriminalização do estupro, absolvendo-se o estuprador se ele casasse com a vítima, mesmo que fosse ela menor de idade. Permanece tão só a possibilidade de ser autorizado o casamento quando das relações sexuais com quem ainda não atingiu a núbil (ou seja, tenha menos de 16 anos resultem gravidez (CC 1.520)”. (DIAS apud TARTUCE, 2010, p.65).

No exposto vemos o posicionamento a favor da revogação trazida pela Lei nº 11.106/2005. Assim é possível entender após leitura de todos os posicionamentos contrários e a favor da extinção da punibilidade em caso de cumprimento de pena, que cada caso deve ser analisado individualmente e cuidadosamente para se ter uma melhor conclusão em relação a aplicação do artigo 1.520 do Código Civil.

Prosseguindo o estudo Tartuce (2010), cita-se:

Pois bem, a segunda lei penal, a Lei nº 12.105/2009, encerrou o debate anterior, não sendo mais possível o casamento de menor com aquele que cometeu crime de estupro presumido, em hipótese alguma. Isso porque o Código Penal, ao tratar dos crimes sexuais contra vulnerável, passou a prever em seu art. 217-A que é crime “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos”. O ponto fulcral consta do novo art. 225, parágrafo único, do Código Penal, pelo qual havendo pessoa vulnerável a ação penal do crime sexual é pública incondicionada.

Desse modo, não sendo mais a ação penal privada, não pode o casamento funcionar como forma de perdão tácito crime, conforme outrora era exposto. Em suma, desaparece o fundamento principal da tese que era anteriormente defendida por estes autores. Como se pode notar, a nova lei coloca o Direito Penal em posição de prestígio em relação ao Direito Civil. (TARTUCE, 2010, pg.66).

Nesse sentido o artigo 1520 do Código Civil, ainda possui validade apenas para casamento de menores em idade núbil quando ocorrer a gravidez, mais em caso de evitar o cumprimento de pena criminal ele não pode mais ser usado, encerrando todas as discussões.

Vejamos alguns julgados.

PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO.

O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2006).

APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO. IDADE NÚBIL. SUPRIMENTO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

O casamento de pessoa que ainda não atingiu a idade núbil somente pode ser realizado para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, ou em caso de gravidez, nos termos do art. 1.520 do Código Civil. Não comprovadas nenhuma dessas situações de fato no caso concreto, deve ser confirmada a sentença de improcedência da pretensão. RECURSO DESPROVIDO. (BRASIL, Tribunal de Justiça RS, 2013).

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE ALVARÁ PARA SUPLEMENTAÇÃO DE IDADE NÚBIL. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES AUTORIZADORAS PREVISTAS NO ART. 1.520 DO CÓDIGO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER OUTRO MOTIVO EXCEPCIONAL E RELEVANTE A JUSTIFICAR O DEFERIMENTO DO PEDIDO. 1. O estabelecimento dos 16 anos como idade núbil pelo art. 1.517 do Código Civil tem razão de ser, porquanto aqueles que ainda não atingiram tal idade são considerados menores impúberes, isto é, absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, nos termos do art. 3º, inc. I, do CCB. Sucede que para a realização do casamento, se exige a manifestação de vontade dos nubentes de estabelecer a sociedade conjugal (art. 1.514 e 1.535 do CCB), vontade esta que o menor impúbere, em regra, não detém capacidade para exprimir. Por esta razão é que somente em casos extremamente relevantes e excepcionais se admite a celebração do casamento

por menores de 16 anos, mormente tendo em vista que o casamento implica, dentre outras consequências fáticas e jurídicas, a cessação da incapacidade para os menores, nos termos do art. 5º, parágrafo único, do CCB. 2. No caso, a narrativa apresentada na exordial não se subsume às hipóteses expressamente previstas em lei e, igualmente, tampouco se visualiza qualquer outra razão excepcional e relevante o bastante para justificar a concessão do alvará postulado, como seria, por exemplo, se o casal já coabitasse. Impõe-se, assim, a manutenção da sentença vergastada, que indeferiu o pedido. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (BRASIL, Tribunal de Justiça do RS, 2014).

4 CONCLUSÃO

A idade núbil no Brasil é de 16 (dezesesseis) anos. Ainda assim é necessária a concordância dos pais, independente da guarda. Caso não haja, pode ser suprida judicialmente.

Não obstante, o artigo 1520 prevê que excepcionalmente, permite-se o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, para evitar imposição de pena criminal ou em caso de gravidez.

Ocorre que, como mencionado o artigo 107, inciso VII, que previa o casamento do autor com a vítima em caso de crimes contra os costumes como causa de exclusão de pena. Assim, independente do que ocorra haverá o cumprimento da pena, se configurado o crime.

Assim, percebe-se que o artigo 1520 previa o casamento neste caso, pois não seria aplicada a pena. Sendo revogado e a pena aplicada, não há motivo plausível para a permissão desse casamento.

Persiste, portanto, a excepcionalidade do casamento de menores que não alcançam a idade núbil somente em caso de gravidez, para prestigiar a formação da família e para que a criança gerada tenha uma melhor estrutura caso esta seja a vontade do casal.

Desta forma, a doutrina majoritária de Direito de Família com a qual aqui coaduna cuja corrente é liberada por Carlos Roberto Gonçalves leciona no sentido da revogação tácita do artigo 1520 no que tange a possibilidade de casamento para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, subsistindo o artigo somente em caso de gravidez.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 11.106 de 28 de março de 2005.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm> Acesso em: 23.04.2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 23.04.2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 418376 MS.** Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18957289/recurso-extraordinario-re-418376-ms>>. Acesso em 23.04.2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça RS. Apelação Civil 70056105968 RS.** Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113243839/apelacao-civel-ac-70056105968-rs>>. Acesso em 23.04.2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça RS. Apelação Civil. Pedido de Alvará 70057130882 RS.** Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113546864/apelacao-civel-ac-70057130882-rs>>. Acesso em 23.04.2016.

BRASIL. **Código Civil 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 01.06.2016

CAPEZ, Fernando. **Código Penal Comentado.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume I: parte geral, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 6: Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: Direito de Família. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: Direito de Família. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado.** 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, Volume I: parte geral, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

TARTUCE, Flávio, José Fernando Simão. **Direito Civil**, volume 5: Direito de Família. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

VADE MECUM: **legislação selecionada para OAB e concursos**/coordenação Darlan Barroso, Marco Antônio de Araújo Junior, 8ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.