

A LEI N. 13.811/2019 E O CASAMENTO DO MENOR DE 16 ANOS. PRIMEIRAS REFLEXÕES¹

Flávio Tartuce²



o último dia 12 de março de 2019 foi promulgada – e já está em vigor no País – a Lei n. 13.811, que alterou o art. 1.520 do Código Civil Brasileiro, conforme a seguinte tabela, elaborada para os devidos fins de esclarecimento dos conteúdos das

normas:

Texto anterior	Texto atual
“Art. 1.520. 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.”	“Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código.”

Mesmo antes da entrada em vigor da norma, o texto modificativo já vinha recebendo elogios de uns e críticas de outros, sendo certo que com a sua emergência os debates se intensificaram em vários canais, de contato pessoal e eletrônico. Vale destacar, de imediato, pois relevante para as conclusões deste breve texto, que não houve alteração ou revogação expressa de qualquer outro comando do Código Civil em vigor.

Como primeiro aspecto a ser destacado, a norma anterior,

¹ Coluna do Migalhas de março de 2019.

² Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Professor Titular permanente do programa de mestrado e doutorado da FADISP. Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da EPD. Professor do G7 Jurídico. Diretor do IBDFAM – Nacional e vice-presidente do IBDFAM/SP. Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico.

que excepcionava a possibilidade do casamento do menor de 16 anos, recebia abrandamentos por três leis penais que surgiram sucessivamente à codificação material, a Lei n. 11.106/2005, a Lei n. 12.015/2009 e a Lei n. 13.718/2018.

A verdade é que o casamento do menor de 16 anos – denominado por parcela da doutrina como *casamento infantil* – já era proibido pelo nosso sistema jurídico, mesmo antes da mudança e como premissa geral, havendo apenas duas exceções previstas no anterior art. 1.520 do Código Civil que tinham sido sobremaneira mitigadas, a saber: *a)* para evitar a imposição e o cumprimento de pena criminal; e *b)* em caso de gravidez.

Tal afirmação é retirada da dicção do art. 1.517 da codificação material, que não sofreu modificação pela norma emergente, segundo o qual “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”. Em suma, por este último preceito, a capacidade específica para o casamento é atingida aos 16 anos, sendo essa a *idade núbil* para todos os gêneros.

Como é notório, não se pode confundir a incapacidade para o casamento com os impedimentos matrimoniais. A primeira impede que alguém se case com qualquer pessoa, enquanto os impedimentos somente atingem determinadas pessoas em situações específicas, previstas no art. 1.521 do CC/2002. Em outras palavras, os impedimentos envolvem a *legitimação*, conceituada como uma capacidade ou condição especial para celebrar determinado ato ou negócio jurídico. Nesse contexto, não se pode dizer que a alteração do art. 1.520 do Código Civil tenha criado hipótese de impedimento matrimonial, estando no âmbito da incapacidade, que não foi alterada, pois não houve qualquer modificação do texto do art. 1.517.

Sobre as citadas leis penais que mitigaram as exceções de autorização judicial do casamento do menor de 16 anos, de início, a Lei n. 11.106/2005 afastou a extinção da punibilidade

nos casos do então *estupro presumido* (art. 107, incs. VII e VIII, do Código Penal), ou seja, na hipótese de alguém manter relação sexual com uma criança ou adolescente com idade inferior a 14 anos, e depois se casar com ela.

Como não havia que se falar mais em extinção da punibilidade, muitos passaram a entender que o art. 1.520 do CC/2002 estaria revogado na parte que tratava da extinção da pena criminal. Todavia, nessa realidade legislativa, existia manifestação em sentido contrário, ou seja, ainda pela possibilidade do casamento, havendo o anterior estupro presumido. Segundo os que assim entendiam, 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 praticara o crime contra os costumes. Como a ação penal, no caso do crime em questão, ainda 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 e naquele sistema anterior, se a menor de idade quisesse se casar, a sua vontade poderia ser considerada relevante para tal finalidade, conforme o Enunciado n. 138 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* (“A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”).

Com base nesse enunciado doutrinário, o magistrado poderia assim 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. Além desse argumento penal, poderia ser utilizado um argumento civil. Como a família deve ser analisada de acordo com o contexto social, o casamento com o autor do crime poderia ser tido como uma forma de abrandar o problema de uma gravidez indesejada. Ou melhor, seria adequado enviar o

criminoso, pai dessa criança que ainda vai nascer, para a cadeia?

Alguns doutrinadores respondiam negativamente, naquela realidade anterior. Argumentava-se que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, o último caminho a ser percorrido, ao contrário do Direito de Família, que busca a pacificação social, a vida conjunta em harmonia. Em reforço, anteriormente, poderia ser citado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (*best interest of the child*), bem como a função social da família. Ilustrava-se com a hipótese fática 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 ela constituiria uma união estável com o pai da criança, passando a visitá-lo na prisão.

Acreditava-se, ainda naquele sistema anterior, que o casamento e a consequente extinção da punibilidade do agente eram a melhor solução para esse caso descrito. E justamente por poder ser aplicado a casos como esse é que o art. 1.520 do CC/2002 deveria permanecer incólume. Por esse entendimento, o Direito de Família acabaria prevalecendo sobre o Direito Penal.

De toda sorte, mesmo nessa realidade jurídica, entre os anos de 2005 e 2009, alguns juristas já defendiam a revogação parcial do art. 1.520 do CC. O meu entendimento era de uma abordagem casuística àquela época. Assim, a título de ilustração, no caso do relacionamento de uma criança de nove anos de idade com um homem adulto – conforme foi julgado pelo STF no passado (STF, RE 418.376/MS, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, 09.02.2006) –, dever-se-ia entender que o casamento não poderia ser realizado. Isso porque

a manifestação da vontade da menor não seria juridicamente relevante para tanto. No caso em questão, o art. 1.520 do CC, em sua redação originária, não teria incidência.

A minha conclusão anterior, em suma, era justamente na linha de se analisar caso a caso, o que traria a conclusão de que seria melhor considerar que o preceito civil não foi derogado ou revogado parcialmente de forma tácita. Nesse sentido, determinando uma leitura civil-constitucional do então art. 1.520 do CC, o teor do Enunciado n. 329 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, ocorrida em outubro de 2006: “A permissão para casamento fora da idade núbil merece interpretação orientada pela dimensão substancial do princípio da igualdade jurídica, ética e moral entre o homem e a mulher, evitando-se, sem prejuízo do respeito à diferença, tratamento discriminatório”.

Sucessivamente, a segunda lei penal que mitigou a aplicação do art. 1.520 em sua redação original, a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, parece ter encerrado o debate anterior, não sendo mais possível o casamento da menor com aquele que cometeu o crime antes denominado como 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 (catorze) anos”. O tipo penal passou a ser denominado como *estupro de vulnerável*, sendo certo que a vulnerabilidade encerra uma presunção absoluta ou *iure et de iure*. Outro ponto fulcral da alteração constava do novo art. 225, parágrafo único, do Código Penal, segundo o qual, havendo pessoa vulnerável, a ação penal do crime sexual seria pública incondicionada.

Nesse contexto, não sendo mais a ação penal de natureza privada, não pode – desde a lei de 2009 – o casamento funcionar como forma de perdão tácito do crime, conforme outrora afirmei. Desapareceu o fundamento principal da tese que era

anteriormente seguida, de análise casuística. Em reforço, apesar das tentativas de alguns juristas e julgadores de mitigar a ideia de vulnerabilidade, essa realmente parece encerrar um conceito jurídico absoluto, como se decidiu e se consolidou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme a sua Súmula n. 593, de outubro de 2017, *in verbis*: “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

Por fim, liquidando o que já parecia estar esclarecido, a Lei n. 13.718/2018 incluiu um novo parágrafo no art. 217-A do Código Penal, prevendo que “As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime” (§ 5º). Trata-se de confirmação legal da sumular superior por último citada.

Em suma, por tudo o que foi exposto, parece-me que, de fato, o art. 1.520 do Código Civil encontrava-se já derogado tacitamente em relação à hipótese fática de casamento envolvendo menor de 14 anos, somente sendo aplicado à pessoa entre essa idade e os 16 anos, o que passou a não ser mais permitido, de forma peremptória e inafastável.

Todas essas modificações comprovam a minha afirmação, no sentido de que o casamento do menor de 16 anos não seria possível juridicamente antes da alteração de 2019, ou seja, era algo condenado e proibido como regra pelo nosso sistema jurídico. E, como consequência, diante de um tratamento específico, apesar dessa proibição, a lei previa a solução da anulabilidade, pela dicção expressa do art. 1.550 do Código Civil, segundo o qual “é anulável o casamento: (...) I – de quem não completou a idade mínima para casar”. Esse dispositivo não foi revogado, expressa ou tacitamente, pela Lei n. 13.811/2019, e,

sendo assim, a solução da anulabilidade ou nulidade relativa do casamento infantil continua em vigor.

O mesmo se diga quanto à possibilidade de convalidação do casamento, hipótese em que o ato inválido passará a ser válido caso tenha passado despercebida a proibição perante o Cartório de Registro Civil. Continua em vigor, nesse contexto, o art. 1.551 do Código Civil, segundo o qual não se anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez. O mesmo se diga em relação ao 1.553 da mesma codificação, que estabelece a possibilidade de convalidação do casamento do menor que não atingiu a idade núbil caso este, depois de completá-la, confirme a sua intenção de casar, com a autorização de seus representantes legais, se for necessária, ou com suprimento judicial. A possibilidade de convalidação, por óbvio, dar-se-á muitas vezes após a idade núbil ou mesmo a maioridade ser atingida, preservando uma família que pode estar constituída e que merece proteção, conforme o art. 226 do Texto Maior.

Também não estão revogados, expressa ou tacitamente, os dispositivos que consagram regras específicas a respeito da ação anulatória, caso do art. 1.552 do Código Civil: “A anulação do casamento dos menores de dezesseis anos será requerida: I – pelo próprio cônjuge menor; II – por seus representantes legais; III – por seus ascendentes”. O mesmo se diga quanto ao prazo decadencial de 180 dias para a demanda, conforme o art. 1.560, § 1º, da Lei Geral Privada: “Extingue-se, em cento e oitenta dias, o direito de anular o casamento dos menores de dezesseis anos, contado o prazo para o menor do dia em que perfez essa idade; e da data do casamento, para seus representantes legais ou ascendentes”. Todos esses comandos são específicos quanto à anulação do casamento, negócio jurídico especial, devendo prevalecer sobre as regras gerais sobre a teoria geral do negócio jurídico, previstas na Parte Geral da codificação privada.

Por tudo isso, não me convence a afirmação feita no âmbito doutrinário no sentido de ser o *casamento infantil* agora

nulo de pleno direito, pois a lei proíbe a prática do ato sem cominar sanção, presente a chamada *nulidade virtual*, nos termos do art. 166, inc. VII, segunda parte, do Código Civil. Esse comando geral somente seria aplicado se não existissem todas essas disposições específicas, que, repise-se, não foram revogadas expressa ou tacitamente. Para afastar a alegação de revogação tácita, lembro e insisto: o casamento do menor de 16 anos já não era admitido pelo sistema jurídico nacional.

Como última nota, não se pode dizer que a alteração do art. 1.520 tenha criado hipótese de impedimento matrimonial, na linha do que pontuei no início deste breve texto. Primeiro, porque não houve qualquer inclusão nesse sentido no art. 1.521 do CC, sendo certo que os impedimentos não podem ser presumidos ou subentendidos, uma vez que a norma é restritiva da autonomia privada. Segundo, pelo fato de se tratar de hipótese de incapacidade que já estava prevista no sistema, pelo art. 1.517 do Código Civil. Terceiro, porque os impedimentos são específicos, o que não é o caso. Essa afirmação repercutirá no debate a respeito da união estável do menor de 16 anos, o que será objeto de um próximo texto de minha autoria, a ser publicado neste canal.