

**INCESTO ENTRE IRMÃOS
E O TRIBUNAL FEDERAL
CONSTITUCIONAL:
A DECISÃO DE 26.2.2008 NOS
LIMITES ENTRE DIGNIDADE
HUMANA E OS INTERESSES
DA DOGMÁTICA JURÍDICA E DA
SOCIEDADE^{1,2}**

Recebimento do artigo: 06/10/2008

Aprovado em: 09/12/2008

Holger Knudsen

Hamburgo/Alemanha

knudsen@mpipriv.de

Sumario

1 Algumas considerações preliminares. 2 O Tribunal Federal Constitucional (BVerfG). 3 O caso concreto. 4 As considerações do Tribunal Federal Constitucional. 5 O voto dissidente do Vice-Presidente. 6 O incesto entre irmãos na dogmática do direito penal alemão. 7 Resumo. 8 Postskriptum. 9 Nota explicativa sobre o incesto no direito brasileiro. Bibliografia.

Prof. Dr. Jur. Diretor da Biblioteca do Instituto Max-Planck para Direito Privado Estrangeiro e Direito Internacional Privado em Hamburgo/Alemanha

Resumo

Uma decisão recente do Tribunal Constitucional alemão cuida da admissibilidade de uma relação incestuosa entre um irmão e uma irmã, e a constitucionalidade de uma norma no Código Penal alemão, que proíbe tal relação. O Tribunal, com uma maioria de sete (7) votos a um (1), considerou a classificação desses atos incestuosos como

crime. O autor deste artigo concorda com o voto majoritário, o qual considera bem argumentado e perfeitamente equilibrado no que concerne aos direitos fundamentais e às responsabilidades do cidadão.

Palavras-chave

Incesto. Direito Penal (Alemanha). Liberdade Sexual.

¹ Tradução e nota explicativa sobre o incesto no direito brasileiro feitas por Débora Gozzo, ex-bolsista da Fundação Humboldt Pós-doutorado). Doutora em Direito pela Universidade de Bremen/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Münster/Alemanha e pela USP. Professora do Mestrado em Direito e Coordenadora do Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões do Unifício.

² A decisão encontra-se impressa em língua alemã, e tem acesso gratuito no site oficial do Tribunal Federal Constitucional: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226_2bvr039207.

Abstract

A recent decision of the German Constitutional Court deals with the admissibility of an incestuous relationship between a brother and a sister and the constitutionality of a provision of the German criminal law, which prohibits such a relationship. The Court, with a 7:1 majority, upheld the classification of such incestuous acts as a crime. The

author of this article agrees with the majority vote, which he considers to be well argued and perfectly equilibrated between fundamental rights and civic duties.

Key words

Incest. Criminal Law (Germany). Sexual Freedom.

1 Algumas considerações preliminares

O incesto, ou para usar uma palavra mais antiga, a “vergonha do sangue” (*Blutschande*), é um tabu raramente discutido publicamente. Há casos bem graves de incestos forçados¹, e casos nos quais uma fraqueza psíquica e inexperiência (em geral pelas mulheres mais jovens) é explorada². Frequentemente as pressões psíquica e física andam juntas. Por isso o incesto apresenta-se especialmente grave quando é exercido contra crianças, sendo comum que os atingidos sofram uma vida inteira sob essa experiência cruel³. Nesses casos a questão diz respeito, independentemente de “quando” e “porém”, a aspectos relevantes do Direito Penal. Eles não têm, por isso, importância constitucional alguma. É assim em todos os ordenamentos do mundo em que o incesto representa um prejuízo para as crianças e seus parentes, ou em que o incesto, sob a ameaça de violência, seja passível de punição. Trata-se aqui infelizmente de um fenômeno cotidiano⁴.

Mas como fica a situação quando o incesto é praticado livremente entre as partes, sem que se exerça violência? O que tem mais peso: o respeito perante a vida privada? O direito de seus descendentes a uma vida sem danos genéticos?⁵ Os interesses da sociedade no que concerne ao reconhecimento de valores tradicionais e sociais? Ponderações eugênico-demográficas?

¹ Por exemplo o caso Fritzl na Áustria. Sobre ele veja-se a notícia publicada na Folha de São Paulo: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u396337.shtml>.

² Por exemplo o caso Deaves na Austrália. Veja-se notícia na Folha de São Paulo: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u389561.shtml>.

³ V. sobre esse complexo tema, exemplificativamente: ANDRADE, Fabiana Pereira de. **Labirintos do incesto**: o relato de uma sobrevivente. São Paulo, 1998; PIZÁ, Graça; BARBOSA, Gabriella Ferrarese. **A violência silenciosa do incesto**. Rio de Janeiro, 2004; BISCARO, Regina. **Incesto – um fenômeno arquetípico**. São Paulo, 2003; MAGALHÃES, Ana Paula. **Abuso sexual incestuoso**: um tema centrado na criança e na família. Rio de Janeiro, 2005; FAIMAN, Carla Júlia Segre. **Abuso sexual em família**: a violência do incesto à luz da psicanálise. São Paulo, 2004.

⁴ Assim encontram-se, só em relação aos primeiros quatro meses do ano de 2008, no banco de dados americano “LexisNexis”, 98 decisões sobre o tema. Uma busca no Google sob o termo “incesto” resultou em mais de 3,5 milhões de indicações.

⁵ Tanto no caso Fritzl quanto no Deaves houve a morte de recém-nascidos e de danos genéticos graves.

O Tribunal Federal Constitucional (BVerfG)⁶ ocupou-se há pouco dos aspectos constitucionais da punição do incesto consensual entre irmãos e, com isso, entrou em seara nova. Nessa decisão do Tribunal foram citadas, inicialmente, as poucas decisões (infelizmente de acesso difícil) dos Tribunais superiores de todo o mundo, que tinham a ver com essa forma de incesto, e nas quais se confirmou a punição correspondente. Havia uma decisão do Tribunal Constitucional húngaro de 1999⁷, uma do Tribunal de Recursos canadense, de 1996⁸, e outra do Tribunal de Recursos polonês, de 1991⁹. Nas três decisões são mencionados motivos de cunho de proteção genética, à família, e aos costumes; o Tribunal canadense, aliás, foi além e detalhou quão difícil é a delimitação entre a verdadeira concordância e a mera tolerância, e ocupa-se de modo intensivo com as conseqüências sociais e psíquicas para a prole dessas relações.

Acrescente-se que o Tribunal Federal Constitucional alemão¹⁰ refere-se a duas outras decisões, facilmente encontráveis na internet: a sentença nº 518/2000 do Tribunal Constitucional italiano, na qual a punição do incesto entre parentes (aqui, entre sogro e nora) foi confirmada, desde que ele não fosse tornado público, o que acabou gerando, de fato, um “escândalo público” (*pubblico scandalo*)¹¹, e uma decisão americana¹², na qual o recurso contra uma sentença sobre incesto entre irmãos, entretanto, foi julgado improcedente por razões processuais. As circunstâncias familiares retratadas na decisão do caso são de qualquer modo especialmente chocantes e arrepiantes.

No conjunto pode-se afirmar que a judicatura mundial sobre a punição do incesto consensual não costuma vir à tona. Isso poderia ter como causa, como o próprio Tribunal Federal Constitucional alemão constatou em sua decisão, o fato de que esta forma de incesto não é passível de punição em todos os países. O consórcio sexual consensual entre irmãos adultos não é punível, por exemplo, na China, no Japão, na Federação russa, na Turquia, na Espanha, na França, nos Países Baixos, em Luxemburgo e na Costa do Marfim, como no Brasil e na Argentina. De todo modo há, nos países citados, medidas jurídicas civis e administrativas preventivas, para evitar o incesto entre irmãos, especialmente o impedimento matrimonial entre eles.

⁶ Sobre o Tribunal veja-se o n. 2 infra.

⁷ Alkótmány Bíróság 20/99.

⁸ Regina v. M.S., 111 Canadian Criminal Cases 3d at 478.

⁹ Não publicado.

¹⁰ Em: <http://www.giurcost.org/decisioni/2000/0518s-00html>.

¹¹ Impressionante é que no direito italiano o incesto só é punível, se ele se tornar um acontecimento espetacular, de acordo com o art. 564 do Codice Penale. Nesse sentido as legislações do Uruguai, Venezuela e Panamá.

¹² Corte de Apelação americana (7th circuit), 412 F. 3d, 808, reproduzido, também em: <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F3/412/808/>.

174 **2 O Tribunal Federal Constitucional (BVerfG)**

De acordo com o art. 1, alínea 3 da Lei Fundamental alemã (“*Grundgesetz*”)¹³, os direitos fundamentais não são preceitos puramente declaratórios, mas direito vigente mediato. O respeito a eles pode ser exigido por todo e qualquer cidadão por meio da chamada reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante o Tribunal Federal Constitucional¹⁴ em Karlsruhe. Este é um órgão constitucional autônomo, com dezesseis (16) magistrados, regulamentado nos artigos 92 a 100 da Lei Fundamental. Ele decide sobre todos os conflitos constitucionais. Os juízes que o compõem são eleitos para um período de doze (12) anos por ambas as Câmaras do Parlamento alemão (*Bundestag* e *Bundesrat*), devendo ser aprovados pela maioria de 2/3, sem possibilidade de reeleição.

O Tribunal é composto por dois Senados¹⁵, cada qual com oito magistrados. O primeiro Senado é responsável pelas reclamações constitucionais que tenham a ver com a infração aos direitos fundamentais. Ao lado dele há o segundo Senado que em primeira linha ocupa-se das questões organizatórias do Estado, portanto, com os conflitos entre os órgãos constitucionais e o controle de normas das leis. O Presidente de ambos os Senados é, *ex officio*, ou o presidente ou o vice-presidente do Tribunal Federal Constitucional. As decisões do Tribunal vinculam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Uma decisão sobre a validade das leis no âmbito do controle de normas tem força de lei. Por isso ela também precisa ser publicada no Diário Oficial. Um juiz pode declarar seu voto em separado, caso discorde da maioria do Senado, como no Brasil.

Como no caso em questão cuidou-se de uma reclamação constitucional, a decisão foi tomada pelo primeiro Senado.

¹³ A Embaixada alemã em Brasília coloca à disposição em sua página na internet, gratuitamente, um *link* em português da Lei Fundamental: <http://ww.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/constituicao.html>. Um extrato da tradução da citada lei encontra-se em: SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 1953-1967.

¹⁴ Sobre o Tribunal Constitucional na língua portuguesa: Martins, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, *In*: SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 33-124.

¹⁵ Nota da Tradutora: No Brasil os Senados correspondem às Turmas.

3 O caso concreto

O casal de irmãos que apresentou a reclamação constitucional descende de uma relação familiar extremamente precária e disfuncional. O Reclamante nasceu em 1976 e sua irmã em 1984. Pouco depois do nascimento desta, o casamento dos pais foi desfeito. O Reclamante, a partir da idade de três (3) anos, e depois de ter sofrido abusos por parte de seu pai alcoólatra, foi colocado em orfanatos, e passou por diferentes famílias que tiveram sua guarda. Com a idade de sete (7) anos ele foi adotado definitivamente por uma dessas famílias, cujo sobrenome ele ainda carrega. A irmã permaneceu inicialmente com a mãe, junto com os outros irmãos. Com a idade de cinco (5) anos, ela foi encaminhada a um orfanato e, mais tarde, voltou a viver com o pai do meio-irmão. Entre o Reclamante e sua família biológica não houve mais nenhum contato.

No ano de 2000, o Reclamante retomou o contato com sua mãe, que faleceu pouco tempo depois. Neste momento os irmãos se conheceram. Até então, um e outro não tinham conhecimento de suas respectivas existências. Na seqüência eles desenvolveram uma relação mais estreita, da qual, nos anos de 2001, 2003, 2004 e 2005, resultaram respectivamente os filhos Eric, Sahra, Nancy e Sophia. O Reclamante foi, por isso, quatro vezes condenado por infração ao § 173 do Código Penal alemão¹⁶. As três primeiras condenações foram transformadas em livramento condicional; no quarto processo ele foi condenado – também com base nas condenações anteriores – a uma pena de reclusão de dezesseis (16) meses. Em todo caso, isso não se deveu só ao incesto, mas também por ter cometido abusos contra sua irmã.

Contra essa condenação recorreu o Reclamante. Ele teria infringido três direitos fundamentais: o da liberdade sexual, indiretamente previsto nos arts. 1º (proteção da dignidade humana)¹⁷ e 2º (liberdade da pessoa)¹⁸; o da não discriminação do art.

¹⁶ Teor do § 173 do Código Penal alemão: “Conjunção Carnal entre parentes”

(1) Quem mantiver conjunção carnal com um descendente consangüíneo, será punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou com multa.

(2) Quem tiver conjunção carnal com um parente consangüíneo, na linha reta, será punido com pena privativa de liberdade de até dois anos ou com multa, ainda que a relação de parentesco tenha terminado. Do mesmo modo serão punidos os irmãos consangüíneos que mantiverem relação sexual entre eles.

(3) Descendentes e irmãos não serão punidos, de acordo com este artigo, quando eles ao praticarem o delito forem menores de 18 anos.

¹⁷ Artigo 1: (1) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Toda autoridade terá o dever de respeitá-la e protegê-la (...).

¹⁸ Artigo 2: (1) Toda pessoa terá direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, na medida em que não violar os direitos de outrem e não infringir a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) Toda pessoa terá direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa será inviolável.

176 3º (Direito à igualdade de gênero)¹⁹; e, por fim, contra a proteção constitucional da família do art. 6º da Lei Fundamental²⁰. O Tribunal precisava, portanto, comprovar, se o Reclamante teria sido prejudicado nos seus direitos fundamentais, em razão de sua condenação pelo incesto.

4 As considerações do Tribunal Federal Constitucional

Como ao processo aqui relatado correspondiam questões de grande importância, o Tribunal Federal Constitucional, antes de pronunciar-se, pediu a manifestação de outros órgãos estatais, igrejas e associações de peritos especializadas nesses casos. Além disso, o Tribunal encomendou pareceres. De acordo com a prática forense, esses posicionamentos são citados não no todo, mas no que interessa para a decisão. De especial importância, aqui, foi a posição de uma associação, que defende crianças vítimas de incesto, e cujos integrantes, em sua maioria, foram eles mesmos vítimas dessas relações. Esta associação apóia a proibição do incesto entre irmãos, porque os “filhos do incesto” não têm direito a uma vida digna, em razão dos danos físicos e psíquicos sofridos, e por sua exclusão da sociedade. Especialmente ruim é a perda ao longo da vida de sua identidade pessoal, e da clareza de uma estrutura familiar, por causa do surgimento de funções duplas com os parentes próximos (o avô ou o tio é ao mesmo tempo pai, a mãe é concomitantemente irmã etc). Conforme pesquisas científicas sérias, haveria entre os filhos de relações incestuosas uma taxa de suicídio mais elevada e uma alta e significativa quota de deformações físicas. Mesmo em casos em que os filhos são saudáveis, eles precisariam viver com o medo constante de trazer ao mundo filhos com problemas genéticos.

No caso de reclamações constitucionais, o Tribunal Federal Constitucional serve-se de um método procedimental tradicional, mas muito eficiente. Três juízes comprovam, em primeiro lugar, num processo preliminar, se a reclamação é admissível, isto é, se, por exemplo, as formalidades processuais foram seguidas. Nesta fase preliminar, também se verifica se a afirmação da restrição das garantias constitucionais de fato ocorreram. Se os juízes chegarem à conclusão que esta restrição pode ter ocorrido, eles verificam, ainda, se ela teria sido tão grave, a ponto de permitir a abertura do processo principal. Neste, o Tribunal verificará, no caso concreto, se a restrição das garantias constitucionais era admissível, ou se os magistrados

Ninguém poderá interferir nesses direitos, senão em virtude da lei.

¹⁹ Artigo 3: (1) Todos serão iguais perante a lei.

(2) Homens e mulheres terão os mesmos direitos. (...)

(3) Ninguém poderá ser prejudicado ou privilegiado em razão de sexo, ascendência, raça (...).

²⁰ Artigo 6: (1) O casamento e a família receberão proteção especial do Estado (...).

precisariam levar em conta o direito de outras pessoas²¹, ou se teriam de considerar uma colisão de direitos fundamentais superiores (especialmente o direito mais importante: o direito à vida). Se o Tribunal Federal Constitucional, ao verificar o caso concreto, não reconhecer os eventuais critérios que justifiquem uma restrição ao direito fundamental, a ação será justificada. O Tribunal, nessa situação, destaca alguns acórdãos, de sua lavra, que serão utilizados e ricamente citados, para fortalecer a decisão.

Do Tribunal Federal Constitucional tanto há decisões curtas, que contêm poucas páginas, quanto longas. *Grosso modo* se pode dizer que, se o caso, em razão de não ser usual, ou por causa de seu valor para a formação do direito for bastante significativo, a decisão será mais longa. A decisão aqui comentada contém vinte e três (23) laudas e pertence, com isso, à categoria das “longas decisões”. Isto demonstra que os próprios juízes a consideraram de grande relevância.

Ao lado do posicionamento acima mencionado de peritos, do governo e de demais organizações encontra-se na decisão uma lista de considerações sobre a história da proibição do incesto, sobre os motivos do legislador de 1871²², sobre o sentido do direito penal, sobre a elaboração estatal das normas penais e sobre o princípio da proporcionalidade no comércio estatal.

O ponto central da decisão dispõe:

O legislador limitou com a norma do § 173 (2) do Código Penal o direito à liberdade sexual entre irmãos consangüíneos, ao ter ameaçado com punição a manutenção de relação sexual. A partir daí, estabeleceram-se limites à vida privada, penalizando-se determinadas formas de manifestação da sexualidade entre pessoas próximas. No entanto, isto não significa que o legislador tenha, em princípio, interferido no modo de vida das pessoas, na sua esfera particular. A relação sexual entre irmãos diz respeito não só a eles mesmos, pois pode produzir efeitos na família e na sociedade, além de trazer conseqüências para os filhos resultantes dessa relação. Como a proibição penal do incesto é somente um aspecto muito fronteiro deste tema com o do relacionamento sexual, e ela reduz só pontualmente as possibilidades de uma relação íntima, os atingidos não se encontram numa situação que possa resultar-lhes, irremediavelmente, em algo contrário à dignidade humana prevista na Lei Fundamental. O legislador persegue determinados fins com a citada norma, que estão em conformidade com o texto constitucional, e que de todo modo legitimam integralmente a restrição ao direito geral de personalidade. Ele não extrapola o seu campo de decisão ao proteger a ordem familiar dos efeitos danosos do incesto, considerando ricamente a proteção do parceiro numa relação

²¹ A liberdade não é absoluta – ela não é viável sem a consideração do direito dos outros! Compare com o art. 2 (1) da Lei Fundamental alemã reproduzida na nota de rodapé 19.

²² O Código Penal alemão é do ano de 1871. Foi a primeira codificação depois da fundação do Império alemão.

incestuosa, tanto quanto evitando a manifestação de doenças genéticas para a prole dele advinda.²³

Neste ponto os pensamentos sobre a:

- perturbação da família;
- introdução freqüente de relações incestuosas em relações familiares desestruturadas;
- influência social negativa sobre os filhos de incesto;
- freqüente prática de violência física e psíquica contra a irmã, geralmente mais jovem, e normalmente portadora de algum tipo de deficiência mental, numa relação incestuosa;
- soma de genes recessivos nos filhos de incesto e nos seus descendentes com grande perigo de perturbações na saúde são tratados exaustivamente com uma abundância de provas científicas, de estudos empíricos, médicos, científico-sociais e criminais, e estatísticos, no que concerne ao incesto entre irmãos.

No final dessa pesquisa levada a cabo pelo Tribunal Federal Constitucional a decisão investiga questões dogmáticas do direito penal, em consonância com o incesto entre irmãos e ocupa-se de algumas incongruências:

- A norma do § 173 (3) do Código Penal alemão²⁴ está restrita a irmãos maiores de idade. Isto serve para justificar o incesto, se acima de tudo tiver a ver com a proteção da família e dos descendentes?
- A norma também é aplicável aos casos de relações sexuais consensuais, nas quais a concepção de descendentes (por exemplo, por conta de uma esterilização) estiver descartada. Isto o justifica?
- A norma é aplicável somente à relação sexual²⁵, mas não a outras formas de contato sexual. Dogmaticamente isso seria justificável?
- A norma só é aplicável para relações sexuais ao incesto entre irmãos heterossexuais, mas não entre irmãos homossexuais. Esta desigualdade não contém uma discriminação, se o fim é o de proteger as estruturas familiares?
- A norma é aplicável somente aos “parentes consangüíneos”, portanto não vale para relações entre irmãos adotivos ou entre pessoas que foram criadas como irmãs. Não é discriminatória a restrição da norma a esse grupo?

²³ Pontos 40 e 41 da decisão, constantes da página 10 da versão eletrônica.

²⁴ V. nota de rodapé 17.

²⁵ De acordo com a definição do Superior Tribunal de Justiça (*Bundesgerichtshof*) é necessário que tenha havido penetração, ainda que mínima. V. decisões no vol. 16, p. 175, do BGH em matéria penal (BGHSt).

Ao final, porém, o Tribunal Federal Constitucional chegou à conclusão de que o legislador, com essas diferenciações, não ultrapassou o campo de sua atuação, até porque a ameaça de punição (detenção até dois anos ou multa) é relativamente muito moderada.

Pela leitura do acórdão, o leitor acostumado às decisões do Tribunal Federal Constitucional percebe que ele – diferentemente do usual – não ponderou os direitos fundamentais uns em relação aos outros, mas fundamentou sua decisão em argumentos de natureza não jurídicos (médicos, sociológicos, criminológicos e estatísticos). Percebe-se, ademais, que a sentença contém em suas justificativas uma redundância consciente de argumentos. O número desses argumentos é, se observados com atenção, bem limitados, enquanto o Tribunal, por meio da extensão da decisão, dá a impressão de dispor de alguns deles com os quais se identifica. Saliente-se, finalmente, que o Tribunal Federal Constitucional, que normalmente faz uso de decisões precedentes, no caso em tela só as utilizou para fundamentar questões secundárias. Isto parece demonstrar que os juízes, por causa da novidade do caso, sentiram uma certa desorientação, que eles, de todo modo, não conseguiram dominar só com argumentos puramente jurídicos.

5 O voto dissidente do Vice-Presidente²⁶

Como analisado no número 2, supra, o Tribunal Federal Constitucional conhece a instituição do *dissenting opinion*, ou seja, da opinião discordante. Em todo caso, não é comum haver entendimentos discordantes entre os juízes da Corte constitucional; normalmente os julgamentos se dão por unanimidade. É especialmente raro que um único juiz se insurja contra a opinião dos outros sete (em geral o voto especial de dois ou três juízes é defendido conjuntamente), e é mais raro ainda que o Presidente do Senado (e ao mesmo tempo, Vice-Presidente do Tribunal Federal Constitucional) coloque-se numa posição isolada, contra a decisão de seus colegas.

No presente caso isso aconteceu. Em oito páginas, o Vice-Presidente confrontou-se com a decisão de seus colegas e chegou a resultados diametralmente opostos. Na sua opinião, o § 173 do Código Penal não tem os requisitos suficientes para justificar uma figura delituosa. A norma não seria conforme, e conteria uma “infeliz ameaça de punição”. Ela seria dogmaticamente falsa e contraditória em si mesma. Para os objetivos por ela perseguidos não ofereceria caminhos adequados, sendo o direito penal sempre *ultima ratio*. As conseqüências do § 173 do Código Penal seriam para os atingidos uma punição desmedida.

²⁶ Winfried Hassemer. V. ainda LAMEGO, José. Elogio do Doutor Winfried Hassemer, in: **Lusíada** – Direito, 2007, p. 601-604.

No voto discordante – infelizmente também com uma redundância consciente de argumentos, centrou-se a crítica principalmente no fato de que o § 173 do Código Penal pune a relação sexual entre irmãos maiores de idade, mas deixa livre outras formas de auto-determinação de relacionamento sexual. Todavia estas também seriam uma violação contra a liberdade sexual e contra a proteção do casamento e da família, infringindo-se, com isso, dois princípios que foram fortemente estabelecidos no primeiro plano da decisão. O Vice-Presidente Hassemer criticou, ademais, o uso de decisões de Tribunais estrangeiros (de fato, muito incomum), que seriam para o Tribunal Federal alemão totalmente desconsideráveis. Além disso, o recurso, baseado em convencimentos sociais de cunho histórico-culturais, seria “nebuloso” e juridicamente sem importância. O recurso por critérios eugênicos seria altamente perigoso, pois afinal também deveriam ser pensadas como passíveis de punição todas as relações sexuais, nas quais a probabilidade de a prole nascer deficiente fosse mais alta do que no incesto. A negação do direito à vida (potencial) de crianças deficientes, sob o ponto de vista da família ou da sociedade, seria uma infração enorme contra princípios garantidos constitucionalmente, fundamentalmente se tratar de um mero impedimento de ônus financeiros para a família ou para a comunidade.

Na opinião dissidente são tratadas, mais uma vez, quatro incongruências do § 173 do Código Penal, mencionadas no n. 4, supra. O Vice-Presidente Hassemer chegou à conclusão de que, por causa da hipótese legal seletiva, e da constelação única deste parágrafo (punição de relação sexual entre irmãos consangüíneos e maiores de idade por falta de consideração de todas as outras alternativas), a punição do incesto entre irmãos não pode ser baseada na proteção do casamento e da família.

Enfim, a norma em questão traz especialmente noções de moral (*Moralvorstellungen*), porém a proteção destas, não é constitucionalmente importante.

6 O incesto entre irmãos na dogmática do direito penal alemão

Para todos os casos de incesto consensual (portanto, não só entre irmãos, e não só no caso do incesto forçado) houve na Alemanha, no ano de 2001, treze (13) condenações²⁷. Isto significa que, de 911.848 condenações criminais, aquele correspondeu a um percentual bem menor do que este. Leve-se em consideração que se supõe ser bem maior o número de incesto consensual, mas naturalmente só pode haver condenação nos casos em que as autoridades competentes tomaram conhecimento do crime.

²⁷ Estatística do Departamento Federal, Persecução Penal, 2001, p. 22. (A partir do ano de 2002 foi eliminada a informação sobre as estatísticas das decisões de acordo com os parágrafos).

O pequeno número de condenações corresponde ao fato de que só um caso de incesto foi objeto de decisão do Superior Tribunal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*)²⁸. Nesta decisão não se tratou de incesto entre irmãos, mas de um caso comparativamente especial e desagradável, em que o Réu obrigou, repetidamente, a sua mulher e o filho dela, de 15 anos, na sua presença, a manterem relações sexuais, porque a ele “dava prazer humilhar a ambos e demonstrar o seu poder”. O Réu interpôs recurso da sentença que o condenou, mas este foi julgado improcedente pelo Superior Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), que entre outros expôs que os bens protegidos pelo § 173 do Código Penal alemão, em primeira linha, são o casamento e a família:

O fundamento da pena é, por isso, não a lesão a uma obrigação do autor de proteger um bem jurídico, que lhe foi confiado em especial, mas a intervenção objetiva no campo da família, que, em consideração ao valor elevado, e acentuado pelo artigo 6 da Lei Fundamental, deve ser mantido absolutamente livre de relações sexuais e sem particularidades do caso isolado.²⁹

O pequeno número de condenações e da existência de uma única decisão da mais alta Corte demonstra a limitada importância do § 173 do Código Penal nos Comentários e Manuais que tratam desse dispositivo somente em algumas páginas. Aproximadamente a metade dos autores apóia a opinião do Superior Tribunal de Justiça³⁰ (*Bundesgerichtshof*), e praticamente a metade a recusa com fundamentações idênticas e notáveis. Isto vale acima de tudo para os dois grandes Comentários sobre o Código Penal. Assim, escreve Theodor Lenckner³¹, “É de se duvidar, se realmente se pode encontrar uma explicação racional, sob o ponto de vista de um prejuízo social, para a punibilidade da “vergonha de sangue”. Em outras palavras: se aqui não se está, enfim, sancionando mais noções morais”. Mais afiado manifesta-se Christian Ritscher sobre o § 173 do Código Penal³²:

Que esse dispositivo está apto a manter a organização da família livre de relações sexuais, que prejudicam consideravelmente a vida familiar, é mais um desejo do que realidade social. Como uma relação incestuosa freqüentemente será precedida por algum tipo de interferência na vida familiar, isto não é justificativa para uma norma penal isolada. Igualmente, o potencial de interferência contido no adultério também não é passível de punição. A limitação a uma determinada forma de

²⁸ Decisões do Superior Tribunal de Justiça (BGH) em matéria penal (BGHSt), vol. 39, p. 326.

²⁹ BGHSt 39, 329.

³⁰ Por exemplo: OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht II*. Berlim: de Gruyter, 2005, p. 363; FROMMEL, Monika, *in: Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2004 (§ 173, alíneas 7 e 11); KÜHL, Christian. *Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Munique: Beck, 2007 (§ 173, alíneas 1); MÖSL, Albert, *In: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Berlim: de Gruyter, 1974 (§ 173, alínea 2).

³¹ *In: SCHÖNKE-SCHRÖDER. Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Munique, Beck, 2006 (§ 173, alínea 1).

³² *In: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Munique, 2005 (§ 173, Parágrafos 5 e 6). Com outras indicações de literatura, com argumentos pró e contra a punibilidade.

sexualidade e a poucas relações sociais levam ao fato de que não se alcançará, desse modo, uma normatização efetiva para a proteção do casamento e da família. A variedade atual do sistema de contato social, que complementa a família tradicional, torna a norma geralmente vazia. (...) Por fim, a norma revela-se como um vestígio de antigas noções morais que foram incorporadas ao direito penal, e, além disso, como uma conduta indecente à qual a pretensão penal estatal se subjeta.

7 Resumo

No voto dissidente do Vice-Presidente Hassemer e também em trechos da literatura sobre direito penal, como demonstrado, citam-se palavras e argumentos jurídicos brilhantes contra a punibilidade do incesto entre irmãos. Ao autor deste artigo, no entanto, parece que se deve levar em consideração uma velha máxima: *Fiat iustitia et pereat mundus*, ou seja: *o Direito deve se impor, ainda que o mundo pereça*. A reprodução da posição da Associação sobre crianças do incesto, neste artigo (no começo do n. 4), demonstra que o verdadeiro cotidiano dessas pessoas é bem diferente do que aquele representado pela espera segura da Torre de Marfim jurídica. A maioria dos juízes do primeiro Senado do Tribunal Federal Constitucional manifestou-se com grande propriedade nesse caso: Vencer a falta de orientação, considerar a realidade, e apesar disso dar uma decisão que corresponda aos altos anseios e expectativas tanto do cidadão comum quanto da comunidade jurídica, na jurisprudência do direito constitucional.

8 Postskriptum

Após ter sido o recurso julgado improcedente, o Reclamante ingressou com pedido de perdão perante o competente Ministro-Presidente do Estado da Saxônia. Este foi recusado no dia 8 de maio de 2008. Ele precisaria, então, cumprir o restante de sua pena de dezessete (17) meses. Seu advogado anunciou, porém, que irá ingressar com uma ação no Tribunal Europeu de Direitos Humanos em Estrasburgo³³. Esta ação, todavia, não tem efeito suspensivo. A pergunta mais contundente é: qual a solução que o Tribunal Europeu dará ao problema esquematizado neste texto sobre o dilema clássico entre a liberdade individual e os interesses sociais, e onde ele vai estabelecer sua tônica. Será sobre os interesses sociais, como a maior parte dos juízes do primeiro Senado do Tribunal Constitucional? Ou será sobre a liberdade individual, como foi defendido no voto do Vice-Presidente? O processo em Estrasburgo deverá levar aproximadamente cinco (5) anos. Talvez o autor deste artigo possa, então, nesta mesma revista, relatar o fim deste caso...

³³ Site em português: http://www.coe.int/T/PT/Com/About_COE/Brochures/POR_HRleaflet.asp.

Nota Explicativa sobre o Incesto no Direito Brasileiro

183

O incesto, como bem descrito pelo autor do texto, é um tabu até os dias atuais, porquanto na sua raiz encontra-se o que de mais repugnante pode suceder entre parentes consangüíneos próximos, ou seja: a manutenção de relações sexuais. Desde tempos muito remotos não se admite que pai e filha, avô e neta e, assim por diante, mantenham um relacionamento tão íntimo. Basta mencionar o episódio ocorrido recentemente na Áustria, em que um pai (Fritzl) manteve uma relação incestuosa com sua filha, durante vinte e quatro anos. Dessa união resultaram sete filhos, sendo que um deles faleceu. A opinião mundial ficou chocada com a sordidez do pai que manteve a filha cativa em porão localizado embaixo da casa em que coabitava com sua mulher, mãe da vítima³⁴.

No Brasil o incesto não é punido como crime típico, como na Alemanha. Isto não significa que a violência sexual não seja passível de punição. Basta que se examine, em especial, os crimes contra a liberdade sexual, previstos nos arts. 213 a 216 do Código Penal.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o incesto é repudiado especialmente no âmbito do direito de família³⁵. O art. 1.521 do Código Civil vigente, nos seus primeiros incisos (I a V), considera impedimento matrimonial capaz de gerar a nulidade do casamento (CC, art. 1.548, II), o matrimônio entre parentes próximos. Assim, não é possível o casamento entre parentes em linha reta (ascendentes e descendentes), de acordo com o inciso I do citado artigo. A seguir, a lei civil impede o casamento entre parentes por afinidade (inciso II). Neste caso, a norma precisa ser completada pelo art. 1.595, que disciplina que o cônjuge ou companheiro é “aliado aos parentes do outro pelo vínculo de afinidade”, estabelecendo o parágrafo 1º deste dispositivo, que a afinidade “limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro”, sendo que só na linha reta o parentesco por afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável” (§ 2º do art. 1.595 do CC).

Já pelo inciso IV do art. 1.521 do Código Civil não podem casar-se os parentes colaterais até terceiro grau. Isto significa que irmãos, que são parentes de segundo grau na linha colateral, estão impedidos para o casamento. Além deles, estariam impossibilitados de contrair núpcias tio/tia e sobrinha/sobrinho. Esta, aliás, previsão idêntica à do Código Civil (art. 183, IV). Em 19 de abril de 1941, porém, entrou

³⁴ V. nota 3 do artigo.

³⁵ Como mencionado no n. 1 do artigo, nos países em que o incesto não constitui figura delituosa específica, os respectivos ordenamentos fazem uso de medidas preventivas para evitá-lo, principalmente no campo do Direito de Família. Isso é o que acontece, de fato, no Brasil.

184 em vigor o Decreto-Lei nº 3200. Este, ao disciplinar sobre a organização e a proteção da família, autorizou o casamento entre parentes colaterais de terceiro grau, consanguíneos³⁶, desde que se submetessem a um exame pré-nupcial³⁷ que desse pela possibilidade do matrimônio. Em outras palavras, se não houvesse riscos eugênicos, o matrimônio entre eles não estaria impedido. Apesar de a nova lei civil ter repetido literalmente o que já constava do Código Civil de 1916, o que significaria ter o legislador voltado a proibir o casamento entre colaterais de terceiro grau, a interpretação mais condizente com a realidade é a de que o matrimônio poderá ser celebrado, desde que os nubentes façam o exame pré-nupcial. Este é o entendimento praticamente unânime de todos aqueles que lidam com essa problemática no seu dia-a-dia. Assim, contrariamente ao que disciplina o texto legal, o casamento entre parentes colaterais do terceiro grau tem sido autorizado. E se este for o caso, não se tratará de relação incestuosa que gerará a nulidade do casamento.

No direito brasileiro, portanto, ainda que não se considere o incesto como crime típico, a sanção à prática existe onde ela mais interessa, isto é, no âmbito da proteção da vida familiar, como afirmado no texto e pelas decisões do Tribunal Federal Constitucional alemão.

Bibliografia

ANDRADE, Fabiana Pereira de. **Labirintos do incesto**: o relato de uma sobrevivente. São Paulo, 1998.

BISCARO, Regina. **Incesto**: um fenômeno arquetípico. São Paulo, 2003.

FAIMAN, Carla Júlia Segre. **Abuso sexual em família**: a violência do incesto à luz da psicanálise. São Paulo, 2004.

FROMMEL, Monika. In: KINDHÄUSER, Urs. NEUMANN, Ulfrid. PAIFFGEN, Hans-Ullrich. (Coord). **Kommentar zum Strafgesetzbuch**. Baden-Baden: Nomos, 2004.

KÜHL, Christian. **Kommentar zum Strafgesetzbuch**. Munique: Beck, 2007.

LAMEGO, José. Elogio do Doutor Winfried Hassemer, in: **Lusíada – Direito**, 2007.

MAGALHÃES, Ana Paula. **Abuso sexual incestuoso**: um tema centrado na criança e na família. Rio de Janeiro, 2005.

³⁶ O art. 1.521 não menciona o fato de os parentes colaterais impedidos para o casamento serem os consanguíneos. Esta verdade resulta do entendimento do que consta do já citado art. 1.595 da lei civil, que cuida do parentesco por afinidade. Por este texto só está impedido o casamento na linha reta ascendente-descendente, mesmo que o casamento ou a união estável tenha sido desfeito. Os parentes por afinidade na linha colateral, portanto, ainda que de segundo grau, não estão incluídos nessa proibição.

³⁷ Os arts. 1º a 3º do Decreto-Lei nº 3.200/41 disciplinam o exame pré-nupcial.

MÖSL, Albert. In: **Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch**. Berlim: de Gruyter, 1974. 185

OTTO, Harro. **Grundkurs Strafrecht II**. Berlim: de Gruyter, 2005.

PIZÁ, Graça. BARBOSA, Gabriella Ferrarese. **A violência silenciosa do incesto**. Rio de Janeiro, 2004

SCHÖNKE, Adolf. SCHRÖDER, Horst. **Kommentar zum Strafgesetzbuch**. Munique, Beck, 2006.

SCHÖNKE-SCHRÖDER. **Kommentar zum Strafgesetzbuch**. Munique: Beck, 2006.

SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.