

O CASAMENTO DA OFENDIDA COM TERCEIRO COMO CAUSA
EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE, NOS CRIMES CONTRA OS COS-
TUMES

MARCELO FORTES BARBOSA

Procurador da Justiça

Após marchas e contramarchas o legislador brasileiro, através da Lei n. 6.416, de 1977, resolveu consagrar em dispositivo inserido no Código Penal, através de inciso IX, do artigo 108, a Súmula 388 do Pretório Excelso, que o próprio Supremo Tribunal Federal revogara, em sessão de 16.10.75.

É bem verdade que a redação não é a mesma, mas a própria Emenda 26, do senador Henrique de La Roque, do Maranhão, se refere expressamente, que a inserção do dispositivo na legislação viria justificar o grande alcance social da mencionada súmula e seria uma consagração legal da mesma.

Com efeito, rezava a Súmula 388:

“O casamento da ofendida com quem não seja o ofensor faz cessar a qualidade do seu representante legal e a ação penal só pode prosseguir por iniciativa da própria ofendida, observados os prazos legais de decadência e preempção”.

O artigo 108, inciso IX, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 6.416, de 1977, por sua vez, assinala:

Extingue-se a punibilidade...

“pelo casamento da ofendida com o terceiro nos crimes referidos no inciso anterior, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de 60 dias a contar da celebração;”

A inovação legal veio, como bem assinala Paulo José da Costa Júnior (“A nova Lei Penal”, “A nova Lei Processual Penal”, juntamente com Ada Pellegrini Grinover, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 63) preencher a lacuna deixada com a revogação da Súmula 388, que, de maneira notada, resolvia situações de interesse para a paz familiar e atendia os reclamos sociais.

Mas é certo que a resistência à Súmula 388 já se fazia notar antes de sua revogação, pois o Código Penal de 1969, na plena vigência da mesma, simplesmente a ignorou, não levando em consideração a realidade dos costumes de nosso tempo, pois, após resolver o maior obstáculo prático à aplicabilidade da referida Súmula, que era justamente o perigo representado pela violência aos crimes contra os costumes, os quais poderiam restar

impunes com a não ratificação da representação pela ofendida ou seus representantes legais, introduzindo a salutar publicidade da ação penal, em caráter exclusivo nos casos de crimes contra os costumes agravados pelo resultado, lesões graves ou morte (artigo 249, § 1.º, inciso I), introduziu na legislação substantiva o dispositivo relativo à irretratibilidade da representação (artigo 104) que o próprio Anteprojeto do Código de Processo Penal de José Frederico Marques havia abandonado, pois não repetira o disposto no artigo 25 do Código de Processo Penal em vigor (cf. artigos 269 a 272, § 4.º e artigos 5.º a 10, parágrafo único do referido anteprojeto).

Na realidade ignorou-se a finalidade da Súmula e seu aspecto técnico, pois a mesma contestava, em verdade, a absolutez do princípio da irretratibilidade da representação; após a instauração da ação penal.

O que se temeu foi que a adoção do princípio da legalidade mitigada, preconizado no passado por José Frederico Marques e Euclides Custódio da Silveira se fizesse presente, mas sem dúvida, se ignorou na época que a supressão do artigo 42, do atual Código de Processo Penal no Anteprojeto Frederico Marques, foi uma espécie de ponto final na irretratibilidade absoluta da ação penal e no próprio princípio da obrigatoriedade em sentido total.

A nova Lei n. 6.416, de 1977 tratou do problema não só no aspecto penal, instituindo uma nova causa de extinção de punibilidade ainda não bem esclarecida, como assinala Paulo José da Costa Júnior (op. cit. fls. 64), como também no aspecto processual, sem esclarecer contudo se a ação penal ali referida é apenas a pública ou, também a privada, como seria natural.

De qualquer modo, antes de analisarmos o problema com maior profundidade, nos propomos a estabelecer certos pressupostos históricos do mesmo, mostrando, em profundidade, como surgiu a temática do casamento da ofendida com terceiro em nosso Direito Penal, através dos tempos.

HISTÓRICO DA QUESTÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ESTRANGEIRA

Como já dissemos em nosso trabalho apresentado ao "I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo", realizado em 1971, sobre o mesmo assunto (vide, "Anais", vol. I, págs. 303/309), o problema já é antigo em nosso Direito Penal e mais se acirram as discussões quando as tendências as mais rígidas ou menos rígidas a respeito da constituição da família ou dos costumes em geral passam a oscilar.

É certo que, com as oscilações, os bens jurídicos penalmente tutelados passam a ser indefinidos, ora optando-se pelo maior interesse em se proteger a família, ora optando-se pelo maior interesse em se proteger o pudor feminino, os costumes, no sentido expresso da palavra, sem deixar de ser importante o aspecto relativo aos impedimentos e precauções de ordem econômica, para se evitar os acordos pouco lúcidos e morais trazidos à lume pelo problema.

Assim, mesmo na legislação, uma ou outra tendência.

Como assinalamos no trabalho mencionado, a norma do casamento da ofendida com o agente em nosso Direito como causa extintiva da punibilidade, provém das Ordenanças Filipinas.

Com efeito, a Ordenação do livro 5, título 28 preceituava:

"Mandamos que o homem que dormir com mulher virgem, por sua vontade, case com ela, se ela for convinhável e de condição para com ela casar.

Não casando, e não querendo ela casar com ele, seja condenado".

No mesmo sentido, posteriormente, apresentava-se a norma do artigo 225 do Código Criminal de 1830, que dispunha:

"Não haverão as penas dos três artigos antecedentes, os réus que casarem com as ofendidas."

"Também aludiam ao casamento voluntário da ofendida com o próprio ofensor, e não com terceiros, os antigos Códigos Português, artigo 400, Francês, artigo 357, Italiano (Código de Zanardelli), artigo 352, Espanhol artigo 463, Argentino, artigo 140, Húngaro, artigo 238.

Em sentido contrário, sem se referir a casamento com terceiro, mas apenas ao casamento da ofendida, o Código Penal Alemão, artigo 239, o Código Sueco, o Código Dinamarquês, o da Polônia, artigo 257 e o Filandês.

O artigo do Código Português acrescentava no artigo 399, parágrafo único que:

"Depois de dada a denúncia e instaurado o processo criminal, o perdão ou a desistência da parte não susta o procedimento criminal."

"Mas, já naqueles tempos, argumentava Thonissen que, uma exceção poderia ser admitida à regra geral, isto é, "não prosseguir-se com o processo, se a parte ofendida desiste de impulsionar a ação do Ministério Público, antes de iniciado qualquer ato, e, se apenas foi dada a intervenção do Ministério Público provocada pela queixa da ofendida, mas ainda não se realizaram quaisquer atos do processo, tais como, qualificação do réu, inquirição de testemunhas, etc." ("Trabalhos preparatórios do Código de Processo Penal Belga", vol. I, pág. 6).

Com o advento do Código Penal Brasileiro de 1890, e do seu artigo 276, parágrafo único, começaram a surgir, em nosso país, as divergências que se estenderam durante meio século.

O dispositivo acima invocado dizia:

"Não haverá lugar à imposição de pena de seguir o casamento, a aprazimento do representante legal da ofendida, ou do Juiz de órfãos, nos casos em que lhe compete dar ou suprir o consentimento, ou o aprazimento da ofendida, se for maior".

Galdino Siqueira, comentando o dispositivo, manifestava-se contrário ao casamento da ofendida com estranho, dizendo:

"É também de toda evidência, e de admirar que se tenha procurado argumentar em contrário, que o casamento para o efeito da escusa, deve ser realizado com o próprio culpado, pessoal que é responsabilidade criminal." ("Direito Penal Brasileiro", parte especial, pág. 482).

Mas, o mesmo Galdino ressaltava a divergência existente na jurisprudência citando o acórdão abaixo, além de outros:

"A ação penal por crime de violência carnal, não fica perempta, pelo fato de ter a ofendida, após o início de processo, se casado com terceiro, visto como o casamento a que se refere o artigo 276, parágrafo único, do Código Penal, é o do próprio réu."

"Dá-se porém, a perempção da mesma ação por desaparecer na ofendida a qualidade de miserável, nos termos do artigo 274, § 1.º do Código Penal, que originou a intervenção do Promotor Público como representante da mesma ofendida". Provado que esta se casou, desde o momento do seu casamento, seu marido tornou-se representante legal em Juízo, e era necessário para que continuasse legítima a intervenção do Promotor Público, que o mesmo marido provasse sua miserabilidade.

Nada constando nos autos sobre isso, a perempção da ação é inquestionável" (op. cit. pág. 484, Ac. da 3.ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, em 27 de dezembro de 1913).

Galdino Siqueira manteve sua posição, conforme se verifica do "Tratado do Direito Penal", vol. II, pág. 846, na vigência do Código atual.

Já o pranteado Viveiros de Castro, inicialmente da mesma opinião de Galdino, posteriormente modificou a sua opinião, afirmando:

"Dada a queixa pelo representante legal da ofendida, iniciada a ação, se a ofendida casar-se com outro indivíduo, o processo contra o seu violador, não pode continuar sem o consentimento expresso do marido.

Com o casamento, extingue-se o pátrio poder, e o marido fica investido na representação legal da família.

A mulher não pode continuar em Juízo sem o seu consentimento. E, pela natureza melindrosa e delicada da causa, não pode ser presumido este consentimento, é indispensável ato jurídico que expressamente o ateste e confirme".

O casamento tornou a mulher co-proprietária do nome do marido, e, para que sua honra continue em discussão e seja objeto de um debate público, é preciso que o marido positivamente o queira" ("Os Delitos Contra a Honra da Mulher", pág. 192)."

E, com relação ao requisito da miserabilidade acrescenta:

"Ora, do recolhimento ou não reconhecimento da miserabilidade, importa a competência ou a incompetência do Ministério Público para iniciar a ação e conseqüentemente a validade ou a nulidade do processo" (op. cit. pág. 189).

Como se pode verificar, o núcleo da questão, para os que admitiam o casamento da ofendida com terceiro, está no fato de desaparecer o estado de miserabilidade da ofendida com o casamento ou não, coisa que só poderia saber-se, com a ratificação, pelo marido da representação. Caso o marido o fizesse, presumia-se que a miserabilidade tivesse caído por terra, e, conseqüentemente, tornava perempta a instância, sendo considerado o Ministério Público parte ilegítima para prosseguir na ação penal, pela perda da titularidade do Direito de agir (*legitimatío ad causam*).

DIVERGÊNCIAS NA DOCTRINA APÓS A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE 1940

Após a vigência do Código Penal de 1940 e também do Código de Processo Penal de 1941, tal tese passou a esbarrar na irretratabilidade da representação, após oferecida a denúncia, prevista no artigo 25 do Código de Processo Penal.

A quase unanimidade dos autores pátrios, concluía com o emitente Aníbal Bruno, que diz:

"É preciso que o agente mesmo se case com a vítima, e não que esta contrate matrimônio com outrem".

"O que a lei exige, para a extinção da punibilidade, não é que a vítima se tenha feito na desonra, mas assim que o próprio agente venha oferecer-lhe a reparação máxima do dano que causou, o que só pode fazer, casando-se ele mesmo com ela". ("Direito Penal", vol. I tomo III, pág. 227).

No mesmo sentido o entendimento de José Frederico Marques ("Curso", vol. III, pág. 429).

E ainda, o de Basileu Garcia, com uma ressalva:

"Assim não importa que, pelo matrimônio, a mulher agravada em sua honra se torne dona de bens e se livre da pobreza que justificou a ação pública."

"E será baldado queiram ela e o consorte pôr uma pedra sobre o processo."

"Delineiam-se, por vezes, situações delicadas as quais, compadecidamente, os órgãos judicantes estimariam poder atender."

"A lei os impede, porque, visando os casos gerais, entendeu que a reparação do mal para relevar a pena, deve ser realizada por quem o produziu."

De outro lado, o consagrado mestre argumenta:

"haveria a temer os conchavos imorais, corvejando em torno de pessoas humildes que, na sua desgraça, seriam pasto da mais ignóbil exploração" ("Instituições, vol. I, tomo II, pág. 690).

Argumento idêntico é o usado por Vicente Piragibe, na vigência do Código Penal de 1890 ("Legislação Penal do Brasil e do Estrangeiro", vol. I, 1932, pág. 135, n. 451).

Magalhães Noronha, por sua vez, após mostrar-se contrário ao casamento da ofendida com terceiro, "pois quando o agente casa há presunção de arrependimento a regeneração", afirma que existe um argumento ponderável em favor dos que são favoráveis ao casamento da ofendida com terceiro, que é "o sossego, a paz e a moralidade das famílias", que aliás, levaram o legislador de 1940 a instituir a ação privada na espécie" ("Código Penal Brasileiro Comentado" vol. 8.º, pág. 410).

Aluisio de Carvalho Filho, todavia, com rara felicidade, rebate os argumentos de ordem moral e social, assinalando a possibilidade da aversão entre os cônjuges ser demasiado grande para que a união vingue e mostrando a artificialidade de casamentos constituídos por imposição meramente legal.

De outro lado, o que interessa para a sociedade é o casamento da ofendida, pouco importa com quem, pois o objetivo é a paz e a segurança da organização familiar.

Quanto ao aspecto jurídico-penal, argumenta o mestre baiano que o casamento da ofendida com o ofensor tem o efeito mais amplo, de extinguir o crime e a pena, ao passo que o casamento da ofendida com terceiro extingue a ação penal e não o crime, já que o casamento da ofendida altera a sua condição de miserabilidade e torna desnecessária a intervenção do Ministério Público, devolvendo a titularidade da ação penal ao marido.

Após citar uma série de Acórdãos que se manifestam favoravelmente a tese da "perempção da ação penal" no caso de casamento da ofendida com terceiro, antes da Súmula 388, o autor conclui favoravelmente a este ponto de vista e não temos dúvidas em afirmar que, sob sua influência foi elaborada a Súmula referida ("Comentários ao Código Penal", vol. IV pág. 325").

A LEI N. 6.416, DE 1977 E A NATUREZA JURÍDICA DA NOVA CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE

Na vigência da Súmula 388, em nosso trabalho já citado, observamos que "a não ratificação da representação por inexistir a miserabilidade posterior ao casamento implica na abertura de vistas à ofendida para que, observados os prazos de decadência, possa mover a competente queixa crime" e isto por que entendíamos que o que ocorria "era a preclusão da ação do Ministério Público, até que a ofendida resolva ratificar a representação, se provar que a miserabilidade permanece após a realização do casamento" (op. cit. pág. 307).

Agora, porém, diante da redação do inciso IX do artigo 108 do Código Penal, urge indagar-se da natureza jurídica da causa de extinção de punibilidade em tela, já que o assunto pode ter saído do terreno processual penal e enveredando para o terreno penal.

Trata-se de uma causa de extinção da ação penal, como queria Aloizio de Carvalho Filho? e se assim o é, que causa?

Paulo José da Costa Júnior indaga com veemência:

"A qual dos sistemas constantes do estatuto penal iria integrar-se a nova causa extintiva? De prescrição não se trata. Perdão também não é. Seria então perempção? a inércia da ofendida, durante os sessenta dias contados da celebração de seu casamento, poderia ser tida como um caso de perempção, não se tratasse, na espécie, de crime de ação pública." (Op. cit. págs. 64/65).

Depois de concluir pela inexistência de renúncia, por se tratar de ação pública, o mestre da São Francisco conclui que: "Diante do desinteresse manifestado pela ofendida mercê de sua inércia, o Estado perde o legítimo interesse de prosseguir na acusação" (op. cit. pág. 64, *in fine*).

Para ele, existe uma nova causa extintiva de punibilidade que seria, por assim dizer, uma "para-renúncia", ainda não definida pela doutrina e pela jurisprudência.

Entendemos, porém, que se trata de causa extintiva da ação pela ocorrência e preclusão, como já nos manifestamos anteriormente no trabalho mencionado, muito embora a Súmula não esteja mais em vigor e a situação, nove anos depois, seja de direito constituído e não de *lege ferenda*.

Em primeiro lugar, porque entre as causas extintivas de punibilidade previstas no artigo 108 do Código Penal existem várias causas de extinção da ação, como a *novatio legis in melius*, a anistia, etc. e, como diz Magalhães Noronha, o legislador não se preocupou em selecionar as causas e extinção de crimes das de extinção da ação e de pena, misturando-as todas num só dispositivo.

Em segundo lugar, porque embora a preclusão seja um instituto de direito processual penal e não de direito penal, aliás, pouco conhecido no direito processual penal brasileiro (vide a respeito a tese do professor João Martins de Oliveira sobre "A preclusão na dinâmica do processo penal"), a verdade é que é um instituto existente entre nós, não só no capítulo das nulidades (prazos impossíveis de serem ultrapassados, artigo 571 e seus parágrafos, artigo 406, § 2.º, do Código de Processo Penal, e outros casos despachados pelo estatuto processual penal), como também se trata de matéria ligada a ação penal em si que, embora presente no Código Penal, é matéria de ordem processual, como é sabido de todos.

Conforme autores que citamos no trabalho anterior:

"A preclusão é fato processual impeditivo e importa na perda ou na privação de uma faculdade ou de um direito, pelo seu não exercício **ou pela existência de um obstáculo jurídico**" (Stepan Riccio, La "preclusione processuale penale", pág. 12, Milano, 1931).

"A preclusão é o impedimento ao exercício de uma atividade processual constituída por uma atividade ou situação positiva ou negativa incompatível com a situação anteriormente criada". (Remo Pannain, "Le Sanzione degli Atti Processualle Penale" Napoli, 1933, págs. 470/471).

Como vemos, a situação descrita por Riccio se enquadra perfeitamente no nosso ponto de vista e mostra que nada existe que possa impedir que a causa extintiva de punibilidade criada seja uma causa extintiva da ação penal, por via da preclusão.

APLICABILIDADE DO DISPOSITIVO

A magnífica lição do professor Basileu Garcia, na última edição de sua tradicional obra "Instituições de Direito Penal", vol. I, tomo II, págs. 783/784, ed. 1980, esclarece definitivamente, o sentido de aplicabilidade prática do dispositivo, que já começa a atormentar os nossos Tribunais, com dúvidas incessantes.

Diz o grande mestre:

"O casamento da ofendida com terceiro extingue a punibilidade nos crimes de que se trata, contando que não ocorra qualquer uma das causas que o texto prevê:

- a) se o crime for cometido com violência ou grave ameaça;
- b) se a ofendida não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração."

"Portanto, se o crime foi praticado com violência ou grave ameaça, prescinde-se do requerimento da ofendida para se prosseguir na ação penal. E tal requerimento é necessário para se prosseguir na ação penal nos casos mais comuns, em que não há violência nem grave ameaça."

"Se o legislador quisesse significar o que o requerimento da ofendida lhe dá o poder de paralisar a ação penal mesmo que tenha havido violência ou grave ameaça, seria inútil a referência, no texto, a esses entendimentos alternativos".

A evidência que esta posição é a mais correta, daí discordamos do eminente mestre Paulo José da Costa Júnior, que entende ser necessária, na primeira hipótese, a conjugação de dois elementos, quais sejam, além do casamento, que a ofendida não requeira o prosseguimento da ação penal no prazo legal de 60 dias contados da celebração (op. cit. pág. 65).

Como diz Basileu Garcia, se assim fosse o legislador não faria referência a esses elementos alternativos, violência ou grave ameaça, redigindo o texto, ou sem eles, ou assim:

"pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, contando que ela, ocorrendo violência ou grave ameaça não requeira o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração" (op. cit. pág. 783).

De outro lado, ao contrário do que entende Paulo José Costa Júnior, o legislador não distingue entre violência real e violência presumida, não podendo prevalecer tal diferenciação, pois onde a lei não distingue não é dado ao intérprete distinguir.

Também discordamos da afirmação de que o casamento da ofendida com terceiro, se o crime sexual for perpetrado sem violência ou grave ameaça, extingue, desde logo, a punibilidade.

Se assim fosse, desnecessária se faria a alusão aos sessenta dias de prazo para a ocorrência da extinção da ação penal pela preclusão...

A confusão toda se estabeleceu no momento em que o legislador, ao redigir o inciso IX do artigo 108 do Código Penal, ao invés de colocar a disjuntiva "ou" entre as duas hipóteses, colocou a aditiva "e", em sentido figurado, dando impressão da conjugação das duas hipóteses e ligando a desistência do prosseguimento na ação penal à idéia de violência e grave ameaça.

A verdade, porém, é que tal aditiva "e", como bem mostrou Basileu Garcia, só pode ser entendida em sentido figurado, pois a lei não contém palavras inúteis e deve ser considerada em termos interpretativos teleológicos e não meramente literais.

De qualquer maneira, fica claro que o simples casamento da ofendida com terceiro, ainda que ocorra violência ou grave ameaça, não acarreta a extinção da punibilidade e que fora as duas hipóteses mencionadas na lei e sabidamente distintas, não haverá possibilidade de se dar uma interpretação extensiva ao dispositivo, diferente da preconizada pelo professor Basileu Garcia.

A verdade é que, apesar da redação obscura do dispositivo, que dá margens a uma série de entendimentos de caráter duvidoso, o legislador andou bem em reconhecer aquilo que historicamente, era uma realidade e que a Súmula 388 havia provado como viável no sentido social.

BIBLIOGRAFIA

- JOSÉ FREDERICO MARQUES — Curso de Direito Penal, vol. 3.º, Ed. Saraiva. Estudos de Direito Processual Penal, Ed. Forense, 1960).
- GALDINO SIQUEIRA — Direito Penal Brasileiro, Parte Especial, Ed. Jacintho, Rio de Janeiro. Tratado de Direito Penal, vol. II, Ed. José Konfino.
- VIVEIROS DE CASTRO — Os Delitos contra a Honra da Mulher, Rio, 1910.
- ANÍBAL BRUNO, Direito Penal, vol. III, Ed. Forense.
- BASILEU GARCIA, Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo II, ed. de 1980 e ed. de 1957.
- EDGARD DE MAGALHÃES NORONHA, Direito Penal, vol. I, e Código Penal Brasileiro Comentado, vol. 8.º — Ed. Saraiva.
- ALOIZIO DE CARVALHO FILHO, Comentários ao Código Penal, vol. IV, Ed. Forense.
- PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR E ADA PELEGRINI GRINOVER, Ed. Revista dos Tribunais, A Nova Lei Penal, A Nova Lei Processual Penal.
- MARCELO FORTES BARBOSA, A Súmula 388 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e o novo Código Penal — "Anais do I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo", vol. I, págs. 303/309.