

O CASAMENTO DA OFENDIDA E OS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO

1. Os crimes contra os costumes, de regra, são de ação penal privada, consoante dispõe o artigo 225 *caput* do Código Penal. São de ação penal pública incondicionada em duas hipóteses: a) quando o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; b) se a violência empregada resultar lesão corporal grave ou morte.

Salvante essas duas últimas hipóteses (artigo 225, § 1.º, n.º II do C. Penal), são eles de ação penal pública condicionada à representação, se a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família.

2. Sendo o crime de ação privada, a ofendida ou seu representante legal exercerá o direito de queixa se quiser. Mesmo proposta a ação penal, poderá o querelante dispor do conteúdo material do processo, enquanto não transitar em julgado eventual sentença condenatória, como se infere dos artigos 60 do Cód. de Proc. Penal e 107, § 3.º, do Código Penal.

3. Se de ação pública condicionada à representação, esta deverá ser feita a qualquer das autoridades a que se refere o art. 39 do C.P.P., dentro do prazo de seis meses a partir da data em que a pessoa investida do direito de representação vier a saber quem foi o autor do crime, respeitado, é lógico, o lapso prescricional. Mesmo feita a representação, nada obsta possa haver um recuo. Na verdade, consoante o artigo 25 do Código de Processo Penal, possível será a retratação da representação enquanto não for ofertada a denúncia. Tal retratação, embora não elencada no art. 108 do Código Penal, tem, indistintamente, a força de causa extintiva de punibilidade, equivalente que é à renúncia. Contudo, uma vez oferecida a peça acusatória, a ação penal passará a ser disciplinada, semelhantemente ao que ocorre com a ação penal pública incondicionada, pelo princípio da indisponibilidade.

4. Nos crimes contra os costumes, sejam de ação privada, sejam de ação pública condicionada, o casamento do ofensor com a ofendida — *subsequens matrimonium* — constitui causa extintiva da punibilidade. Se tal fato ocorrer antes do inquérito, este não será instaurado; se durante, não poderá prosseguir. Se no curso da ação penal, esta não mais terá andamento; se após sentença penal condenatória irrecorrível, a pena não será cumprida, embora, nesse caso, o réu perca a sua primariedade, uma vez que o *subsequens matrimonium* não é causa de exclusão de crime, e sim da pena.

5. Se o ofensor quiser reparar o mal com o casamento e a ofendida recusar a proposta, não haverá excogitar-se de extinção da punibilidade, pois, para tanto, haverá indeclinável necessidade da realização do matrimônio. Idêntica será a solução, se os pais da ofendida não derem o assentimento, a menos que o Juiz venha a suprir-lhes o consentimento, tal como previsto no artigo 185 do Código Civil. Em suma: a extinção da punibilidade, com fulcro no art. 108, n.º VIII do Código Penal somente ocorrerá se o casamento for realizado.

6. Se o crime for praticado por duas ou mais pessoas (co-autoria) e um dos autores vier a casar-se com a ofendida, a extinção da punibilidade alcançará os demais partícipes. Nesse sentido, os irrespondíveis argumentos de *Basileu Garcia*, in "Instituições de Direito Penal", vol. II, págs. 692 e seguintes, *Magalhães Noronha*, in "Crimes Contra os Costumes", págs. 468 e seguintes e *Nelson Hungria*, in "Comentários", vol. VIII/235.

7. E se a vítima for do sexo masculino? Também haverá a extinção da punibilidade, em face da admissão da analogia *in bonam partem*.

8. E se o casamento vier a ser anulado? Tendo o Juiz decretada extinta a punibilidade e, uma vez transitada em julgado tal decisão — que é terminativa de mérito — não pode a ação penal prosseguir. *Magalhães Noronha*, focalizando o assunto, preleciona que se o réu, tendo evitado a punição porque se casou com a ofendida, conseguir mais tarde anular o casamento, cessará a causa que extinguiu a punibilidade, donde, conseqüentemente, deverá a pena ser executada; mas, caso ainda não haja sido processado, deverá o procedimento judicial ter início. Se assim não fosse, obtempera o mestre, permitir-se-ia que ele burlasse a lei; aqui, evitaria a pena com o casamento; lá, se furtaria às obrigações que este impõe, anulando-o. E arremata: o mais alto Tribunal do país já teve ocasião de manifestar-se em tal hipótese, concluindo que o casamento declarado nulo não isenta o criminoso da ação penal, enquanto esta não estiver prescrita (Cfr. "Dos Crimes Contra os Costumes", pág. 404).

Também *Manzini*: "Il matrimonio, utile per l'es tinzione del reato, é naturalmente quello legale e valido: non quindi il matrimonio semplicemente religioso o nullo per qualsiasi motivo" (Diritto Penale, vol. VII/561).

Sem nenhum desar aos alumiados mestres, ousamos deles dissentir. É natural que somente o casamento válido terá a força necessária para determinar a extinção da punibilidade. Se o casamento for declarado nulo sem que haja sido decretada extinta a punibilidade (o que pode ocorrer, nem se instaurou inquérito), nada obsta se dê início à persecução, se ainda for possível. Todavia, se o Juiz decretou a extinção da punibilidade, transitada em julgado tal decisão — que é terminativa de mérito — não poderá, no nosso direito, ser

reaberta a causa penal. Mesmo que não tenha sido instaurada a instância penal, se havia simples inquérito e foi decretada extinta a punibilidade, em face do *subsequens matrimonium*", transitada em julgado tal decisão, *tollitur quaestio*". Do contrário, por via oblíqua, admitir-se-ia entre nós a revisão *pro-societate*. E, como no nosso direito, a revisão constitui sempre garantia individual, direito exclusivo do condenado, seria estranho que se vivificasse um processo, contra o réu, tendo havido decisão, com trânsito em julgado, negando a relação jurídico-material.

Com elevado acerto, ensina *Frederico Marques* que o nosso direito não admite qualquer forma de revisão contra o réu e nisso consistiria, sob forma oblíqua, a restauração do estado anterior ao casamento que se anulou (Cf. "Curso de Direito Penal", vol. III/429).

Assim, realizado o casamento e decretada extinta a punibilidade por sentença trântita em julgado, se aquele for anulado, impossível o retorno ao *stato quo ante*, isto é, se a extinção ocorreu na fase do inquérito, não poderá ser iniciada a ação penal. Se decretada no curso do processo, este não poderá prosseguir. Se, após sentença condenatória, não cumprirá o réu a pena que lhe foi imposta.

Quando o Juiz julga extinta a punibilidade, outra coisa não faz senão proferir decisão de mérito, ou preliminar de mérito, como quer *Frederico Marques* (Cfr. "Elementos", vol. II, n.º 406).

Tanto isso é verdade que se o Juiz, no curso do processo, decretar extinta a punibilidade, a rigor, tal decisão é absolutório em sentido amplo, muito embora não elencada no artigo 386 do C.P.P.. É que o Juiz, reconhecendo a inexistência do *jus puniendi*, nega a relação jurídico-material, questão de mérito, evidentemente. Ora, as decisões que incidem sobre o mérito, se não comportarem mais recurso, produzirão a coisa julgada material e, assim, não terá sentido o prosseguimento da causa, uma vez anulado o casamento.

É de se acentuar que o entendimento de *Noronha* encontra ressonância no pensamento de *Hungria*, para quem a superveniente anulação do casamento faz reviver a punibilidade (Cfr. ob. cit. vol. VIII/235).

O problema é idêntico ao da extinção da punibilidade pela morte do agente. Juntando-se ao processo certidão comprobatória de que o réu faleceu e, aparecendo ele, "vivo da silva", após o trânsito em julgado da decisão que decretou extinta a punibilidade, poderá o processo prosseguir? Responde *Basileu Garcia*: Não. Restará, apenas, proceder-se por falsidade contra os responsáveis pela elaboração e pelo uso do documento destinado a provar o óbito fictício (Cfr. "Instituições", vol. II/665). No mesmo sentido, *Damásio E. de Jesus* (Cfr. "Direito Penal", vol. II/498). Não temos no direito pátrio disposição similar àquela do art. 89 do Código de Processo Penal italiano.

Repita-se: quando o Juiz decreta a extinção da punibilidade, outra coisa não faz senão apreciar questão de mérito, e faz coisa

julgada material decisões dessa natureza. De sorte que, transitada em julgado a decisão que decretou a extinção da punibilidade, não só se torna inimpugnável o ato jurisdicional, como também não se admite restauração da causa em qualquer outro juízo. *Res judicata pro veritate habetur.*

9. E se a ofendida convolar núpcias com terceiro? Nos crimes de ação pública condicionada à representação, esta deverá ser feita dentro no prazo de seis meses a partir da data em que a pessoa investida do respectivo direito, vier a saber quem foi o autor do crime. Contudo, permite o art. 25 do Código de Processo Penal, possa o seu titular retratar-se, retroceder, dando o dito pelo não dito, conquanto o faça antes do oferecimento da peça acusatória. Tal retratação, embora não elencada no artigo 108 do Código Penal, tem, indistintamente, a força de causa extintiva da punibilidade, equivalente que é, à renúncia.

Cumpra observar, todavia, que nos termos do artigo 25 supra-citado, uma vez feita a representação, isto é, dada a permissão para a instauração da persecução e, oferecida a denúncia, a ação penal passa a ser regida pelo princípio da indisponibilidade, sendo de todo irrelevante a manifestação de vontade de quem fez a representação, ou mesmo do Ministério Público, no sentido de dispor do conteúdo material do processo, em face do princípio da indisponibilidade que rege a ação penal pública, ex-vi do artigo 42 do Código de Processo Penal.

Sem embargo da regra contida no artigo 25 do estatuto processual-penal, o Excelso Pretório, atentando para o fato de que o casamento da ofendida com terceiro, nos crimes contra os costumes, não constituía causa extintiva da punibilidade, procurou, por via oblíqua, chegar a uma situação semelhante, decidindo que, na hipótese de a ofendida contrair núpcias com outra pessoa que não o ofensor, a ação penal somente poderia prosseguir por iniciativa da própria ofendida, respeitados os prazos legais de decadência e perempção, mesmo porque o casamento fazia cessar a qualidade do seu representante legal. Tal entendimento ficou condensado na Súmula 388.

Deixava entrever o enunciado da Súmula: a) se o terceiro com quem a ofendida se casasse fosse pessoa de posses, perderia ela a condição de miserável e, então, não haveria mais razão de estar o Ministério Público à frente do processo, passando a ação penal a ser de natureza privada, e, nesse caso, cumpriria à própria ofendida, com 18 anos, e satisfeita a exigência do art. 35 do C.P.P., dar prosseguimento à ação, sob pena de perempção; b) se, a despeito de casada continuasse miserável, caberia a ela própria, se com 18 anos, ou ao seu marido, houvesse ou não atingido aquela idade, ratificar a representação, sob pena de decadência. Assim, se durante o semestre que se seguisse ao casamento, não houvesse a ratificação da representação, extinguir-se-ia a punibilidade, ou, na

hipótese de haver a ofendida perdido a condição de miserável (pelo fato de haver se casado com pessoa de posses), haveria a perempção, se ela ou seu marido não dessem prosseguimento à ação, nos termos do art. 60, inciso I do Cód. de Proc. Penal.

Sem embargo das críticas que a Súmula 388 sofreu, nós a considerávamos sublimemente criação pretoriana *contra-legem*.

A primeira hipótese não oferecia maior dificuldade de entendimento. Nos crimes contra os costumes, a ação penal não é privada? Por que razão, quando pobre a ofendida, a ação penal não continuaria exclusiva do particular? Por ser pobre e não poder pagar as custas do processo? Mas, nos demais crimes de alçada privada, quando o ofendido é pobre, não pode o Juiz nomear um advogado para exercer o direito de queixa, nos termos do art. 32 do Cód. de Proc. Penal? Claro que sim. E por que não podia (como não pode) fazê-lo nos crimes contra os costumes? É que, sendo a ofendida pobre, haveria a possibilidade de, no curso do processo, surgirem transações vergonhosas entre a ofendida (ou seus familiares) e o ofensor, dando margem ao perdão ou à perempção, causas que extinguem a punibilidade nos crimes de alçada privada. A pobreza, em crimes que tais, franquearia as portas a conchavos pouco honrosos. Para coibir tais abusos, possíveis nesses crimes, principalmente tratando-se de ofendida pobre, o Estado, então, limitou-se a subordinar a propositura da ação pelo Ministério Público, a uma simples manifestação de vontade da ofendida ou quem de direito. Esta manifestação de vontade é a representação. Feita esta e, uma vez ofertada a denúncia, não haverá mais possibilidade de perdão, perempção e, enfim, de desistência da ação, o que ocorreria ou poderia ocorrer, se a titularidade da ação ficasse a cargo do próprio interessado. Em suma: com a medida tomada pelo Estado, ficou cerceada a possibilidade daqueles conluios. Essa a *ratio essendi* do § 2.º do art. 225 do Código Penal.

Ora, se a ofendida casou-se com terceiro de posses, o receio de conluios vergonhosos não teria razão de ser e, por isso, injustificável seria a permanência do Ministério Público à frente do processo.

Se a miserabilidade da ofendida é condição que confere, ao lado da representação, legitimidade ao Ministério Público para a promoção da ação penal, é intuitivo que, cessado o estado de pobreza, indevida seria a permanência do Ministério Público como *dominus litis*.

Note-se que, nesses crimes, representação e miserabilidade da ofendida formam um todo homogêneo para conferir legitimidade à ação do Ministério Público. Ausente a representação, não será possível o ajuizamento da acusação. Não o será, também, se não se fizer prova da miserabilidade. Se a ausência da representação não for notada, pelo Juiz, no despacho liminar positivo e sim, no curso do processo, este será anulado, ante a ausência daquela con-

dição específica da ação. E se a ofendida viesse a contrair núpcias com terceiro de posses? Tal situação não faria cessar aquela condição que conferiu ao Ministério Público legitimidade para atuar? Cessada a causa, cessam os efeitos.

Na segunda hipótese (ofendida que se casa com terceiro pobre), embora o problema se ouriçasse de dificuldades, em face da regra contida no art. 25 do Código de Processo Penal, a Excelsa Corte, magnificamente, embora decidindo *contra legem*, não julgou *contra jus*, decidiu, antes, *pro jure contra legem*. Já se disse que a lógica dos conceitos não resiste à lógica das realidades. A finalidade da Justiça não reside no culto da lei, mas, no atendimento aos fins sociais dominantes e às exigências do bem comum. Que vantagens seriam auferidas pela sociedade se o processo pudesse prosseguir, contra a vontade da ofendida e do seu marido? E quanto não ganharia o desafortunado casal com o silêncio imposto pelo trancamento da relação processual!

Constituindo o lar, a ofendida e seu esposo querem e pretendem paz e tranqüilidade. A vivificação do passado, para eles, é um verdadeiro tormento que só lhes traz dissabores, amargos dissabores. As razões sociais, nesses casos, falam mais alto que a própria lei.

Se é dever do Estado amparar a família; se, em numerosos casos, o Poder Público, através dos seus órgãos, interfere nas relações reguladas pelo Direito de Família, tutelando-as, resguardando-as e salvaguardando-as, não há dúvida de que a Súmula 388, embora arredada da lei, não feriu o direito. Procurou, antes, abrigar a família da repercussão de certos fatos que, inegavelmente, criariam um mal-estar de todo insuportável pelo casal.

Nos crimes sexuais o legislador protege os bons costumes, isto é, o mínimo de ética sexual exigido na sociedade. Mas, tutela e ampara, também, e em particular, a ofendida, em face do desamparo a que fica sujeita, ante a dificuldade de convolar núpcias, tomando, por isso mesmo, às vezes, o caminho dos prostíbulos. Em suma: fica ela despida de boa fama. E tanto isso é exato que o *subsequens matrimonium*, isto é, o casamento do agente com a ofendida, "recolocando a mulher na estima social", é causa extintiva da punibilidade, pouco importando que o casamento ocorra antes, durante ou após o processo. Ocorre, muitas vezes, que o casamento do agente com a ofendida não passa de mero expediente para iludir a Justiça. Celebrado o ato (e é o *quantum satis* para ser decretada extinta a punibilidade), logo em seguida o casamento se desfaz. Casada, mas sem marido, porque este a abandonou à porta do pretório, a infeliz vítima não pode convolar novas núpcias. Entretanto, a esse casamento de *fachada*, a esse ato de fancaria, se atribuem efeitos e conseqüências extraordinárias: se o processo não foi instaurado, não mais poderá sê-lo; se já o foi, será trancado; se já se proferiu sentença condenatória, não cumprirá pena, pouco importando se primário ou reincidente. Profundo silêncio desce sobre o processo.

E quando surge um terceiro, inteiramente alheio à lide penal, demonstrando profundo afeto à ofendida, com ela convolvando núpcias e elevando-a à estima social, não deveriam ele e ela ter direito à paz e tranqüilidade?

Não merece esse esposo mais respeito que o outro?

A sociedade interessa mais, e muito mais, o respeito ao novo lar do que mesmo a punição do ofensor.

Aliás, antes do surgimento da Súmula 388, e na vigência dos nossos Códigos de Processo Penal e Penal, o ex-Ministro Castro Nunes observava em voto vencido: "O objeto supremo da lei, em tais casos, é o interesse da mulher seduzida, e, assim, menos punir o ofensor do que prestigiar o casamento, como elemento de definição da família legítima" (Cfr. Revista Forense, 1948, vol. 117/274).

Não se podia, pois, *in casu*, render imoderada vassalagem ao texto do art. 25 do Código de Processo Penal, em face das razões que levaram o legislador a subordinar a propositura da ação penal, pelo Ministério Público, nos crimes contra os costumes, quando a ofendida fosse pobre. Problema tão delicado e de acentuado alcance social não podia ser solucionado com as filigranas da lei. O Juiz não podia desempenhar o papel de Sherlock, medindo milímetro por milímetro a extensão da norma, tanto mais quanto é certo que nenhum direito pode ser exercido em contraste com o princípio da solidariedade social.

A ofendida de posses, vindo a casar-se com terceiro, podia e pode impedir o prosseguimento da ação instaurada contra o seu ofensor. E por que não poderia a pobre, uma vez que, casada, seria bem difícil entabular negociações infames com o seu ofensor? Nada mais justo que lhe permitir, quando casar-se com terceiro, o direito de se manifestar sobre o prosseguimento da ação.

A Súmula 388, contudo, foi revogada na sessão plenária da Excelsa Corte, aos 16-10-1975 (Veja-se o D.J.U., de 21 de outubro de 1975, página 7.651).

Todavia, aos 24 de maio de 1977, com o surgimento da Lei n.º 6.416, mostrou o legislador que não estava alheio a tão delicado problema. O referido diploma deslocou o inciso IX do artigo 108 do Código Penal para o de n.º X e, em seu lugar, introduziu como causa extintiva da punibilidade o casamento da ofendida com terceiro, com as restrições contidas no próprio texto.

Hoje, o artigo 108 do Código Penal está assim redigido:

"Art. 108 — Extingue-se a punibilidade:

.....
VIII — Pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial;

IX — Pelo casamento da ofendida com 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 sessenta dias a contar da celebração."

A princípio, a interpretação do texto em análise deixou-me perplexo e confuso, em face da sua má redação. Quem o ler, com olhos de gramático, fará este raciocínio: o artigo 108 e o inciso IX, este na sua primeira parte, prevêem a extinção da punibilidade para os crimes contra os costumes, no caso de a ofendida casar-se com terceiro; porém, na segunda parte, ao introduzir a locução conjuntiva *salvo se*, nega a extinção da punibilidade para tais crimes, desde que ocorram, concomitantemente, duas condições, a saber:

- a) o crime ter sido cometido com violência ou grave ameaça;
- b) a ofendida não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de 60 dias a contar da celebração.

Chega-se, pois, fatalmente, à interpretação de que a co-ocorrência das duas condições é necessária, se se atentar para o valor semântico da conjunção coordenativa *E*, inserida nesse contexto.

Ora, a conjunção, seja ela coordenativa ou subordinativa, é um conectivo, é um elemento de ligação entre duas orações. Ao mesmo tempo em que liga duas orações, na dependência da ambiência ou dos elementos que a rodeiam, adquirirá determinada significação. Assim, se se diz: *Pedro canta e dança*, a conjunção em tela tem valor temporal, indicando a concomitância das ações num mesmo tempo. Já em *Pedro chupa cana e assobia*, embora formalmente a conjunção seja a mesma, semanticamente o seu valor não é o de temporalidade concomitante, mas o de temporalidade sucessiva, ou seja, *Pedro chupa cana, depois assobia*. Neste outro exemplo, *Pedro matou o pai e calou-se*, o valor do *E* não é mais temporal, e sim concessivo, ou seja, *Pedro matou, apesar disso o pai se calou*.

No texto legal que ora se examina, a conjunção *E* coordena duas orações que não se excluem e que devem co-ocorrer para que a punibilidade não se extinga: *salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento* . . .

Evidente se torna que, se uma condição excluísse a outra, o legislador em vez de usar a conjunção *E*, empregaria a conjunção alternativa *OU*, como o fez quando coordenou *violência ou grave ameaça*.

Assim, gramaticalmente, nos crimes contra os costumes, haverá a extinção da punibilidade, se a ofendida convolar núpcias com terceiro. A única exceção ocorrerá, se o crime for cometido com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração.

Entretanto, não se pode proceder a semelhante exegese, uma vez que não foi essa a intenção do legislador. A lei não pode conduzir o intérprete ao absurdo.

O texto em questão, da maneira como está redigido, dá margem a uma interpretação que contraria os princípios do direito e da justiça. Infere-se do mesmo deva o réu ser recompensado em detrimento da vítima, quando não o pode ser.

Quando o legislador dispõe: "Extingue-se a punibilidade ... IX. Pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento da ação no prazo de sessenta dias a contar da celebração", o uso da locução conjuntiva *salvo se* introduz uma causa impeditiva da extinção: se o crime for perpetrado com violência ou grave ameaça. Esta causa vem seguida de outra, a saber, o não-requerimento, por parte da ofendida, do prosseguimento da ação.

Dizemos que uma causa está seguida de outra, tendo em vista que o legislador usou a conjunção coordenativa aditiva *E* entre as duas orações subordinadas condicionais, isto é, o legislador coordenou duas orações subordinadas que se relacionavam com uma principal. Ora, coordenação é paralelismo de funções ou de valores sintáticos idênticos. Assim é que podemos coordenar:

- a) dois predicados: entrou e saiu;
- b) dois objetos diretos: comprou livros e cadernos;
- c) dois predicativos: ele é bom e justo;
- d) dois sujeitos: Pedro e Evandro são amigos;
- e) dois objetos indiretos: gosto de doces e de frutas;
- f) dois adjuntos adnominais: o livro de latim e de português.

Além disso, podemos coordenar outros complementos, quer sejam oracionais ou não, desde que tenham a mesma natureza e a mesma função. Exemplo: *Disse que ia e que voltava.*

A partir dessa lição, inferimos claramente que a segunda proposição, no texto enfocado, "se ela não requerer", tem exatamente a mesma função que a primeira "salvo se..."

A entender assim, levando-se em conta apenas a coerência da estrutura gramatical, chega-se ao absurdo de se dizer que não se extingue a punibilidade se a ofendida não requerer, o que vale dizer que a punibilidade só se extingue, naqueles crimes cometidos com violência ou grave ameaça, se ela requerer o prosseguimento da ação.

O disparate seria, como realmente o é, manifesto, claro, infismável.

Ora, as mensagens transmitidas pelo sistema verbal que é a língua, não só devem ser gramaticais mas, também, lógicas. Uma frase como "o vento bebe o leite", embora gramaticalmente correta,

é absurda do ponto de vista semântico, dada a impossibilidade de o sujeito *vento*, ser inanimado, praticar a ação de beber, que é própria apenas de seres animados. Absurdo, também, a punibilidade extinguir-se, nos crimes contra os costumes cometidos com violência ou grave ameaça, se a ofendida requerer o prosseguimento da ação, e de não se extinguir se ela não o requerer.

A nosso ver o que o legislador quis realmente dizer foi: Extingue-se a punibilidade pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias, a contar da celebração, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça”.

No texto, contudo, logo após a locução conjuntiva condicional “salvo se”, inseriu-se a conjunção coordenativa *E*. A introdução da conjunção na redação do texto poderia ser feita assim: Extingue-se a punibilidade, pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, e se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias, a contar da celebração, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça”. Embora essa introdução não seja modelo de gramaticalidade, o seu papel seria o de acentuar exclusividade da causa: a inércia da ofendida, passados sessenta dias das núpcias, para extinção da punibilidade.

Repetindo: se devêssemos interpretar o texto em análise, gramaticalmente, teríamos esse resultado desastroso, ilógico e absurdo: *a punibilidade não se extingue, se o crime for cometido com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar das núpcias*. Extinguindo-se, contudo, se ela o fizer.

Tal conclusão seria um rematado disparate...

Ante essas considerações, concluímos que o casamento da ofendida com terceiro, nos crimes definidos no inciso VIII do artigo 108 do Código Penal, acarretará a extinção da punibilidade, se ela não requerer o prosseguimento da ação penal dentro do prazo de sessenta dias, a contar da celebração. Todavia, se o crime for cometido com violência ou grave ameaça, nenhuma aplicação poderá ter o disposto no inciso IX do citado artigo.

Deverá a ofendida ser notificada a fazer uso daquela faculdade? Se a ninguém é lícito ignorar a lei, a notificação, *in casu*, teria um sentido de exceção àquela regra, o que não se concebe. Tão logo se junte a certidão comprobatória do matrimônio, deverá o Juiz determinar o sobrestamento do feito, durante sessenta dias, a contar da celebração do matrimônio. Se, quando da juntada, o casamento ocorrera há mais de 60 dias, sem que houvesse requerimento no sentido de prosseguir na ação, cumprirá ao Juiz, ouvida a parte contrária, decretar extinta a punibilidade, nos termos do § único do art. 61 do C. P. Penal.

Esse prazo de 60 dias é decadencial? Não nos parece. Trata-se de mais uma hipótese de preempção. A decadência pressupõe a

ação penal não-iniciada. *In casu*, ela já o foi. Logo, cumpre à ofendida, para não deixar perimir a ação penal, requerer o seu prosseguimento, sob pena de ser julgada extinta a punibilidade. Dir-se-á que a causa extintiva da punibilidade é o casamento da ofendida com terceiro. Exato. De se ponderar, entretanto, que aquele acontecimento, por si só, é irrelevante, uma vez que a lei permite possa a ofendida ou seu esposo requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de 60 dias. Haverá necessidade, pois, da co-ocorrência do casamento e do não-pedido de prosseguimento da ação penal no prazo de 60 dias. A hipótese é semelhante àquela prevista no inciso II do art. 60 do C. P. Penal, i. é., morte do querelante e o não-pedido de prosseguimento da ação penal por qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo.

Mas a perempção não é instituto próprio da ação penal privada? Não. O fato de o nosso legislador, até então, tê-la reservado para tais crimes, não constituía, como não constitui nenhum óbice a estendê-la a outros tipos de ação penal. Foi o que se fez através da Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977.

10. E se o casamento da ofendida com terceiro ocorrer antes de iniciada a ação penal? Se o inquérito já havia sido instaurado, poderá a ofendida ou seu esposo não oferecer queixa ou, se se tratar de ação penal pública condicionada, fazer a retratação da representação. Nesta última hipótese, se não for feita a retratação, cumprirá ao Promotor Público, satisfeitos os pressupostos normais para a propositura da ação, oferecer denúncia. E o Juiz, no despacho de recebimento da peça acusatória, sabendo da realização do casamento, deverá determinar o sobrestamento da ação penal pelo prazo de 60 dias a contar da celebração do matrimônio. Há quem entenda (*Damásio*, "O Novo Sistema Penal", Ed. Saraiva, 1977, pág. 134) que se o casamento ocorrer antes da propositura da ação, extinta estará a punibilidade. Não nos parece. Semelhante entendimento coartaria o direito de a ofendida ou seu esposo dar prosseguimento aos demais atos persecutórios.

E se o esposo da ofendida quiser que o Promotor denuncie? Evidente, pois, que a denúncia deverá ser ofertada. Contudo o feito não terá prosseguimento enquanto não houver pedido nesse sentido formulado no prazo legal.

Se se tratar de ação privada, o simples fato de a ofendida ofertar queixa, dispensará, à evidência, o pedido de prosseguimento. Presume-se seu desejo nesse sentido.

Se o casamento ocorrer antes do início do inquérito, nada obsta possa o mesmo ser instaurado.

E se ocorrer depois de transitar em julgado a sentença condenatória? Pela análise que se faça do inciso IX do art. 108 do Código Penal, há de se concluir pela sua irrelevância. A pena somente não será cumprida, na hipótese prevista no inciso VIII.