

É CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE A SENTENÇA ANULATÓRIA DO CASAMENTO CONTRAÍDO COM OCULTAÇÃO DE IMPEDIMENTO?

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO

A condição de punibilidade, professa Antolisei, com aquela segurança só comparável à boa doutrina, "*presupone un delitto perfetto, es decir, completo en todos sus elementos constitutivos. La condición no integraría el delito, sino que haría aplicable la pena solamente*" (Cf. *Manuale di Diritto Penale*, trad. esp. de Juan del Rosal, Ed. Uteha, Arg., 1960, pág. 533).

E, como exemplo, cita a anulação do matrimônio no crime de ocultação de impedimento. Aliás, toda a doutrina italiana entende, com justa razão, que a anulação do casamento no crime de "*induzione al matrimonio mediante inganno*" é uma condição objetiva de punibilidade. A propósito, Maggiore (*Diritto Penale*, trad. esp., 1955, vol. 4.º/185), Manzini (*Diritto Penale*, Ed. U.T.E.T., 1951, 7.º vol. 664), Antolisei (ob. cit., pág. 533), Manfredini (*Reati contro il buon costume*, pág. 839), Franco Cordero (*Procedura Penale*, Ed. Giuffrè, 1971, pág. 59).

Haverá interesse em se distinguir a condição objetiva de punibilidade das condições de procedibilidade? Aquela não afeta o exercício do direito de ação penal. Esta, sim. Por outro lado, as conseqüências da ausência de uma condição de procedibilidade ou de punibilidade são diversas.

Note-se que Cordero, distinguindo a condição de procedibilidade da de punibilidade, ensina: A parte o aspecto lógico (que em sede científica reveste-se de uma importância compreensível), a questão implica alguma conseqüência prática: por exemplo, se se definisse a presença do réu no território nacional como condição de punibilidade, *sarebbe escluso un secondo processo, e la cosa non sembra affatto ragionevole...* (Cf. ob. cit., pág. 59).

Natural que a doutrina italiana entenda que, no delito em tela, a anulação do casamento seja uma condição objetiva de punibilidade, em face de disposição legal.

No direito pátrio, contudo, o entendimento deve ser diverso, sem embargo do posicionamento de Magalhães Noronha (Cf. *Direito Penal*, vol. III, 1961, pág. 406) e de Ada Pellegrini Grinover (*As condições da Ação Penal*, pág. 190).

Os que, entre nós, afirmam que a "anulação do casamento", no crime enfocado, é condição objetiva de punibilidade, ou se baseiam na legislação italiana que, no particular, difere da nossa, ou não fazem distinção entre as duas condições.

Não há absoluta similitude entre a redação do artigo 558 do Código Penal italiano e a do nosso 236. Ali se diz: "*Chiunque, nel contrarre matrimonio avvente effetti civili, con mezzi fraudolenti occulta all'altro conjuge l'esistenza di un impedimento che non sia quello derivante de un precedente matrimonio è punito, se il matrimonio è annullato a causa dell' impedimento occultato . . .*"

Infere-se pois, claramente, que a anulação do casamento torna aplicável a pena. De conseqüência, enquanto não for satisfeita a condição, o fato não se torna punível, muito embora o crime se tenha consumado anteriormente. Na verdade, segundo o magistério de Manzini, "*il delitto in esame si consuma nel momento e nel luogo in cui il colpevole, che ha fraudolentemente occultato l' impedimento all' altro soggetto, ha contratto il matrimonio avvente effetti civili, poscia annullato*" (Cf. *Dirito Penale*, Ed. U.T.E.T., 1951, 7.º vol., pág. 664).

Por outro lado, quando se disse na "*Relazione del Presidente Della Commissione per il progetto del Codice Penale*" que "*il momento consumativo se verifica quando il matrimonio sia annullato*", não tardou a crítica de Manzini: "*Sarebbe assurdo ammettere, ad., es., che la consumazione avvenga nella sede della corte di appello che ha reso esecutiva una sentenza del giudice ecclesiastico, mentre il matrimonio annullato fu contratto in un luogo diverso del distretto . . .*" (Cf. ob. cit., pág. 664). E, em seu prolog., cita Saltelli e Romano (commento, II, pág. 833).

É claro que o momento consumativo do crime em análise verifica-se com a celebração do casamento. Este o entendimento da doutrina italiana, embora não unânime. . . A propósito, Maggiore (Cf. *Diritto Penale*, trad. esp., Ed. Temis, 1955, vol. 4.º/185).

Se o momento consumativo ocorresse com a anulação do casamento, tal circunstância integraria o tipo, e, nesse caso, não seria condição objetiva de punibilidade, que pressupõe um delito perfeito, completo em todos os seus elementos constitutivos. Assim, dúvida não há de que a consumação se verifica com a realização do matrimônio.

Consumado o delito, a lei italiana, no particular, subordina, contudo, a aplicação da pena a uma circunstância: é preciso haja sido anulado o matrimônio. Se não, não.

Entre nós, contudo, o problema é diferente. Lá, a aplicação da pena depende da anulação do casamento. Aqui, não. Segundo prescreve o parágrafo único do artigo 236 do Código Penal, "*a ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada, senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.*"

É a ação penal que fica condicionada, subordinada àquele acontecimento. Não a pena.

Observe-se, agora, como a situação torna-se mais clara. Se Rogerius Gattone, na Itália, cometeu, em 1965, o crime previsto no artigo 558, a prescrição começará a fluir a partir do momento em que se verificar aquela condição. A propósito, o artigo 158 do *Codice Penale*:

"Il termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione... Quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata."

Na hipótese, como na legislação italiana, a anulação do casamento é condição objetiva de punibilidade, e, no particular, toda a doutrina é mansa e tranqüila, segue-se que o prazo prescricional, no exemplo dado, começará a fluir, no instante em que o casamento for anulado. Se tal aconteceu em 1976, a prescrição fluiria a partir daí, muito embora o crime se consumasse em 1965.

Entre nós, é diferente. O prazo prescricional fluirá "do dia em que o crime se consumou", segundo dispõe o artigo 111, alínea a do Código Penal.

Assim, se o trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento, no caso testilhado, fosse condição objetiva de punibilidade, poderia dar-se a esdrúxula e absurda hipótese de se extinguir o direito de punir, antes do seu surgimento. Realmente. Suponha-se Pedro convolvendo núpcias, com ocultação de um impedimento. O fato ocorre em 1972. Em 1976, o cônjuge enganado descobre a fraude e propõe ação visando a anulação do matrimônio. Esta transita em julgado em março de 1978. Poderia ser intentada a *queixa*? Não. Por quê? A pena máxima, cominada ao crime definido no art. 236, não é de dois anos? A prescrição não ocorre em quatro anos e começa a fluir do dia em que o Crime se consumou? A consumação, *in casu*, não se verificou, quando da celebração do casamento? Então, a *queixa* não poderia ser ofertada, em face da prescrição. Conclui-se, pois, que em 1976 se extinguiu a punibilidade, antes de surgir o direito de punir. Absurdo manifesto!

Se a condição, em causa, fosse de punibilidade, seria diferente, pois "não há fato punível que preexista à condição imposta por lei".

Poder-se-á dizer: não, a prescrição não corre, enquanto não transitar em julgado a sentença anulatória. Onde o amparo legal? Não há. Na Itália, sim; aqui, não. A menos que se diga que a condição objetiva de punibilidade integra o tipo. Tal assertiva, contudo, teria um acentuado sabor de disparate, verdadeira heresia jurídica, pois, até mesmo aqueles que admitem seja a anulação do casamento, *in casu*, condição objetiva de punibilidade, dizem que esta pressupõe um delito perfeito, completo em todos os seus elementos constitutivos, e não integra o tipo (Cf. Ada Pellegrini Grinover, ob. cit., pág. 187).

Assim, se a condição objetiva de punibilidade pressupõe um delito perfeito, completo em todos os seus elementos constitutivos, e se o crime se consuma, quando nele se reúnem todos os elementos da sua definição legal (art. 12, n.º I do C. Penal), segue-se que, com a celebração do matrimônio, o crime se consumou e, neste caso, a prescrição começa a fluir a partir da consumação.

É certo que o art. 116, inciso I do Código Penal pátrio diz: "A prescrição não corre, enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime."

Tal regra, entretanto, é inaplicável à hipótese. Por duas razões: a) o art. 116, I, cuida da suspensão da prescrição que estava em curso, pois não se pode suspender o que não se iniciou. Assim, se a prescrição já se iniciou, ante a consumação do crime (a realização do matrimônio), por que suspender-lhe o curso, se não surgiu, em outro processo, "questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime"? b) O inciso I do art. 116 refere-se à singular hipótese de, no curso de um processo criminal, ser levantada uma questão (que deva ser apreciada em outro processo), e cuja solução influirá no reconhecimento da existência do crime. São as hipóteses tratadas nos artigos 92 e 93 do C. P. Penal.

Por outro lado, nem se pode admitir que, no curso de um processo pelo crime previsto no art. 236 do Código Penal, possa ser suscitada a questão de que o casamento não foi anulado. E, também, por duas razões: a) a ação penal, na espécie, não pode ser iniciada antes da anulação (§ único do art. 236); logo, não há que se falar em processo em curso; b) a existência do crime, no caso, independe da anulação do casamento, uma vez que já se consumou com a celebração. É verdade que, se o casamento for declarado válido, não haverá crime. Mas, nesse caso, a ação penal não poderia, como não poderá ser iniciada. . . Se o for, ou o Juiz a rejeitará, com fulcro no art. 43, III, segunda parte, do C.P.P., ou, no curso da instrução anulará o feito.

Não se entendendo assim, também quando alguém cometesse um crime de bigamia, no instante em que o fato se tornasse conhecido, o curso da prescrição não fluiria, enquanto não fosse proposta ação para anular o primeiro casamento, por outro motivo que não a bigamia, porquanto tal questão é necessária para o reconhecimento do crime. . .

Claro, pois não tem, no caso em tela, nenhuma aplicação o art. 116 do C. Penal.

Conclui-se, pois, que o "trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento", a que se refere o parágrafo único do artigo 236 do Código Penal, é uma condição de procedibilidade, isto é, um *quid* que, sem influenciar na punibilidade ou existência do crime, "*constitue un obstáculo para començar la acción penal.*"

Nada obsta que, quando a ação penal for iniciada, já esteja extinta a punibilidade, pela prescrição. É o que ocorre, por exemplo, com o estupro. Se Sigismunda foi estuprada em 1960, e, em 1973, ficou sabendo quem foi o autor do crime, embora o prazo para a queixa se tenha iniciado em 1973, não mais se admite a propositura da ação, uma vez que o fato foi atingido pelo pião prescricional...

É certo que Noronha afirma que o crime previsto no artigo 236, embora se consuma com o contrair casamento, no que lhe assiste razão e adianta que o trânsito em julgado da sentença anulatória é condição objetiva de punibilidade (Cf. *Direito Penal*, vol. III, 1961, pág. 406). Tal afirmativa, contudo, se deve a duas circunstâncias: a) o ilustre Professor, a quem sempre respeitamos e rendemos homenagem, não vê nítida diferença entre condição objetiva de punibilidade e condição de procedibilidade (Cf. ob. cit., vol. I/366); b) a influência notável que sofreu dos autores italianos.

É claro que, não estando satisfeita a condição de procedibilidade, a consequência é a anulação do processo. Contudo, ausente a condição objetiva de punibilidade, haverá uma decisão terminativa de mérito.

Assim, se Pedro, casado no Brasil, for a um país que admita a poligamia, e lá, convolar segundas núpcias, na vigência do seu primeiro casamento, haverá o crime de bigamia. Como o delito foi cometido *aliunde*, a aplicação da lei brasileira sujeita-se a uma série de condições (de procedibilidade e de punibilidade), como se vê pelo art. 5.º, § 2.º do Código Penal. Entre elas, estão a prevista na alínea a (entrada do agente no território pátrio) e a da alínea b: ser o fato punível também no país em que foi praticado. Desse modo, no exemplo dado, se for oferecida denúncia e depois descobrir-se que o agente não entrou no território brasileiro, anular-se-á o processo. Entretanto, se ele entrou, e, na instrução se provar que o fato não era punível onde foi cometido, proferir-se-á sentença terminativa de mérito. As consequências, pois, são diversas.

Por derradeiro: note-se, pela redação do parágrafo único do artigo 236 do Código Penal, que "a ação penal *não pode ser intentada*, senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento". Donde concluir-se que, ofertada a queixa, sem haver o trânsito em julgado da sentença anulatória, deve o Juiz rejeitá-la; mas, como diz Cordero, "não estaria excluído um segundo processo", tendo, assim, inteira aplicação o disposto no parágrafo único do artigo 43 do C. P. Penal, isto é, transitada em julgado a sentença anulatória, outra queixa poderá ser oferecida. Evidente que, nesse caso, o Juiz não poderia aplicar a regra do art. 92 do estatuto processual-penal. Como determinaria o Juiz a suspensão de um processo que não poderia ter sido iniciado? A anulação do casamento, por sentença transitada em julgado, no delito em apreço, respeita à admissibilidade do exercício do direito de ação, não à punibilidade.