UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA – UNESP
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Franca

MAIARA MOTTA

O CASAMENTO COMO EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE:

análise histórico-legislativa das Ordenações do Reino ao Código Civil de 2002

Franca
2025

MAIARA MOTTA

O CASAMENTO COMO EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE:

análise histórico-legislativa das Ordenações do Reino ao Código Civil de 2002

Tese apresentada à Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS), Franca, para obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania

Orientadora: Profª. Drª. Kelly Cristina Canela

Franca

2025

M921c

Motta, Maiara
O casamento como extinção de punibilidade : análise histórico-legislativa das Ordenações do Reino ao Código Civil de 2002 / Maiara Motta. -- Franca, 2025
192 f. : tabs.

Tese (doutorado) - Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientadora: Kelly Cristina Canela

1. Direito de Família. 2. Direito Penal. 3. casamento. 4. crimes contra a honra. 5. extinção da punibilidade. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Dados fornecidos pelo autor(a).

IMPACTO POTENCIAL DESTA PESQUISA

Espera-se que esta pesquisa contribua no âmbito acadêmico com a analise dos antecedentes legais até se compreender a regulamentação atual dos institutos estudados (casamento, extinção de punibilidade), bem como o impacto social com a aplicação prática desses conteúdos nas dimensões sociais e políticas, especialmente com relação à produção e à aplicação das normas no Direito Civil e no Direito Penal brasileiros.

POTENTIAL IMPACT OF THIS RESEARCH

It is expected that this research will contribute academically through the analysis of the legal antecedents leading to the current regulation of the studied institutions (marriage and the extinction of criminal liability), as well as socially by examining the practical implications of these contents within social and political dimensions, specially concerning the formulation and application of legal rules in Brazilian Civil and Criminal Law.

MAIARA MOTTA

O CASAMENTO COMO EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE:

análise histórico-legislativa das Ordenações do Reino ao Código Civil de 2002

Tese apresentada à Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, para obtenção do título de Doutora em Direito
Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania

Data da defesa: ____/____/_____

Banca Examinadora:

_____

Profª. Drª. Kelly Cristina Canela
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - UNESP/Campus de Franca

_____

Profª. Drª. Ana Clara Tristão
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - UNESP/Campus de Franca

_____

Prof. Dr. Murilo Borsio Bataglia
Centro Universitário Estácio de Brasília

_____

Prof. Dr. Matheus de Alencar e Miranda
Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

_____

Prof. Dr. Gil Ramos De Carvalho Neto
Faculdade São Luís

Dedico este trabalho ao meu pai (*in memoriam*) e à minha mãe

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai (*in memoriam*) e à minha mãe por todo o amor, carinho, apoio e incentivo. Não poderia ter exemplos melhores na vida de pessoas e profissionais.

Agradeço ao meu noivo por me apoiar e participar de todas as etapas desde a graduação.

Agradeço à minha orientadora, Profª. Drª. Kelly Cristina Canela por todos os ensinamentos, pela sabedoria compartilhada e por me guiar na minha trajetória acadêmica.

Agradeço à minha co-orientadora, Profª. Drª. Míriam Sousa Brigas pela recepção e confiança, por me apresentar novas perspectivas e por propiciar uma vivência enriquecedora.

Agradeço os familiares que me apoiaram nos momentos difíceis e nos alegres ao longo do Doutorado.

Agradeço os amigos que me acompanham desde a graduação e por toda a pós-graduação, especialmente Ana Cristina, Ana Clara, Ana Lélis, Léo, Mu, Rafa.

Agradeço aos amigos da FDUL, Thaty, Edu, Valéria e Ingrid. Sinto falta da nossa rotina, dos encontros marcados e pelos inesperados também, bem como as conversas pessoais e acadêmicas. Ao João, especialmente pela aventura que nos permitiu conhecer o Presidente de Portugal. Essa experiência não teria sido a mesma sem vocês.

Agradeço aos professores da FDUL, especialmente Prof. Dr. Barbas Homem, Prof. Dr. Jorge Duarte Pinheiro, Prof. Dr. Daniel Morais e Prof. Dr. Vasco Pereira da Silva.

Agradeço aos funcionários da biblioteca da FDUL que tanto me auxiliaram, especialmente sr. Pedro, sra. Nádia, sr. António, sra. Sofia, sra. Céu, sra. Paula.

Agradeço aos funcionários da biblioteca da FCHS por me receberem pela recepção e ajuda, especialmente Andreia, Denise e Eliana.

Às advogadas do CJS, Leliana e Bernadete, muito obrigada pela oportunidade das palestras e para conversar com os estagiários.

Aos professores membros das bancas de qualificação e defesa, sou grata por aceitarem o convite, pela leitura atenciosa e pelas fundamentais considerações.

Agradeço à Unesp/Franca e à FDUL.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

“Toda a ciência jurídica nada é senão história do direito”
(Savigny)

MOTTA, Maiara. **O casamento como extinção de punibilidade**: análise histórico-legislativa das Ordenações do Reino ao Código Civil de 2002. 2025. 192 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP) - Câmpus de Franca, Franca, 2025.

RESUMO

Até 2019, o Código Civil de 1916 dispunha que era possível realizar o casamento antes de se atingir a idade núbil de 16 anos em caso de gravidez ou para se evitar a imposição de pena criminal. Esse dispositivo remetia ao art. 107, VIII, do Código Penal de 1940, o qual estabelecia, até sua revogação em 2005, que um dos meios para se extinguir a punibilidade era por meio da celebração do casamento com a vítima de crimes sexuais com o criminoso ou terceiro. Dessa situação, surgiram dois questionamentos que levaram à temática escolhida: considerando que o casamento é um negócio jurídico, um dos pilares fundamentais é a autonomia da vontade, então, como se verificaria se a vítima realmente manifestava sua livre e espontânea de vontade de se casar com alguém relacionado a um crime que sofrera? Além disso, questiona-se: qual o percurso histórico-normativo desse instituto, desde sua origem e as transformações ao longo do tempo até culminar nas revogações de 2005 e 2009? Visando responder essas perguntas, realiza-se de um estudo histórico-jurídico comparativo, tendo por materiais principais a legislação e doutrina, com o objetivo geral de se analisar como ocorria a extinção da punibilidade em decorrência do casamento. Quanto ao objeto de estudo, divide-se entre o casamento, com o estudo de sua natureza jurídica e seus elementos constitutivos, bem como e a teoria do crime, especialmente com o estudo da exclusão de punibilidade e a quais casos seria possível sua aplicação. Desse modo, são objetivos específicos conhecer os requisitos necessários para que se possa contrair matrimônio, estudar as hipóteses de cabimento a quais crimes se poderia extinguir a punibilidade pelo casamento, e qual era o entendimento doutrinário sobre esse tema. Com relação às fontes, serão estudados os principais regramentos de Direito Civil e Direito Penal que vigeram ou ainda vigem no Brasil, desde as Ordenações de D. Duarte e as Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) até a substituição pelos Códigos nacionais (Código Criminal de 1830, Códigos Penais de 1890 e 1940, além da Consolidação das leis civis e dos Códigos Civis de 1916 e 2002). Empregam-se metodologias de abordagem pelo raciocínio dedutivo, e procedimentos de método de análise de conteúdo e histórico-comparativo, adotando-se uma vertente jurídico-dogmático, jurídico-descritivo e jurídico-sociológico. Como resultados, foram identificados os marcos normativos para se compreender que a extinção de punibilidade se aplicava a crimes de caráter sexual, cujo bem juridicamente tutelado era a honra ou a dignidade sexual das vítimas, especialmente se fossem mulheres. Para realizar esse casamento, era fundamental a concordância da vítima e do criminoso (ou terceiro, quando possível). Todavia, na prática, reconhece-se a dificuldade em se avaliar até que ponto essa manifestação da vontade externada para se casar refletia a verdadeira vontade interna dos agentes, num embate entre dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade, contra a dignidade sexual e o valor socialmente atribuído ao casamento, de modo que a aplicação ou a extinção de uma sanção criminal dependeria de uma decisão na esfera cível pela realização ou não do casamento.

Palavras-chave: Direito de Família; Direito Penal; casamento; crimes contra a honra; extinção da punibilidade.

MOTTA, Maiara. **O casamento como extinção de punibilidade**: análise histórico-legislativa das Ordenações do Reino ao Código Civil de 2002. 2025. 192 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP) - Câmpus de Franca, Franca, 2025.

ABSTRACT

Until 2019, the Brazilian Civil Code of 1916 allowed marriage before reaching the minimum age of 16 in cases of pregnancy or to avoid the imposition of criminal penalties. This provision was linked to article 107, VIII, of the 1940 Penal Code, which, until its repeal in 2005, provided that one of the grounds for extinguishing criminal liability was the marriage between the perpetrator (or a third party) and the victim of sexual crimes. From this framework emerged two central questions that led to the present research: considering that marriage is a juridical act grounded in the principle of autonomy of the will, how could it be verified whether or not the victim freely and voluntarily consented to marry someone connected to a crime committed against them? Additionally, what is the historical and normative trajectory of this legal institute, from its origin and the transformations over time to its eventual repeal in 2005 and 2009? To address these questions, the study undertakes a historical and comparative legal analysis, using legislation and legal doctrine as primary materials. Its general objective is to examine how marriage served as a cause for the extinction of criminal liability. The object of study is twofold: first, marriage, with an analysis of its legal nature and constitutive elements; and second, the theory of crime, with emphasis on the exclusion of punishability and the circumstances in which it could be applied. The specific objectives include identifying the legal requirements for contracting marriage, examining which crimes allowed for criminal liability to be extinguished through marriage, and analyzing the prevailing doctrinal perspectives on this mechanism. As for the sources, the research draws on major instruments of Brazilian Civil and Criminal Law, including historical collections such as *D. Duarte Ordinances*, and the Kingdom Ordinances (Afonsinas, Manuelinas, and Filipinas), as well as national codes such as the Criminal Code of 1830, the Penal Codes of 1890 and 1940, the *Consolidation of civil laws*, as well as the Civil Codes of 1916 and 2002. The methodological approach is primarily deductive, employing content analysis and historical-comparative procedures. The research is situated within a legal-dogmatic, legal-descriptive, and legal-sociological framework. The findings reveal the normative landmarks that show how the extinction of criminal liability was applicable to crimes of a sexual nature, where the legally protected interest was the victim's honor or sexual dignity, especially when the victim was a woman. For the marriage to take legal effect, the consent of both the victim and the perpetrator (or a third party, where permitted) was required. However, in practice, there were significant difficulties in assessing whether the expression of consent truly reflected the internal will of the individuals involved. This exposes a tension between human dignity and the autonomy of the will on one hand, and sexual dignity and the socially attributed value of marriage on the other, such that the application or extinction of criminal sanctions depended on a civil law decision regarding whether or not the marriage would be celebrated.

Keywords: Family Law; Criminal Law; marriage; crimes against honor; extinction of punishability.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Comparação das penas de adultério nas Leis de D. Afonso IV nas Ordenações de D. Duarte 31
Quadro 2 - Análise do t. XXIII do L. V das OM 43
Quadro 3 - Histórico das normas no processo de laicização do casamento no Brasil 72
Quadro 4 - Análise dos crimes contra a honra no CCrim/1830 119
Quadro 5 - Análise dos crimes contra a honra no CP/1890 (redação original) 125
Quadro 6 - Comparação entre o CP/1890 e a Lei n. 2292/1915 140
Quadro 7 - Análise dos crimes contra os costumes no CP/1940 (redação original) 148
Quadro 8 - Alteração dos crimes contra dignidade sexual pela lei dos crimes hediondos 150

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	artigo
CC	Código Civil
CCom	Código Comercial
CCr	Código Criminal
cf.	conforme
CLC	Consolidação das leis civis
Const.	Constituição
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
D.	Dom
Dec.	Decreto
L.	Livro
LRP	Lei dos Registros Públicos
OA	Ordenações Afonsinas
OF	Ordenações Filipinas
OM	Ordenações Manuelinas
par.	parágrafo
PL	Projeto de Lei
Regul.	Regulamento
ss.	subsequentes
T.	Título
v.	volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 12

2 ANTECEDENTE HISTÓRICO-JURÍDICO 24

2.1 Ordenações de Dom Duarte, Afonsinas e Manuelinas 27

2.2 Ordenações Filipinas 47

2.2.1 Aspectos normativos 47

2.2.2 Análise doutrinária 57

3 ESTUDO NORMATIVO DO CASAMENTO NO BRASIL 65

3.1 Normas sobre casamento: aspectos gerais 65

3.2 Natureza do casamento: instituto religioso ou civil? 66

3.3 Requisitos da celebração do casamento na história do Direito brasileiro 78

3.3.1 Requisitos formais e regime de bens 78

3.3.2 Idade núbil 94

3.3.3 Autonomia da vontade 99

4 CASAMENTO COMO EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE 105

4.1 Aspectos iniciais: extinção da pena 105

4.2 Hipóteses legais: o casamento como condição para não aplicação da pena 117

4.3 O crime de adultério 163

4.4 Consentimento 168

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 175

REFERÊNCIAS 180

1 INTRODUÇÃO

Em diversos ordenamentos jurídicos, assim como no luso-brasileiro, o casamento ocupou (e ainda ocupa) uma posição central na organização da família e do âmbito privado da sociedade, notadamente com um caráter patriarcal[1], católico, marcado por desigualdades entre homens e mulheres e com grande estigma quanto à honra.

O estudo normativo, especialmente quando se analisa o texto integral da lei com as revogações e alterações feitas desde a sua publicação, é um elemento muito rico e que pode ocasionar diversos questionamentos. No caso desse trabalho, a escolha do tema decorre da Lei n. 13.811/2019, a qual alterou a redação do art. 1.820 do Código Civil de 2002 para erradicar o casamento infantil, vedando a possibilidade de menores de 16 anos, ou seja, pessoas que não tinham atingido a idade núbil, de se casarem sob a justificativa de gravidez ou para se evitar a imposição de pena criminal.

Essa parte final do dispositivo remete ao art. 107, VIII, do Código Penal de 1940. Antes de sua revogação pela Lei n.º 11.106/2005, permitia-se o casamento da vítima de alguns crimes sexuais com seu agressor ou terceiro para evitar a imposição da consequente sanção criminal.

Percebe-se, assim, que o casamento possui grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro e perpassa diversos ramos, como o Direito Civil, Direito Constitucional e Direito Penal.

Na estrutura elaborada por Augusto Teixeira de Freitas, a parte geral da obra Consolidação das leis civis (CLC) era composta por parte geral e parte especial. A primeira continha 75 artigos distribuídos entre dois títulos: pessoas e coisas. A justificativa é que nessa parte não se abordavam, efetivamente, direitos, mas sim os indivíduos que poderiam ser titulares ou objetos de direitos (Freitas, 1876, p. CXIX).

---

[1] Acerca do termo, utiliza-se a definição do Protocolo de Gênero recomendado pelo Conselho Nacional de Justiça, com as seguintes considerações: "A assimetria de poder se manifesta de diversas formas. [...], por trás e para além de relações interpessoais desiguais, existe uma estrutura social hierárquica, que é o que molda, dentre outros, as relações interpessoais, os desenhos institucionais e o direito.
Essa estrutura foi (e continua sendo, em muitos contextos) denominada 'patriarcado', ou então, dominação masculina, e refere-se a um sistema que, de diversas formas, mantém as mulheres em uma situação de subordinação em relação aos homens. Por mais que a ideia de patriarcado tenha sido muito útil em análises de gênero e em consequentes transformações sociais, o próprio conceito sofre transformações. Isso porque não existe uma relação de opressão monolítica entre homens e mulheres. Sabemos que atualmente as desigualdades de gênero operam de maneiras diferentes, a depender de outros marcadores sociais – como, por exemplo, raça, classe, escolaridade, origem, etnia, deficiência, idade, identidade de gênero e sexualidade. A perspectiva interseccional foi incorporada pela Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), que tem recomendações específicas, por exemplo, para mulheres idosas, mulheres portadoras de deficiência e mulheres migrantes" (Brasil, 2021, p. 21-22).

Já a parte especial findava no art. nº 1333, composta por dois livros: direitos pessoais e direitos reais. Este último estabelecia cinco títulos[2]: domínio, servidão, herança, hipoteca e prescrição aquisitiva (usucapião).

O primeiro livro da segunda parte já se iniciava com os direitos pessoais na família - nomeadamente, regulamentando o matrimônio. Embora o autor não tenha se manifestado expressamente na obra, pode-se deduzir que tal opção reforça a importância do instituto no ordenamento jurídico em âmbito privado, pois o autor centra os referidos "[...] **direitos pessoaes nas relações de família**, cujas partes são o **casamento**, o **pátrio poder**, e o **parentesco**; completando-se pela instituição suppletiva das **tutelas**, e **curatelas**" (Freitas, 1876, p. CVIX, grifos do autor). A segunda subdivisão dos direitos pessoais é uma seção sobre os "direitos pessoais nas relações civis", a qual inclui negócios jurídicos e atos ilícitos[3].

Percebe-se, então, que é necessário compreender a esfera dos direitos pessoais – que se centram na estrutura familiar com o matrimonio e o pátrio poder ou poder marital – para se analisar a realização das relações civis em sociedade.

Nesse mesmo sentido pode-se interpretar a posição de Clóvis Beviláqua quando definiu família. Tamanha é a proximidade de sua compreensão com o casamento, que é possível reconhecer pilares semelhantes:

> Constituída a família pela associação do homem e da mulher, em vista da reproducção e da necessidade de crear os filhos, **consolidada pelos sentimentos affectivos e pelo principio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito**, é facil de vêr que se torna ella potente fóco de onde irradiam multiplas relações, direitos e deveres, que é preciso reconhecer e firmar (Beviláqua, 1933, p. 20, grifos nossos).

Desse modo, percebemos que para se conhecer o Direito Civil e o Direito de Família, devem ser estudas as leis civis (Ordenações do Reino e Códigos Civis), especialmente com relação ao instituto do casamento, posto que isso refletia - e ainda reflete - em diversos direitos

---

[2] Contudo, o próprio autor tecia críticas à organização proposta. Quanto à prescrição, pela possibilidade de extinguir tanto direitos pessoais, quanto direitos reais, e também com relação à herança. Sobre este tema, explicou o autor com maior profundidade que: "Esta distribuição de matérias não é a que nosso espirito indica como mais perfeita. Nós a melhoraríamos, se na empreza de uma legislação nova tivéssemos de escolhêr matérias á vontade. O **direito de herança** não é direito real, é um dos direitos absolutos. A **herança** *é* uma continuação do **dominio** e **direitos reaes** do morto, que transmittem-se para seu herdeiro, ou herdeiros. A **herança** é um patrimônio, uma universalidade, é a propriedade em complexo ideal; contendo, não só os **direitos reaes**, como os **direitos pessoaes**, activa e passivamente; e desta maneira ella resolve-se em quantidade pura, que póde sêr negativa, ou igual á zero. A **herança**, portanto, tem natureza commum, que a-faz entrar nas duas espécies de direitos" (Freitas, 1876, p. CXV, grifos do autor).

[3] O autor utiliza, especificamente, contratos e delitos. Como não são temas centrais a serem abordados e visando facilitar a compreensão do conteúdo, optou-se por utilizar a terminologia mais ampla e atual.

e deveres[4], além de ser um elemento que reforçava o importante papel do homem na relação e a submissão da mulher a ele. Nesse sentido, Brigas identifica no instituto "[...] o poder como princípio estruturante do Direito da Família" (Brigas, 2016b, p. 48).

Pondera-se, então, quais são as origens do instituto do casamento, a partir de qual legislação se iniciou a previsão, se decorre de herança portuguesa, e como as legislações trouxeram modificações conforme as transformações sociais. Assim, pode-se formular a seguinte pergunta de pesquisa: como, histórica e normativamente, o instituto do casamento pode ser considerado com um elemento de extinção da punibilidade?

Como objetivo geral, pretende-se analisar na legislação selecionada a relação entre o instituto do casamento e a possibilidade de sua utilização como meio de extinção de punibilidade no âmbito criminal.

Para se alcançar o objetivo geral, devem ser cumpridos os seguintes objetivos específicos: 1) realizar o levantamento normativo sobre o instituto do casamento, desde as Ordenações de D. Duarte até o CC/2002; 2) analisar historicamente a natureza e os elementos do instituto do casamento no Brasil em seus diversos contextos e legislações; 3) apontar os requisitos e comparar as normas até o CC2002 e a proposta do PL n.º 4/2025; 4) abordar a teoria do crime e os tipos criminais a partir do elemento da punibilidade e da extinção de punibilidade; 5) verificar a relação entre casamento como forma de extinção de punibilidade e suas repercussões ao longo da história do Direito brasileiro.

Existem três principais períodos marcantes na história brasileira com fortes reflexos jurídicos. Enquanto colônia de Portugal, aplicavam-se as leis portuguesas em território nacional – as Ordenações do Reino, que incluem as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas, além das Ordenações d D. Duarte, marco inicial da reunião das normas em um corpo de texto.

No segundo momento, após a independência, o Brasil Império estabeleceu já na Lei de 20 de Outubro de 1823 (art. 1º) a importância de organizar Códigos nacionais, especialmente no âmbito cível e criminal. Enquanto isso, as normas portuguesas ["As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções" (Brasil, 1887b, p. 8)] que não tivessem sido revogadas até 25 de abril de 1821 continuaram a ser aplicadas no território. Trata-se, então, de

[4] Nesse sentido, com a alteração proposta pelo PL n.º 4/2025 para a modificação do *caput* art. 16, pretende-se afastar essa discriminação que por tanto tempo houve entre homens e mulheres, enquanto reforça-se o entendimento da importância do estado civil e das relações familiares para se compreender a individualidade e os reflexos jurídicos: "Art. 16. A identidade da pessoa natural se revela por seu estado individual, familiar e político, não se admitindo que seja vítima de qualquer discriminação, quanto a gênero, a orientação sexual ou a características sexuais" (Brasil, 2025, p. 6).

um período de transição rumo à independência política e jurídica, com a criação de normas feitas pela própria sociedade que deveria obedecê-las.

No caso do Código Criminal, sua aprovação ocorreu em 1830. Até então, a principal fonte normativa era o Livro V das OF, o qual tinha "Expressão exacta das idéas e sentimentos que predominavam na época em que foram promulgadas (1603), semilhante legislação penal, além de confundir o direito com a moral e a religião, erigindo em crimes o peccado e o vicio, de sanccionar a desigualdade perante a lei, [...]" (Siqueira, 1932, p. [7]).

No âmbito do Direito Civil e do Direito de Família, a regulamentação era feita especialmente pelo L. IV das OF, com disposições importantes também nos L. II e V, além de normas nacionais esparsas - a exemplo do Decreto de 31 de outubro de 1831, que reduziu a maioridade civil dos 25 para os 21 anos (Brasil, 1875a, p. 177).

O terceiro grande momento é o do Brasil enquanto República, a partir de 1889, com novos ideais filosóficos que guiariam a produção jurídica. Logo após a implantação da República, novamente, a resposta criminal foi rápida (o que pode ter sido um dos fatores para surgirem em pouco tempo propostas de reformulação). Apesar da proposta inicial de atualização, optou-se por uma reforma mais profunda que culminou na rápida aprovação do Código Penal de 1890, de inspiração francesa[5], decorrente do projeto elaborado por Baptista Ferreira.[6] Reconhecia-se a importância de a legislação refletir "a evolução dos princípios científicos e das necessidades oriundas do progresso moral e material" (Silva, A., 1943, p. 6) da sociedade. Nos seus sessenta anos de vigência, destacam-se as poucas alterações da parte geral.[7] Contudo, a parte especial foi largamente modificada.

Dessa aprovação rápida decorreram alguns problemas. Acredita-se que o fato de repetir muito do que se encontrava no Código anterior o levou a ser considerado por parte da doutrina

---

[5] Percebe-se, então, a busca de um novo referencial jurídico para se afastar da herança portuguesa, embora em diversos aspectos esses dois ordenamentos jurídicos tenham percorrido trajetórias semelhantes. O aprofundamento desse tema, todavia, foge ao objeto de estudo delimitado.

[6] Dentre as justificativas para a substituição do Código, explica Siqueira: "Inspirado ainda na intuição clássica, não satisfez completamente as aspirações e necessidades do paiz, sendo objecto, por isso, de intensa critica, em muitos pontos procedente, [...]. No entanto, tendo ante si o longo período de tempo decorrido da independência, com todos esses ensinamentos que o tempo e a experiência ministram; como paradigma o codigo de 1830 e as diversas leis penaes posteriores, onde se condensavam muitos princípios eminentemente jurídicos, além das codificações dos outros povos, as mais recentes apontadas como obras perfeitissimas, todo esse contingente precioso e abundante trazido pelas sciencias sociaes e anthropologicas, em geral, e pela criminologia em particular, era de esperar que o codificador, já distinguido pelo ultimo governo do Império com egual incumbência, nos dotasse com um codigo que correspondesse á nossa civilisação, ás tradições do nosso direito" (1932, p. 11-12).

[7] Segundo Siqueira, a comissão elaboradora do texto revelou "[...] clara comprehensão das necessidades do paiz no traçar as regras fundamentaes da imputabilidade e repressão, e tanto que, permanecendo em vigor durante sessenta annos, ligeiras alterações soffreu a parte geral do codigo.
A parte especial soffreu, porém, e desde logo, importantes alterações, reclamadas pelas necessidades sociaes" (1932, p. 9).

como um Código que, rapidamente, já deveria ser revisto em virtude das omissões, da falta de sistematização e da desproporcionalidade de muitas das penas.[8]

Em razão dessas críticas e "diante da convicção injusta que se generalizou, de ser o código de 1890 'o pior de todos os códigos conhecidos', não é de admirar que surgisse imediatamente a ideia de reformá-lo" (Machado, 1941, p. 7). Para evitar interpretações erradas, em 1890, o mesmo ano da entrada em vigor, o Governo Provisório já precisou se manifestar sobre alguns artigos e no ano seguinte, em 1891, a Câmara dos Deputados nomeou uma comissão destinada à revisão do Código (Siqueira, 1932, p. 12-13).

A substituição ocorreu apenas em 1940, com o atual Código Penal, inspirado nas legislações italiana e alemã. Contudo, em 1932, houve a chamada *Consolidação das leis penais*. Por meio de um ato administrativo, o Governo reuniu e organizou em uma fonte normativa a legislação penal esparsa, visando a eliminação de conflitos e a facilitação da consulta pelos juristas. Sem adentrar à discussão sobre uma possível descodificação do Direito Penal, reconhece-se a importância do atual CP/1940 e sua coexistência com a legislação esparsa.

Por outro lado, o Direito Civil não seguiu o mesmo trajeto, com maiores empecilhos até a aprovação do primeiro Código Civil apenas em 1916, o qual teve como um dos principais expoentes Clóvis Bevilaqua. Não que fosse por falta de tentativas, pois já na década de 1850 Nabuco de Araújo havia convidado Augusto Teixeira de Freitas a organizar a legislação cível aplicável à época antes de se elaborar um anteprojeto. O primeiro trabalho resultou na *Consolidação das leis civis*, que, apesar de ser um trabalho preparatório, possui grande relevância jurídica.[9]

Posteriormente, o anteprojeto de Código Civil resultou na obra *Esboço*, a qual possuía uma estrutura semelhante àquela dos códigos modernos com seções e divisões lógicas. O contrato com o Governo foi interrompido quando Freitas entendeu que a organização do Direito Civil não era suficiente, desejando sistematizar todo o Direito Privado. Com isso, a obra ficou incompleta e novos anteprojetos de diversas autorias foram elaborados até que se chegasse à versão aprovada.[10]

---

[8] Crítica, essa, que é recorrente a muitas situações desde as Ordenações, especialmente com relação a penas pecuniárias.

[9] Segundo explica Pugsley (2023, p. 587-590), trata-se não meramente de um trabalho de consolidação, mas efetivamente de criação do Direito, em virtude das lacunas existentes que Freitas buscou superar, enquanto já se utilizava de um estilo moderno na abordagem feita.

[10] Esse estudo foi feito no âmbito da dissertação, motivo pelo qual não será analisado novamente. Para maiores aprofundamentos sobre esse processo normativo, ver: MOTTA, Maiara. *A mulher brasileira no Direito de Família*. São Paulo: Editora Dialética, 2025.

Assim, até a entrada em vigor do CC/1916 em 1917, a fonte primária do Direito Civil e do Direito de Família brasileiros ainda se encontrava nas OF/CLC, além de legislações esparsas. Por volta da década de 1960, as discussões de substituição foram ganhando mais volume. Todavia, a demorada aprovação do CC/2002, décadas depois, fez com que muitas das normas aprovadas já fossem consideradas ultrapassadas, sem que a expressão legislativa conseguisse se aproximar de muitos dos anseios sociais.

Contudo, o envolvimento de diversos juristas deve ser reconhecido. Apesar das diversas alterações, atualmente, propõe-se uma revisão substancial (e não substituição) do Código Civil por meio do Projeto de Lei nº 4/2025. Considerando o estágio de discussão, ainda passível de muitas alterações, o marco final cível foi a redação do PL protocolada em 31 de janeiro de 2025, bem como as demais leis pertinentes positivadas até a conclusão da escrita do trabalho.

Quanto aos demais marcos jurídico-temporais adotados, justificam-se. A CLC constituiu o primeiro movimento de atualização rumo à codificação cível brasileira, e, por isso, será considerada o referencial para delimitar a estrutura do presente trabalho para as regras do Direito de Família. A partir da CLC, estudam-se as normas aplicadas ao país cada vez mais independente – não apenas politicamente, mas também juridicamente, atualizando e adaptando as normas à própria sociedade brasileira, embora se reconheça em diversos momentos as influências de ordenamentos jurídicos estrangeiros.

De modo semelhante, no âmbito criminal, o marco teórico inicial é o CCrim/1830. A produção normativa anterior, de origem prevalentemente portuguesa, é analisada no capítulo dos antecedentes históricos da legislação nacional.

Como método de abordagem para se atingir os objetivos estipulados, utiliza-se o raciocínio dedutivo, partindo de premissas e regras gerais para se firmar uma conclusão. Para realizar os objetivos propostos, realiza-se pesquisa qualitativa bibliográfica e documental para se compreender os fundamentos teóricos dos institutos.

Como métodos de procedimento, empregam-se o método histórico-comparativo e as técnicas da análise de conteúdo e da análise do contexto institucional. O primeiro permite cotejar diferentes normas, culturas e sistemas políticos (Gil, 2024, p. 17) ao mesmo tempo em que se reconhece “a percepção da continuidade e do entrelaçamento dos fenômenos” (Marconi; Lakatos, 2023, p. 122).

Já o segundo consiste no percurso por três etapas (Bardin, 2016): a pré-análise (escolha das fontes e documentos e formulação dos questionamentos e dos objetivos), a exploração do material (decomposição do problema e operações de codificação) e o tratamento dos dados com

operações, sistematizações e interpretações, visando-se analisar o material para identificar padrões e significados

A análise do contexto institucional é definida como

> o conjunto de regras formais e informais que influenciam no comportamento entre pessoas e organizações, assim como os modos de interpretar e aplicar essas regras na prática. Cabe aqui ressaltar não apenas as regras formais (leis, normas, estruturas organizacionais), mas também a importância das regras informais que muitas vezes são historicamente determinadas e influenciadas pela cultura, valores e tradições e da e análise de contexto institucional em uma perspectiva de análise sistêmica entre direito civil e direito penal (Calmon; Costa, 2013, p. 11).

Assim, é possível realizar a análise de contexto institucional em uma perspectiva de análise sistêmica entre Direito Civil e Direito Penal. Desse modo, a investigação é do tipo histórico-jurídico, jurídico-dogmático, jurídico-descritivo e jurídico-sociológico (Gustin; Dias, 2010, p. 21-29). O primeiro caracteriza-se pelo estudo de institutos em determinados tempos e lugares. Para isso, utilizam-se, além dos códigos em redação original e conforme alterações posteriores, obras de juristas publicadas ao tempo de vigência das normas, buscando compreender com realidade e imparcialidade a aplicação da lei, as justificativas e os questionamentos.

O segundo tipo metodológico justifica-se por analisar os elementos normativos dentro do próprio ordenamento jurídico, comparando e relacionando campos do Direito. O terceiro método é empregado para realizar a decomposição do problema, não se limitando à mera descrição do assunto. Por fim, considera-se jurídico-sociológico por considerar o contexto social no qual o Direito é refletido, principalmente ao buscar a eficácia das normas.

Quanto aos materiais consultados, priorizaram-se fontes primárias: legislações na redação original, além das versões atualizadas, doutrinas publicadas na vigência dessas normas ou pouco tempo após, além de doutrinas mais atuais com essa perspectiva de diferentes interpretações.

Como o enfoque principal reside nessas duas fontes do direito (lei e doutrina), a jurisprudência foi indicada com parcimônia, pois, em virtude do amplo lapso temporal, reconhecemos que poderia ser uma pesquisa à parte. Por isso, apresentam-se especialmente as que foram destacadas pelos doutrinadores, reconhecendo a importância dessas decisões. Nesse sentido, concordamos com Brigas acerca da importância do tema e da justificativa da escolha das normas a serem estudadas, desde as Ordenações:

> A escolha pela análise histórica do casamento enquanto causa de extinção da punibilidade exige, por coerência metodológica, a consideração das Ordenações portuguesas e do Direito Canônico como fontes formadoras do direito penal e do direito de família. Como já advertia Savigny, todo o Direito é História do Direito, e

> no caso português e brasileiro, essa máxima se manifesta pela íntima fusão entre moral religiosa e norma jurídica. Assim, instituições como o matrimônio não apenas regulavam a organização social, mas também exerciam funções jurídicas típicas, como a suspensão ou extinção da punibilidade em crimes que afetassem a honra, a virgindade ou a ordem pública (Brigas, 2017, p. 9-10).

Enquanto ramo das Ciências Sociais Aplicadas, o Direito não pode desconsiderar a sociedade. Contudo, reconhecendo-se as limitações das áreas do conhecimento e a própria complexidade da sociedade brasileira (considerando o largo período histórico analisado e as diferenças que poderiam ser encontradas nas variadas regiões brasileiras), o estudo das normas positivadas apresenta certeza científica do conteúdo e de sua existência.

E como as decisões jurídicas precisam de fundamentação, a qual originariamente decorre da lei e de outras fontes normativas, optou-se por realizar o estudo histórico-normativo, que oferece maior certeza científica.[11] Complementam-se as fontes com obras jurídicas publicadas durante os períodos analisados, justamente para não desvencilhar a norma da realidade.

As jurisprudências, para que fossem efetivamente analisadas com profundidade, exigiriam recortes temporais e/ou temáticos, de modo que não haveria equiparação completa com as normas. Para tanto, optou-se por colecionar, dentre as decisões mencionadas nas doutrinas analisadas, as consideradas com maior relevância e enriquecimento para a discussão.

Cumpre também advertir e justificar a opção pelos termos utilizados no presente trabalho. Em primeiro lugar, quanto à expressão "norma", que carrega significados diferentes a depender do(s) autor(es) de referência. Não se emprega "norma" enquanto sinônima de regras positivadas no ordenamento jurídico, o que reduziria seu conteúdo.

Não se trata de crítica, mas apenas de opção por um instituto mais amplo. Assim como ensina Marcelo Caetano, compreende-se que a norma deve ser entendida (e analisada) enquanto diretrizes de condutas a serem realizadas ou evitadas de modo obrigatório por certa população, em local específico, em determinada época.[12]

---

[11] Nesse mesmo sentido, reconhece-se a importância e a fidedignidade das normas enquanto fonte de estudo: "A história do direito, em suma, poderia muito bem só ter existência separada como história dos juristas: o que não é, para um ramo de uma ciência dos homens, maneira tão ruim de existir. Entendida nesse sentido, ela lança sobre fenômenos bastante diversos, mas submetidos a uma ação humana comum, luzes forçosamente incompletas, mas, em seus limites, bastante reveladoras. Ela apresenta um ponto de vista sobre o real" (Bloch, 2002, p. 131).

[12] Acerca das lições de Marcelo Caetano, definem Fernandes e Rêgo que "Normas jurídicas são as regras de conduta que, no seio de um dado grupo social, o Poder torna eficazmente obrigatórias pelo emprego de coacção contra os desobedientes, no intuito prático de assegurar a Ordem pela Justiça" (Fernandes; Rêgo, 1941, p. 7, grifos dos autores). As mencionadas "regras de conduta", posto que expressão genérica, permitiriam dúvidas sobre a extensão do conteúdo, pois parecem se ater às regras positivadas no ordenamento jurídico. Embora a maioria das normas analisadas neste trabalho sejam nesse sentido, não se aplica a todas.

Embora o reconhecimento da força normativa dos princípios seja relativamente recente, especialmente com as correntes teóricas do pós-positivismo e a adoção por grande parte da doutrina brasileira do neoconstitucionalismo[13], sua existência, seja de modo expresso ou tácito, deve ser considerada.

Desse modo, emprega-se a expressão "norma" no sentido aplicado por Robert Alexy, em que princípios[14] possuem graus de satisfação em cada caso concreto, o que não se aplica às regras, as quais devem ser satisfeitas ou rejeitadas por completo, segundo critério claros e preestabelecidos. Desse modo, via de regra, não serão tratadas com distinção norma-regra e norma-princípio, a não ser que expressamente seja feito, o que geralmente se faz pertinente no caso dos princípios.

Ainda com relação aos termos empregados, destaca-se o fato de que os estudos nos ramos de História do Direito requerem cuidados especiais com denominações e institutos. Deve-se reconhecer, por exemplo, que a família analisada em cada um dos períodos estudados possui diferentes concepções sociais. Nesse sentido, justifica-se o reconhecimento das diferenças, embora sejam utilizadas as mesmas expressões nos diferentes períodos. Em consonância com o proferido por Brigas,

> Advertimos o leitor que temos consciência da desadequação dos termos *familiares* e *penais* reportados ao século XVII, mas adoptamos, neste ponto, a concepção de Michel Troper, recusando uma história dos conceitos, mas reconhecemos a existência, num determinado espaço e tempo, de expressões tradutoras de uma certa realidade que o historiador do Direito quer necessariamente aprender. O recurso aos termos contemporâneos do historiador assume-se, portanto, como uma inevitabilidade, [...] Brigas, 2019, p. 392.

Do mesmo modo, apesar de a legislação penal brasileira se iniciar com o Código Criminal e posteriormente alterar a opção por Código Penal, as expressões "criminal" e "penal" são adotadas indistintamente.

Ainda, deve-se reconhecer a necessidade da cautela na análise proposta pelo trabalho, pois "[...], a transposição de conceitos que utilizamos na actualidade para o domínio histórico-jurídico deve ser efectuada com parcimónia" (Brigas, 2018, p. 30). O conceito de família e de

---

[13] Por todos e para compreensão dos marcos históricos, teóricos e filosóficos do neoconstitucionalismo, ver: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista De Direito Administrativo*, v. *240*, abr./jun. 2005, p. 1–42. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618. Acesso em: 20 nov. 2023. DOI: https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618

[14] Outra definição que não se contrapõe sobre os princípios é bem explicada por Miguel Reale: "**Princípios** são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam **princípios** certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validez de um sistema particular de conhecimentos, como seus **pressupostos** necessários" (Reale, 1999, p. 60, grifos do autor).

outros institutos não é o mesmo ao longo desse período estudado.[15] Por isso, apesar da visão atual, é preciso consultar materiais das respectivas épocas para se compreender o contexto social, político, jurídico e cultural. Segundo Brigas, nesse estudo

> [...], vemos, com alguma evidência, que a argumentação de conteúdo histórico é frequentemente invocada para justificar determinadas opções do legislador actual. Muitas vezes constatamos que a fundamentação não se encontra alicerçada juridicamente e resulta apenas de uma certa percepção que se tem do que ocorreu ao longo das várias épocas, nem sempre correcta e, frequentemente, mal documentada (Brigas, 2018, p. 31).

Cabe, então, à pesquisa histórico-jurídica colaborar com a compreensão dos antecedentes que levaram aos institutos atuais de modo a construir com conhecimentos teóricos que possam refletir na prática jurídica em diversos ramos, como História do Direito de Família e do Direito Civil, bem como a História do Direito Criminal.

Quanto à originalidade necessária para elaboração de uma tese, o tema proposto não encontra similaridade com outras pesquisas, livros, dissertações ou teses, oferecendo, como um todo, o preenchimento de lacunas nessa área do conhecimento. Embora existam trabalhos que versem sobre alguns pontos abordados[16], as análises sobre a extinção da punibilidade por meio do casamento do agressor com a vítima geralmente se limitam ao Código Civil de 2002 e o Código Penal de 1940, eventualmente com estudo de casos ou análise jurisprudencial.

Por isso, mesmo que se considere o tema já pesquisado (apesar de apenas parcialmente), a abordagem proposta ao tema é inédita em decorrência do recorte temático, do enfoque teórico-metodológico utilizado e do recorte temporal ao se propor a realização do estudo histórico-legislativo desde as Ordenações de D. Duarte e das Ordenações do Reino, tanto no âmbito cível quanto criminal, passando pelos Códigos Criminais anteriores (1830, 1890 e a Consolidação de 1932), bem como o Código Civil de 1916.

Além disso, o trabalho não se restringe à compreensão legislativa, abarcando também o estudo doutrinário e dogmático para compreender como os autores explicavam essa exceção legislativa e quais eram as eventuais críticas tecidas. Desse modo, além da perspectiva

---

[15] Segundo Brigas, "Conceitos como **família**, **casamento**, **poder paternal**, **divórcio** e **separação** podem ser aproximados da realidade dos séculos XVII e XVIII, mas não devem ser identificados como as vivências actuais" (2018, p. 81).

[16] Realizou-se pesquisa na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações. Não houve resultados com a busca pelas palavras-chaves "casamento", "extinção" e "punibilidade" concomitantemente, nem com "casamento" e "pena". Ao se pesquisar "casamento" e "crime", foram encontrados 76 trabalhos entre 1997 e 2024, muitos sem relação ao tema aqui tratado, e os poucos tangenciais sem relacionar os dois institutos, voltados à análise de um crime (estupro de vulnerável, bigamia, defloramento, sedução, relações clandestinas), ou vários com delimitação temporal (restritos a um estado brasileiro, no período de 20 anos), ou a casos práticos (com delimitação a um estado ou município, por curtos períodos de, geralmente, 20 anos, até o máximo de 50 anos), ou voltados à análise processual, também sem compreender todos os institutos aqui estudados e o período histórico analisado. Não há, pois, trabalho semelhante ao tema proposto.

histórico-jurídica, serão estudados os diversos reflexos atuais na área do Direito de Família e do Direito Penal.

Desse modo, justifica-se a relevância da pesquisa, que envolve importantes institutos, quais sejam, o casamento e a extinção de punibilidade, de modo interdisciplinar. As consequências almejadas possuem relevância intelectual, importando sua discussão no âmbito acadêmico, e também de ordem prática, pois são assuntos com grande impacto em processos judiciais, em procedimentos extrajudiciais e na produção legislativa.

Além disso, a relevância desse trabalho reside no fato de se contribuir com o estudo e a prática dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, pois o estudo histórico-comparativo inclui legislações portuguesas que foram aplicadas no território brasileiro.

Para que a pesquisa proposta possa contribuir com uma tese profunda e de maior impacto, o que resultará em maiores contribuições aos operadores do direito e à sociedade, foi essencial a possibilidade de se realizar um período de pesquisa em Portugal, pois o acesso a um acervo com obras físicas da época das Ordenações e do período imperial brasileiro permitiu uma leitura direta das fontes, no respectivo contexto histórico, cultural, político e social, bem como o acesso a diferentes métodos e modos de realização de investigação.

Espera-se, desse modo, que a pesquisa proposta possa fomentar discussões nos dois países sobre as consequências e os reflexos atuais do tema, bem como cautelas a serem observadas pelos juristas.

Por fim, reconhece-se que o tema analisado se encontra dentro dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU) para 2030, especialmente com os pontos de igualdade de gênero (5), redução das desigualdades (10) e sobre paz, justiça e instituições eficazes (16).

Feitas essas considerações, organiza-se o estudo em três capítulos. O primeiro se dedica aos antecedentes histórico-normativos, com as Ordenações do Reino (Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), bem como as Ordenações de Dom Duarte, as primeiras que iniciam esse movimento de sistematização jurídica. Nesses regramentos, estudam-se regras referentes ao casamento, como requisitos formais e idade núbil, além dos crimes sexuais quanto ao bem juridicamente tutelado, as penalidades estabelecidas e a possibilidade de extinção dessa sanção por meio do casamento com a vítima.

O segundo capítulo tem por cerne estudar na legislação brasileira o casamento, desde o histórico reconhecimento do casamento civil, passando pelas regras na Consolidação das Leis Civis, do Código Civil de 1916, do Código Civil de 2002, e do PL n.º 4/2025 (sobre a alteração do CC/1916). São estudados, igualmente, os requisitos legais nas diferentes legislações e

épocas, bem como alguns elementos específicos, como a autonomia da vontade e a produção dos efeitos decorrentes da celebração do matrimônio.

Por fim, o terceiro capítulo é dedicado ao estudo da legislação criminal brasileira (Código Criminal de 1830, Código Penal de 1890, as Consolidações das leis penais de 1932 e o Código Penal de 1940) sobre o que é a extinção da punibilidade, a quais crimes se permitia afastar a pena por meio do casamento, e como ocorria a aplicação dessas previsões legais.

Assim, constitui o objetivo geral dessa pesquisa a análise da relação entre o instituto do casamento na legislação selecionada (Ordenações de D. Duarte, Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas, Ordenações Filipinas, Código Civil de 1916, Código Civil de 2002 e PL n.º 4/2025) e a possibilidade de sua utilização como meio de extinção de punibilidade no âmbito criminal, a partir das tipificações nas Ordenações mencionadas, Código Criminal de 1830, Código Penal de 1890, Consolidações das leis penais de 1932 e Código Penal de 1940.

2 ANTECEDENTE HISTÓRICO-JURÍDICO

A complexidade das relações sociais exige um conjunto de regras que permita a convivência em harmonia, designando direitos e deveres a todos. O Direito, então, é uma produção que reflete os contextos sociais, culturais e políticos do tempo e do local em que é aplicado.

Assim como as regras vão se transformando, o modo de se criar e se utilizar do Direito também: regras orais passam a ser transcritas, decisões viram precedentes para novos casos e a segurança jurídica ganha valor, de modo a se evitar casuísmos e consequentes surpresas. Essa segurança jurídica repercute, também, em maior estabilidade política (Homem, 2007).

O período de pré-codificação se utilizava de diversas fontes[1], além de conferir importância ao costume[2], "[...] vulgarmente designado como *direito não escrito*, objeto de tradição oral, veículo de transmissão dos comportamentos tidos como vinculantes" (Brigas, 2017, p. 17), e à influência da religião católica, cujas regras, em determinado momento, passaram a ser hierarquicamente superiores em relação às do direito romano.[3]

Em certos casos, isso significava que o julgamento de alguns atos poderia ser feito por um tribunal religioso, ou não, dependendo do assunto em discussão (geralmente, se havia ou não a incidência/discussão de pecado). Como exemplo, "A legislação produzida refletia ainda a dualidade existente em certas temáticas, evidente em matéria de bigamia, onde se admitiu a intervenção dos tribunais eclesiásticos ao lado dos tribunais civis. Eram as situações de jurisdição mista" (Brigas, 2017, p. 16, grifos nossos), com base no Decreto de 26 de Maio de 1689 (Brigas, 2018, p. 60).

Posteriormente, nos séculos XIV e XV, houve o início da restrição do âmbito de aplicação do direito canônico, especialmente com beneplácito régio. Em decorrência dessa

---

[1] Situação que repercutiu posteriormente: "Compreender a realidade jurídica do século XVIII em Portugal implica reconhecer a multiplicidade de fontes de direito deste período, consequência da herança jurídica presente na formação do reino" (Brigas, 2016b, p. 57).

[2] Acerca desse instituto e da dificuldade de sua aplicação, explica Brigas: "O respeito pelos bons costumes e a rejeição de costumes irracionais foram princípios aceites na atuação dos monarcas portugueses que, para além de combaterem a vindicta privada, **recusaram a dispensa do consentimento matrimonial da mulher como costume antigo**. **A espontaneidade como característica do costume explica a dificuldade régia em controlar a sua formação e vigência**" (Brigas, 2017, p. 18, grifos nossos).

[3] Acerca da importância do direito canônico, explica Brigas: "O direito canônico era aplicável de forma expressa pela vontade do monarca desde a Cúria de 1211, reunião na qual D. Afonso II afirmara a superioridade deste direito perante o direito romano. A **ausência de regulamentação pátria justificou a solução adotada**, a que se associa o reconhecimento da supremacia deste direito perante a lacunosa legislação nacional" (Brigas, 2017, p. 20, grifos nossos).

prerrogativa, os monarcas deveriam aprovar as situações em que atos eclesiásticos teriam validade (Nunes; Albuquerque, 1968).

Nesse contexto, no século XIV, em Portugal, "A uniformização legislativa representou o ponto de partida da afirmação das monarquias medievais" (Bôaviagem, 2012, p. 275), com base em princípios romanos, em substituição às regras de Direito locais e aos forais. Esses últimos poderiam ser concedidos pelo monarca, embora no início nobres também o fizeram. Por meio desse instrumento, era possível conceder titularidade de terras aos monarcas e outros particulares (Mello, 1816, p. 13).

Além disso, tratava-se de importante documento jurídico. Conforme a definição de Bôaviagem, "Os forais são códigos[4] de direito público interno, miniatura de constituições políticas outorgadas a municípios (ou melhor, aos Concelhos) durante a Idade Média e até modernamente" (Bôaviagem, 2012, p. 270), posto que somente foram extintos expressamente em 1932. Surgiram, durante esse período, as leis gerais no século XIII, em substituição às leis locais. Essas leis continuaram a ser estabelecidas em diversos reinados até que se iniciasse o movimento de compilação das regras esparsas. Assim,

> Em 1385, com a morte de D. Fernando, inicia-se a dinastia de Aviz com D. João I, monarca que abre a fase orgânica do direito português. Esse rei tenta consolidar as diversas leis esparsas existentes, redigidas em diversas línguas, trabalho que atravessou também os reinados de D. Duarte e a regência de D. Pedro, duque de Coimbra, vindo à luz, em 1446, ano em que D. Afonso V subiu ao trono e que emprestou o seu nome ao código - *Ordenações Afonsinas* -, às quais se seguiram as *Ordenações Manuelinas* e as *Ordenações Filipinas* (Bôaviagem, 2012, p. 276, grifos do autor).

O esforço desses reinados culminou numa codificação que daria maior unidade ao Direito, com a suplantação do Direito local e a valorização da autoridade do monarca. Duas obras fundamentais nesse processo de reunião[5] de normas são o Livro das Leis e das Posturas e as Ordenações de D. Duarte[6], as quais não chegaram a ser concluídas e não integram, portanto, aquele grupo que se denomina de Ordenações do Reino.

Segundo Costa, essa denominação de Ordenações de D. Duarte decorria do fato de se tratar "[...] de uma colectânea privada que deriva o nome por que é conhecida do simples facto

[4] Apesar da denominação, não se assemelham à definição atual de código. Podemos interpretar que o autor quis se referir a um documento normativo.

[5] Optou-se por esse termo ao invés de "organização" ou "sistematização" para alinhar aos comentários de Morais, a qual fala em "sequência de textos", utilizando-se como base o trabalho de Alexandre Herculano em *Portugaliæ Monumenta Historica*, na qual menciona ser uma sequência de atos legislativos, não havendo uma ordem (cf. Morais, 2001, p. 873).

[6] Estas, por outro lado, já iniciavam uma sistematização, mesmo que fosse pela organização cronológica das regras: "Já no códice de D. Duarte se seguiu um critério de ordenação por reinados, sem irregularidades ou transposições, pelo menos na parte relativa ao período em análise" (Morais, 2001, p. 874).

de ter pertencido, segundo se crê, à biblioteca de D. Duarte, o qual lhe acrescentou um índice (‘tavoa’) da sua autoria e um discurso sobre as virtudes do bom julgador” (Costa, M., 2014, p. 299).

As Ordenações de D. Duarte “iniciam a sequência dos diplomas, depois da *Tavoa* cuja redacção se atribui ao próprio D. Duarte e de um capítulo sobre as virtudes que se requerem a um bom julgador, com vinte e sete leis de Afonso II resultantes da Cúria de Coimbra de 1211. [...] têm todas elas a designação de «Constituição»” (Morais, 2001, p. 815). Tratou-se de um movimento histórico e juridicamente relevante por ser o precursor das Ordenações Afonsinas, que são consideradas, efetivamente, o marco inicial da sistematização jurídica portuguesa.

Desse modo, nas OA, encontram-se “referências frequentes a leis que se encontram no *Livro das Leis e Posturas* e no códice de D. Duarte. As expressões usadas são variadas, umas mais vagas, sem portanto darem pistas sobre a localização precisa dessas leis [...]” (Morais, 2001, p. 876).

Apesar da importância do documento, as OA, cuja data remete a 1446-1447, “Estavam longe de constituir um sistema completo, posto haver institutos do direito privado omitidos” (Bôaviagem, 2012, p. 276), contudo, é um marco legislativo do Direito português e que foi aplicado em suas colônias ultramarinas.

Sua substituição ocorreu com as Ordenações Manuelinas, publicadas inicialmente em 1514 e posteriormente em 1521. As OM correspondem a um documento de reorganização e atualização das Ordenações Afonsinas motivado pelas transformações sociais, econômicas e institucionais ocorridas no Reino de Portugal ao longo do final do século XV e início do XVI. Foram encomendadas pelo Rei D. Manuel com o objetivo de reunir e sistematizar a legislação vigente, incorporando leis avulsas, regimentos régios e normas de prática judiciária dispersas promulgadas após as OA, marcadas pela influência do direito romano, do direito canônico e dos costumes.

Contudo, ao longo do século XVI, a constante emissão de novos regimentos, decretos e alvarás motivou, novamente, a atualização do texto. Assim, encomendadas pelo Rei D. Filipe I de Portugal (que era reconhecido na Espanha como D. Filipe II), foram promulgadas em 1603 as Ordenações Filipinas. Buscou-se, além da revisão, reformular o sistema jurídico, ao se incorporar maior sistematização e incorporação de práticas jurisprudenciais sedimentadas.

Foram as Ordenações com maior período de vigência: em Portugal, no âmbito criminal, até a aprovação do Código Penal em 1852, e, no âmbito cível, até a promulgação do Código Civil de 1867. Já no Brasil, o Código Criminal data de 1830 e o primeiro Código Civil foi promulgado apenas em 1916.

Assim, nesse capítulo serão estudados os regramentos relativos a casamento, crimes sexuais e eventual regulamentação do casamento como meio de extinção de punibilidade conforme as disposições das Ordenações de D. Duarte e das Ordenações do Reino (OA, OM e OF), que correspondem ao período de utilização das normas portuguesas no Brasil antes do início da produção legislativa própria.

2.1 Ordenações de Dom Duarte, Afonsinas e Manuelinas

A Monarquia portuguesa iniciou a positivação de regras por meio de forais ("foraes"), instrumento que concedia titularidade de terras aos monarcas e outros particulares (Mello, 1816, p. 13). Por meio dos forais, as leis criadas eram particulares, e não gerais. Em algumas situações, mesmo após os regramentos das Ordenações, ainda havia aplicação subsidiária dos forais, como exemplo, O.A., L. V, T. XXXVI, § 1[7].Como visto, visando maior estabilidade política e segurança jurídica, seguiu-se um processo de positivação e sistematização das normas. Posteriormente, reconheceu-se a importância das leis de caráter geral, bem como de uma obra que reunisse a legislação vigente, o que facilitaria a consulta, o conhecimento e a aplicação das normas.

Nesse contexto, destacam-se as Ordenações D. Duarte como uma obra vista como precursora das OA, e "um dos mais importantes monumentos legislativos [de Portugal]" (Albuquerque, 1988, p. [V]), as quais, "com um ou outro desvio, na sua maior parte obedecem a um critério cronológico, base de sistematização" (Albuquerque, 1988, p. XV).

Aos órfãos de pai e mãe que não tivessem atingido a maioridade, estabelecia a Constituição L que juízes ou alvazis[8] poderiam designar tutores ou curadores, preferencialmente pessoas próximas aos pais com honra, probidade, reconhecido pelos bons costumes e pela idoneidade.[9]

---

[7] Sobre o crime de quem mata, fere, ou "tira arma na Côrte", as penas variavam conforme a localidade, o contexto (se havia rixas anteriores, intencionalidade ao se indicar se foi de "propósito"), a consequência (ex. danos físicos permanentes, nesse caso referindo-se a "aleijar"). Nesse sentido, o dispositivo indicado estabelecia que "E se de propósito tirar arma, ferir ou aleijar, pague o dobro do que pagaria, sendo em rixa: e isto além das penas pecuniarias conteúdas nos Foraes dos lugares, onde forem feitos os ditos malefícios" (Almeida, 1870c, p. 1187).

[8] A escrita utilizada é "aluazijs", que parece remeter à figura dos alvazis, uma expressão medieval usada para designar as autoridades administrativas e judiciais em Portugal.

[9] Segundo o t. L: "[...] devem a [tutela ou curatela] dar a homem tal que seja seu parente mais próximo, da parte daquele que faleceu, e que seja de idade madura, e que seja prudente, e de bons costumes, e de boa reputação" (Albuquerque, 1988, p. 86, tradução nossa). Texto original: "[...] deuem a [tutela ou curatela] dar homem tall que sseia sseu prouynco mais chegado da parte daquell que for morto E que sseia de rreuora conprida E que sseia cordo E de boo costume E de boo testemunho". Percebe-se que a proximidade familiar era apenas um dos elementos, enfatizando o caráter do possível tutor ou curador.

Caso o menor fosse órfão apenas de pai, a mãe, caso não contraísse novas núpcias, poderia exercer esse encargo. Caso houvesse novas núpcias, deveria ser designado um parente como tutor ou curador desses filhos (e, consequentemente, o poder de administração dos bens).

A Constituição LVIII continha diversas regras sobre o casamento, incluindo os efeitos patrimoniais e questões de deserdação. As regras aplicáveis ao casamento eram as da igreja, observando-se que não houvesse algum pecado entre os nubentes, desde que tivessem a "idade cumprida como de costume". A essa parte final, destaca-se que consta na obra de referência consultada uma anotação manuscrita para se levar em consideração que essa norma revogava uma lei de D. Dinis e outra da época de D. Afonso[10], as quais determinavam a pena de morte a quem se casasse com mulher que estivesse em seu poder sem o consentimento de seu responsável legal.[11]

Consideramos que uma dessas leis revogadas foi a Lei de 4 de março de 1333, decretada por D. Dinis[12], a qual estabelecia que as filhas que se casassem ou tivessem relações sexuais (fizessem "maldade com seu corpo", ou seja, a perda da virgindade) sem o consentimento dos pais seria deserdada, mesmo que os pais quisessem deixá-la como herdeira (Albuquerque, 1988, p. 185). Trata-se de norma com forte caráter de proteção à moralidade sexual, de reprodução de uma sociedade patriarcal, e da limitação automática da autonomia testamentária, representando uma forte intervenção estatal na autonomia sucessória.

Igualmente, pode-se considerar que houve a revogação da Lei de 11 de fevereiro de 1378, a qual trazia uma série de punições para quem se casasse com alguma mulher sem o consentimento de seus pais, avós, ou outra pessoa legalmente responsável. A justificativa da punição era pelos danos que isso causava às mulheres, que muitas vezes não conseguiam comprovar o casamento e, consequentemente, eram difamadas, seus filhos não eram reconhecidos como legítimos, além de diversos casos de homicídios relatados entre esses

---

[10] Sem especificação, pode-se deduzir se tratar de D. Afonso IV, posto que há muitas leis desse rei nas Ordenações de D. Duarte.

[11] Conforme a atualização linguística do trecho original: "Isto que aqui foi revogado por uma lei feita pelo Rei D. Dinis, e por outra feita pelo Rei D. Afonso [IV], nas quais se determina aplicar pena de morte àquele que se casar com mulher que estiver sob o poder de outrem, sem o consentimento daquele em cujo poder ela estiver, etc." (Albuquerque, 1988, p. 681, tradução nossa). Texto original: "Esto que aqui he rreuogado per hũ lley que fez el rrey dom denis E pera outra que fez rrey dom afonsso em que mandam dar pea de morte aaquell que casar com molher que esteuer em poder doutrem ssem conssentimento daquelle em cujo poder esteuer çetera". Percebe-se a ênfase no consentimento não da mulher, mas sim do homem a cujo poder ela se sujeitava, a exemplo do pai, de um tutor, etc.

[12] Durante esse reinado, as Ordenações elencam várias leis com fortes sanções ligadas a normas de desrespeito à honra e à moralidade sexuais ou matrimoniais, além da forte estrutura hierárquica social. Por exemplo, pela Lei de 9 de agosto de 1351, os empregados, ajudantes ou dependentes que trabalhassem na casa de um senhor, de forma assalariada ou não, seriam condenados à morte caso se cassassem ou tivessem relações sexuais (sem o consequente casamento) com mulher que fosse filha, irmã, prima (de primeiro ou segundo grau), ou mãe do senhor ou de sua esposa, ou, ainda, com criada ou concubina que morasse na casa desse senhor (Albuquerque, 1988, p. 187).

maridos e os familiares da mulher. Assim, as sanções ao homem eram de perdimento dos bens em favor de quem vivia com essa mulher (familiar, tutor, curador), que passariam ao rei caso essas pessoas rejeitassem. Esses homens seriam difamados para sempre e não poderiam ter cargos públicos ou continuar residindo em suas vilas. Se fossem fidalgos, seriam difamados e banidos da vila (Albuquerque, 1988, p. 443).

A importância do consentimento dos nubentes já era valorizada, pelo menos, desde o século XIII:

> Outro aspeto que deve igualmente ser considerado centra-se na liberdade matrimonial. O direito canónico enfatizava a preocupação com o consenso como elemento indispensável à celebração do matrimónio, princípio igualmente acompanhado pelos monarcas portugueses, como sucede na Cúria de Coimbra de 1211, em que D. Afonso II impõe a liberdade dos casamentos como condição para a sua celebração. Posteriormente, no Regimento da Casa Real, de 1 de abril de 1258, refere-se novamente a proibição geral de coação nos matrimónios. Sabemos, no entanto, que a prática enjeitava frequentemente as determinações referidas (Brigas, 2016, p. [19]-22, p. 21).

Percebe-se, então, que primeiramente se falava do consentimento dos nubentes; depois, houve rígidas regras de repressão caso o consentimento dos representantes legais da mulher não fosse obtido, para que num terceiro momento se passasse ao afrouxamento das penas ao casamento contrário à vontade dos pais.[13] Nas Ordenações, essa desobediência não era sequer motivo de deserdação, nem de ser retirada da herança de outros familiares, muito menos havia previsão de penas de banimento, açoites, ou perdimento de bens.

Caso uma pessoa casada se afastasse do local em que residia, o novo casamento por parte do cônjuge remanescente não seria válido, mas não havia nenhuma penalidade corporal ou pecuniária.[14] Não havia imposição de penas quando o viúvo ou viúva se casasse após a morte

---

[13] Acerca da alteração das penas que percebemos, especialmente com relação as penas de morte e de açoitamento, ou seja, sanções físicas, explica Costa: "Quanto ao direito criminal substantivo, de acordo com uma progressiva publicização, apura-se certa tendência para o predomínio das sanções corporais, em detrimento das sanções pecuniárias. Acentua-se, pois, o carácter repressivo da justiça penal. Do mesmo modo, neste plano, o incremento das leis de aplicação geral supera as antiquadas normas locais e foraleiras. Caminha-se para a uniformização, em todo o território, dos delitos e das penas respectivas, se bem que estas continuem muito severas e variáveis, conforme a categoria social do delinquente. Na punição, intenta-se considerar, para além da conduta delituosa em si, as circunstâncias que a rodearam, com graduação da pena em função do grau de culpa.
[...]
Num balanço de conjunto, poderá admitir-se que as influências romanísticas tenham sido predominantes. Sectores houve, todavia, onde prevaleceram orientações do direito canónico. Estas últimas demonstraram muito específico relevo na disciplina da família, mas fizeram-se ainda sentir, de modo expressivo, noutras áreas, como as da posse, da usucapião e do direito e processo criminais" (Costa, 2014, p. 300-301).

[14] Conforme a disposição literal: "Se alguma mulher que seja casada, ou algum homem que seja casado, vier a se casar com outra pessoa, sendo algum deles de fora do local, nenhum deles sofrerá pena em seu corpo nem em seus bens, como se o casamento fosse inválido" (Albuquerque, 1988, p. 89, tradução nossa). Texto original: "[...] sse algua molher que sseia casada ou alguum homem que sseia casado sse sse casar com outrem ou ella com outro sseendo alguum delles fora da terra nom auera nehuum delles nehua pea em sseus corpos nem em sseus aueres

do cônjuge, sem limite temporal mínimo a ser observado, posto que, após a morte, já era possível o casamento imediatamente, a não ser que houvesse algum costume em contrário.

O homem não era obrigado a se casar por arras se não quisesse, mas, nesse caso, seria obrigado a dividir a metade dos bens[15]. Os presentes dados entre o casal, mesmo antes do casamento, não precisariam ser devolvidos. Todavia, apesar de não se oficializar o casamento, se o casal vivesse como se casado fosse ("esposado" e "esposada"), os presentes dados seriam divididos em caso do falecimento de uma das partes.

A essa situação de esposado/esposado também poderia se denominar "casamento por fama". Sua prova foi regulamentada em regra específica com alguns requisitos: convivência por sete anos contínuos, chamarem-se publicamente de marido e esposa, realização de compras e vendas em conjunto, e o reconhecimento notório da vizinhança como se fossem cônjuges ("marido e mulher", conforme a descrição do contexto à época). Nesse caso, não seria possível negar o casamento e seriam considerados casados ainda que não tivesse havido uma celebração religiosa.

Podemos analisar que, excluída a delimitação temporal e a exigência da coabitação, parecem requisito semelhantes ao reconhecimento do atual instituto da união estável, que requer esse reconhecimento público e notório, de modo contínuo e prolongado, de um relacionamento em que as partes poderiam se chamar de cônjuges, com o acréscimo de ser necessário também se comprovar a vontade de se constituir família.

Em caso de adultério, pela Constituição LVIII, caso a mulher (solteira, esposada ou casada) deixasse a casa em que residia com o marido/esposado, ou mesmo se não se provasse o adultério, essa mulher não perderia o que recebeu por dote da pessoa que ela traiu.

Trata-se de pena muito mais branda do que a determinada por D. Dinis, o qual decretou a pena de morte para a bigamia, ou seja, no caso da realização de um novo matrimônio enquanto o casamento não fosse separado por decisão da igreja, sem distinção entre homem ou mulher cometendo esse ato, ou até mesmo de classe social, imposta tanto aos fidalgos quanto à população em geral. O fundamento da decisão foi o grande número do que o rei chamou de "celebrações indevidas" no reino (Albuquerque, 1988, p. 308). Os homens, contudo, deveriam indenizar a primeira esposa.

---

como quer que o casamento nom ualha". Optou-se na tradução por entender que se tratava de incidência no plano da validade, e não da eficácia, na parte final ao dispor "como quer que o casamento não valha". Como consequência, afastavam-se as punições físicas e pecuniárias.

[15] Na Constituição LIII, regulamentou-se como seria feita a partilha dos bens, especialmente para os filhos do casal. Como o assunto não tem relevância direta com o objeto principal, recomenda-se a leitura no caso de interesse: Albuquerque, 1988, p. 89-93.

Posteriormente, reforçou-se o entendimento que "os pecados de adultérios são muito maus e muito contra a vontade de Deus e [causam] grande dano ao bem comum da terra" (Albuquerque, 1988, p. 440), de modo que a acusação caberia a qualquer pessoa. Mais do que necessariamente impor sanções, parece-nos que essa lei tinha por objetivo condenar a prática, no sentido de explicar porque era algo considerado tão problemático, com a finalidade de desincentivar sua prática.

No caso de adultério, quando o homem tivesse uma concubina ("barregã teúda") de modo notório e não se separasse no prazo de 30 dias, havia diferentes penas dependendo da reincidência e se ele detinha ou não cargo público, conforme se elucida (Albuquerque, 1988, p. 349):

Quadro 1 - Comparação das penas de adultério nas Leis de D. Afonso IV nas Ordenações de D. Duarte

Incidência/cargo	Com cargo público	Sem cargo público
1ª vez	- perda do cargo; - proibição da convivência com a concubina	- açoite ao adulto se não se separar da concubina em 30 dias; - proibição de a concubina voltar a se relacionar com esse homem
2ª vez	- açoitamento à concubina; - expulsão da concubina da vila; - pena de morte ao adúltero	- pena de morte ao adúltero se se encontrarem em convivência; - açoitamento à concubina; - expulsão da concubina da vila

Fonte: elaborado pela autora

Apesar de várias semelhanças, percebe-se que eram mais gravosas as penas impostas ao homem sem cargo público, do que aquele que detinha tal posição. Na primeira condenação, de um lado, havia a simples perda do cargo, enquanto que, para outro, havia penas corporais de açoite e separação de corpos. Já no caso da segunda condenação, as penas eram semelhantes. Não havia distinção da pena para as mulheres concubinas.

Posteriormente[16], editou-se outra norma sobre a barregania. Ao se destacar os problemas (escândalos públicos por deixarem as esposas, mau exemplo, desonra a Deus e ao rei, danos físicos e patrimoniais, etc.), proibiu-se que homens casados tivessem concubinas (amantes) sob pena de perderem (caso tivessem) e não poderem exercer qualquer cargo público no Conselho

[16] Apesar da falta de indicação das datas, presume-se pela ordem nas Ordenações, as quais, em grande maioria, seguem um critério cronológico. Outro fator que corrobora com essa conclusão é a pena mais branda da segunda lei, tendência que se verificou posteriormente nas Ordenações de D. Duarte.

ou na Vila. Em caso de reincidência ou flagrante (ou encontro do casal em lugar suspeito), poderia ser decretada a prisão por 30 dias no castelo, mais multa, ou expulsão da vila em caso de novo ato. Nesse último caso, às mulheres haveria a sanção extra de açoite (Albuquerque, 1988, p. 372-373).

D. Afonso IV também regulamentou sanções em caso de adultério cometido com mulher casada conforme se tratavam de fidalgos ou não, com penas desde o perdimento de mercês e banimento do reino, ou pena de morte caso não se tratasse de homem nobre (Albuquerque, 1988, p. 441). As mesmas penas seriam aplicadas caso a mulher em questão fosse "de religião" (Albuquerque, 1988, p. 441).

A Constituição LXXVII (Albuquerque, 1988, p. 102) regulamentava a autorização conjugal para agir judicialmente. Desse modo, sem a devida procuração do cônjuge ou a outorga uxória ou marital, eventual negócio de compra e venda de bem imóvel ou a discussão judicial sobre a posse desse bem, o ato seria nulo.

As Constituições CX e CXI dispunham sobre a herança dos filhos das barregãs. Se essas mulheres convivessem com esse homem (teúdas), tivessem boa reputação, não se envolvessem com outros homens, e não houvesse impedimentos para esse matrimônio não realizado, os filhos frutos desse relacionamento teriam legitimidade para herdar os bens do pai, mesmo que ele se casasse futuramente e tivesse filhos legítimos com essa outra mulher. Contudo, não haveria concorrência na herança dos bens dos avós paternos se o pai tinha também filhos legítimos. Podemos, então, concluir que, até certo ponto, havia uma igualdade de tratamento entre os filhos legítimos e aqueles frutos de uma união extraconjugal, o que não era extensível ao grau dos avós paternos caso houvesse filhos legítimos.

Em outra parte das Ordenações, a Lei XXX (Albuquerque, 1988, p. 171-172), decretada por D. Dinis em 1318, dispunha sobre clérigos casados. Em regra, caso a esposa fosse virgem, mantivessem postura digna e não cometessem crimes graves, eles não perderiam os privilégios do cargo, respondendo aos crimes pelos juízes eclesiásticos. Todavia, poderiam responder perante a justiça comum caso não mantivessem condutas compatíveis com a vida de clérigo. Posteriormente, todos os clérigos casados deveriam se submeter às leis e aos juízos do reino (Albuquerque, 1988, p. 616).

Dispunham o t. XXII do L. II e os t. XIV e CXXI do L. V das OA sobre as barregãs dos clérigos e frades. Ao serem achados em flagrante pela primeira vez, ela seria condenada às penas de prisão, pagamento de multa no valor de 500 libras e degredo por um ano da cidade, vila ou aldeia. Em caso de reincidência, haveria nova multa no mesmo valor e o degredo por um ano, mas para fora da área do bispado ou do arcebispado. Na terceira vez, a condenação

seria para o açoitamento público e degredo do bispado até quando fosse perdoada. Após o degredo, o retorno deveria ser para outro local (§ 11).

Mesmo se ela fosse filha de fidalgo, as penas deveriam ser aplicadas. Contudo, após o segundo degredo, era possível evitar o açoitamento caso a mulher quisesse se casar ou ser freira (§ 8). A denúncia era, de certo modo, incentivada, pois qualquer um tinha a legitimidade e seria recompensado com 1/3 ou 2/3 do valor da multa.[17] Caso o denunciante fosse um oficial, sua recompensa seria destinada para as prisões, para custear as "despesas de alguns pobres presos" (§ 10).

A repressão à conduta de aliciamento de mulheres virgens, casadas ou religiosas, ou que vivesse honestamente, era fundamentada com base no mal que isso infligia na sociedade. As pessoas que facilitavam a prostituição/corrupção dessas mulheres eram denominadas alcajotes (homem) ou alcaiotas (mulheres), fossem os atos realizados em suas casas ou outro local. A primeira punição era açoitamento, banimento da vila e a perda de todos os bens; da segunda vez a sanção era pena de morte (Albuquerque, 1988, p. 442-443).

Foram também estabelecidas penas para quem tivesse relações sexuais com mulher virgem ou viúva que vivesse honestamente. Nesse caso, condenava-se ao casamento dessas pessoas caso as mulheres assim o quisessem e os homens fossem considerados convenientes para o matrimônio. Se uma das partes não consentisse, deveria ser arbitrado judicialmente o dote a ser pago que, em caso de descumprimento do prazo, deveria ser feito em dobro. Caso o homem não fosse fidalgo e não tivesse bens suficientes para arcar com o dote, poderia ser açoitado e banido do reino; no caso do fidalgo, perderia favores e seria expulso do reino (Albuquerque, 1988, p. 442).

À mulher deflorada delimitava-se o prazo de 30 dias para que ela apresentasse queixa do ocorrido em decorrência de "induzimento ou por força" (Albuquerque, 1988, p. 349) às autoridades, caso se encontrasse nesse período em lugar que ela não houvesse receio de prestar essa queixa.

Percebe-se que havia grande tolerância a algumas informalidades e até mesmo à publicidade, sendo elemento fundamental para a validade do casamento o consentimento dos

[17] Assim dispunha o § 9 do t. XXII do L. II das OA: "E outorgamos que qualquer pessoa do povo possa acusar tais mulheres como estas [barregãs] e receber a terça parte dessas penas, sendo as outras duas partes destinadas ao Alcaide-Mor da cidade, vila ou julgado onde isso ocorrer, se ali houver; e, nos lugares onde não houver Alcaide, essas duas partes serão para os meirinhos, que têm os demais direitos dos meirinhados" (Portugal, 1998, p. 198-199, tradução nossa). Texto original: "E OUTORGAMOS, que qualquer do povoo poſſa acuſar taaes molheres, como eſtas, e aver a terça parte deſtas penas, e as duas partes ſejam pera o Alquaide Moor da Cidade, ou Villa, ou Julgado, honde eſto acontecer, ſe o hi ouver; e nos lugares, honde Alquaide nom ouver, ſejam eſſas duas partes pera os Meirinhos, que ham os outros direitos dos Meirinhados". O Alcaide atuava com uma função mista entre administração e jurisdição.

nubentes. As ações possessórias e a compra e venda de bens imóveis dependiam da concordância do cônjuge, sem discriminação entre homem e mulher. Conferiam-se certos efeitos sucessórios aos filhos de relacionamento extraconjugais em situação de igualdade com os filhos legítimos quanto à herança paterna, o que não era aplicável aos avós paternos. As penas para adultério e bigamia também se mostraram severas, com penas de morte, açoite, expulsão do reino e perda do cargo público, além de se fundamentar a repressão com base em ser um ato considerado pecado.

A primeira regulamentação nas OA sobre o casamento dispunha justamente sobre o livre consentimento (L. IV, t. X), para que independentemente da classe social, não se constrangesse por ameaça ou por força algum homem ou mulher para se casar contra sua vontade, mas que se fizessem todos os casamentos por "vontade verdadeira" daqueles que houvessem de casar, segundo os mandamentos da igreja católica (Portugal, 1999a, p. 71-72).

Posteriormente, as disposições seguintes tinham caráter pecuniário (compra e venda, prodigalidade das viúvas, como se procedia a partilha de bens após o cônjuge falecer, regras sobre ser fiador, etc.). Assim como nas Ordenações de D. Duarte, vedava-se ao marido a possibilidade de vender ou trocar bens imóveis sem o consentimento da esposa (L. IV, t. XI). Caso a venda[18] ou a doação de bens, tanto de móveis quanto de imóveis, fossem feitas pelo marido à sua barregã, a esposa poderia revogar em juízo (mesmo sem autorização ou procuração do marido para tal) e, reavendo o bem, este passaria de ser de sua propriedade exclusiva. O prazo de quatro anos para a anulação começava a contar de eventual separação (L. IV, t. XIII).

Com relação a novas núpcias, o t. XVII dispunha especificamente sobre viúvas que se casassem antes de um ano e um dia do falecimento do marido. Decorrente das normas de D. Pedro I[19], criticou-se quem cobrava quantias arbitrárias e extraordinárias para realizar esse casamento, "o que é contra o Direito da Santa Igreja e contra as Ordenações de nossos antecessores" (Portugal, 1999a, p. 87, tradução nossa)[20]. Além disso, vedava-se a difamação dessas mulheres e dos novos maridos.

A partir do t. LXXXII encontravam-se as regulamentações sobre tutores e curadores. A determinação quanto a quem caberia esse encargo poderia ser feita por testamento (denominando-se tutor testamenteiro). Na ausência de disposição testamentária, caberia a um parente conforme determinação legal (tutor legítimo, dado por lei e pelo Direito); não havendo disposição, nem parente apto ou que queira exercer o encargo, caberia a um juiz designar "um

[18] Sem restrição de valor, pois havia a presunção de simulação de venda.
[19] Trata-se do Rei D. Pedro I de Portugal, que reinou entre 1357 a 1367 após o Rei D. Afonso IV.
[20] Texto original: "o que he contra Direito da Sanctra Igreja, e contra a Ordenaçam de alguũs noffos anteceffores".

homem bom" para ser este tutor ou curador (tutor dativo). Eram considerados menores aqueles que não tinham atingido os 25 anos completos (LXXXIII). Havia também disposições de curatela aos pródigos.[21]

O t. XCIX[22] dispunha especificamente sobre a filha menor de 25 que se casasse sem o consentimento do pai (embora o conteúdo mencione a mãe também). Inicialmente, relembra-se o disposto por D. Dinis, que estudamos, que penalizava com deserdação, mesmo que os pais quisessem manter a filha como herdeira. Desse modo, houve uma revisão da regra: se ao tempo da morte dos pais houvesse outros filhos ou filhas legítimas que não tivessem cometido tal "pecado", seguir-se-ia a deserdação; mas se não houvesse nenhum outro filho ou filha legítima, nem netos legítimos, seria permitido aos pais testar em favor dessa filha o quanto e do modo que quisessem, pois isso não prejudicaria outros filhos, já que não existiam.[23]

A deserdação também poderia ser imposta legalmente no caso de os filhos terem "afeição" ou realizarem conjunção carnal com a madrasta (ao se mencionar a "mulher do pai") ou barregã teúda do pai, ou das filhas que realizassem o mesmo com o padrasto (o "marido da mãe") ou barregão que teve sua mãe "consigo em casa manteuda, e governada"[24].

O L. V das OA era destinado aos crimes e às penas. Assim como os crimes de homicídio, lesão corporal e furto (dentro ou fora da igreja), o t. LIX[25], § 7, também considerava como crime de lesa majestade aqueles que se deitavam com mulheres da Ordem[26], os que forçassem mulher virgem "ou outra que não fosse" a realizar atos sexuais, quem cometesse adultério sabendo que a mulher era casada, bem como a própria mulher adúltera, a viúva que cometesse o pecado de fornicação, o sodomita e os alcoviteiros.[27]

---

[21] Tema que extrapola o objeto de estudo e, por isso, não será aprofundado.
[22] Escrito como "LXXXXVIIII" no texto consultado.
[23] Existiam também disposições para os casos de ingratidão (ex. ao se proferir palavras graves e injúrias em praça pública, envergonhando os pais), caso os filhos lidassem com feitiçaria, ou estes tentassem envenenar os pais ou tentassem contra suas vidas de algum outro modo, caso os filhos não tivessem pago a dívida dos pais presos ou nada tivessem feito para tirar os pais postos em cativeiro, caso os filhos não seguissem a religião cristã como os pais, etc. Essas disposições se aplicavam tanto com relação aos pais, quanto aos avós (L. IV, t. XCIX, § 21).
[24] Conforme a atualização da transcrição original do § 11 do t. XCIX do L. V das AO: "Se o filho tiver afeição ou mantiver relação carnal com a mulher de seu pai, ou com sua manceba que ele tenha consigo em casa, manteúda [sustentada] e governada; e, do mesmo modo, dizemos da filha que tiver semelhante afeição com o marido ou barregão de sua mãe, que a tenha consigo em casa, manteúda e governada" (Portugal, 1999a, p. 363, tradução nossa). Texto original: "Se o filho ouve afeiçom, ou ajuntamento carnal com a molher de ſeu Padre, ou com ſua manceba, que tiveſſe comſigo em caſa mantheuda, e governada; e bem aſſi dizemos da filha, que ſemelhante afeiçom ouveſſe com o marido, ou barregaão de ſua Madre, que a teveſſe comfigo em caſa manteuda, e governada". Assim, a pena incidiria mesmo no caso de relações não matrimonializadas dos pais, mas socialmente reconhecidas, posto que existentes de fato.
[25] Escrito "LVIIII" no texto (Portugal, 1999b, p. 224).
[26] Ou seja, mulheres religiosas, freiras.
[27] Conforme a escrita original: "[...] jaſendo com molher d'Oordem; e o que forçar molher virgem, ou outra que o nom foſſe; e o que fezer adulrerio com molher caſada aſſabendas, outro ſy a molher caſada, que o feſer; e a viuva,

Pelo t. VII, determinou-se que o homem que sabia estar cometendo adultério, por ter ciência que a mulher era casada, perderia os benefícios e bens[28] em benefício da pessoa "a que fez o torto" (presume-se que se referia ao marido traído). Caso ele não quisesse receber, os bens seriam entregues à Coroa. Se quem cometeu o ato não fosse fidalgo, a pena seria de morte. O fidalgo estaria a salvo dessa pena caso não tivesse tirado a mulher do poder do marido, mas também estaria condenado à morte caso o traído fosse de classe semelhante, como um cavaleiro ou fidalgo (§ 4).

Percebemos a diferença da gravidade da pena pela classe social: aos nobres e pessoas de classe social mais abastada, o perdimento era dos bens; já os menos favorecidos economicamente perdiam a vida. Além disso, a pena de multa era imposta em valor fixo por delito, e não proporcionalmente às condições do agente criminoso. Desse modo, para o mesmo delito, a sanção pecuniária afligia mais aos pobres do que aos ricos.[29]

Os homens que "dormissem com moça virgem ou viúva contra a vontade delas" (t. XI), ou seja, cometessem estupro, deveriam se casar com tal mulher. Todavia, a autonomia dessa vítima era fundamental: ela deveria concordar com o casamento e considerar que o homem com quem estava se casando "convinha" (ou seja, era digno o suficiente e não lhe traria constrangimentos)[30]. Caso o homem ou a mulher não aceitassem o casamento, ele deveria indenizá-la para que fosse possível ter um casamento que "conviesse". Em caso de descumprimento do prazo estipulado, o pagamento deveria ser feito em dobro.

Caso tivesse sido empregado força ou algum meio de induzimento por afago ou doações e se prestasse queixa, o homem responderia ao processo preso e deveria indenizar de modo

---

que feſer pecado de fornifio; e o que feſer pecado de incéſto; e o ſodomita ; e os alcouetos; [...]" (Portugal, 1999b, p. 229).

[28] A legislação referia-se também aos "maravedis do Rei", uma moeda com expressão pecuniária.

[29] Acerca dessa desproporcionalidade das penas, em especial com relação às sanções pecuniárias: "El Rei D. Affonso III tambem fez leis geraes tocantes a crimes, que punio com multas ou penas pecuniarias, que ordinariamente eraõ as que por este tempo se conheciaõ: **a pena de morte ainda era raríssima, e se costumava comprar por dinheiro**, Ord. Affons. liv. V., tit. 65. Como **neste tempo era limitado o fundo das rendas publicas, e o patrimonio Real era muito pequeno**, as leis usavaõ de penas applicadas paro o Rei, e para a parte offendida, e nas penas consistia principalmente o fundo das rendas publicas. Ora sendo isto assim, quem naõ vê, que nestes tempos **as penas naõ eraõ tiradas da natureza dos delictos, a quem devem ser analogas, e que por isso entre ellas e o delicto naõ havia proporçaõ**? Este erro era geral em toda a parte, e **os Principes se enriqueciaõ com os delictos dos criminosos**, e áquelles, que deviaõ ser castigados com penas corporaes, se impunhaõ pecuniarias, em que nunca podia haver igualdade; porque era; por exemplo, a multa de 300 maravedis grande para um pobre e que lhe absorvia todo o seu patrimonio, quando a mêsma para um Necracio era cousa de pouca monta. Este alem d'outros **hé um dos graves inconvenientes das penas pecuniarias, porque como saõ diversas as condiçoés dos homens, e naõ há entre elles a igualdade de riquezas e fortunas, nunca pode haver a proporçaõ entre os delictos e as penas**" (Mello, 1816, p. 16, grifos nossos).

[30] Embora devamos nos questionar se o fato de a mulher não se casar, especialmente na situação de violação de sua dignidade sexual, se mostraria, à época, um constrangimento maior do que se casar com uma pessoa que poderia não ser o melhor candidato a esse ato.

satisfatório pela virgindade roubada. No caso de defloramento, o prazo para demandar era de três anos (t. X)

Permitia-se que o marido perdoasse a traição e se reconciliasse com a esposa quando a acusação fosse de simples adultério. Essa prática foi reforçada pelas OA por ser um costume em conformidade com o Direito comum em favor do matrimônio (§ 5). A traição era agravada quando cometida com judeu, mouro ou parente da mulher, situação em que o perdão do marido evitaria apenas a sanção do adultério, mas não retiraria a competência da justiça para julgar o pecado em decorrência da pessoa com quem se relacionou (§ 6).

Contudo, o perdão se restringia à adúltera, mas a pessoa com quem cometeu o ato de traição era punida, o que causava escândalos sociais. Por isso, determinou-se que o perdão deveria ser estendido aos dois. Isso não significava extinguir a punição, mas sim substituir a pena de morte do homem por degredo a Ceuta[31] por sete anos (§ 7).

Com relação à mulher casada que saía da casa do marido para cometer o adultério, ela e o homem com quem tivesse cometido o ato seriam condenados à morte, a não ser que ela comprovasse ter sido levada à força contra sua vontade, hipótese em que a condenação recairia apenas sobre o homem (t. XII).

O t. XVIII tinha por objeto a situação de o marido matar a esposa por ter descoberto o adultério. Mantiveram-se as disposições de D. Afonso IV em que se afastaria a punibilidade da pena de morte (por se dizer que a pena deveria ser relevada) caso o homicídio fosse cometido durante o flagrante do denominado pecado. Por outro lado, seria considerado excludente de ilicitude (posto dizer ser lícito) quando o marido conseguisse provar o adultério ou houvesse a fama de tal situação na cidade, vila ou local onde morassem. Nesse sentido, concluía a parte final do § 6 que

> […] pois, em tal caso, poderá bem matá-lo, ainda que não o encontre no referido pecado; e, provando depois o dito marido que o referido adúltero pecou com sua mulher no dito pecado, ou que notoriamente era tido como seu amante, deverá ser considerado sem culpa e absolvido, sem qualquer pena (Portugal, 1999b, p. 57, tradução nossa). [32]

Visando coibir o casamento clandestino com moças virgens ou viúvas, sem o consentimento de seus pais, mães, avós ou outro responsável, o que poderia levar à difamação dessas mulheres, muitas vezes por não conseguirem comprovar o casamento, o que prejudicava o reconhecimento de filiação legítima de eventual prole, o t. XIII impôs o perdimento de bens

[31] Atualmente, cidade autônoma da Espanha localizada na costa sul do Estreito de Gibraltar, no continente africano.
[32] Texto original: "[...] cá em tal caſo ho poderá bem matar, ainda que o nom ache em o dito peccado: e provando depois o dito marido como o dito adultero lhe peccou em o dito peccado, ou que notoriamente era afamado com a dita ſua molher, deve ſeer avudo por ſem culpa, e deſembargado ſem pena alguã".

em favor daqueles parentes, tutores ou curadores que viviam com a mulher sobre a qual detinham o poder e não tiveram a oportunidade de manifestar o consentimento.

Caso eles recusassem, os bens iriam para a Coroa. São disposições semelhantes às das Ordenações de D. Duarte. Caso esses homens não quisessem ou se não possuíssem bens, as sanções eram difamação e açoitamento. Se fossem fidalgos, seriam difamados e expulsos do local. Foram expressamente mantidas essas disposições conforme promulgadas por D. Afonso IV em 21 de setembro de 1338.

Embora não diretamente ligados ao objeto de estudo, mencionam-se alguns crimes próximos ao tema. Caso algum membro da Corte tivesse barregã, a Corte não deveria pagar por isso e o homem deveria ser degredado (t. VIII). A alcoveitaria, ou seja, o ato de intermediar, promover ou facilitar encontros sexuais ilícitos foi tipificada no t. XVI. Sobre esse crime, explica Soares:

> Na antiga legislação portugueza era também conhecida esta espécie de lenocineo, cuja pratica constituía o officio do *rufião,* que era o alcoviteiro, que alem de inculcar mulheres, acudia ás suas pendências, as apadrinhava, as desfructava de graça, ou era mantido por ellas. Pela Ord. Affons. o rufião era açoitado e degradado para a África (Frei Domingos Vieira, *Thez. da Ling. Port.*) (Soares, 1910, p. 568, grifos do autor).

Além disso, a sodomia era tipificada com base em preceitos religiosos (t. XVII). A bigamia era penalizada com morte (t. XIV), tanto se o agente fosse homem ou mulher. No caso de vítimas femininas, deveria haver também a indenização destas (§ 1).

Posteriormente, nas OM adotaram-se estrutura semelhante às OA, com a divisão em cinco Livros, sendo que os títulos relevantes ao trabalho se encontram nos L. IV e V. Em caso de regime de bens por carta de metade (comunhão universal de bens, por dote ou arras) A outorga uxória (ou o consentimento dos herdeiros dessa mulher) era fundamental para o marido ou seus herdeiros demandarem, venderem ou doarem bens imóveis, e deveria ser feita por escritura pública (t. VI, L. IV).

Caso a destinatária desses bens ou de bens móveis fosse a barregã do homem ou "qualquer mulher com quem tivesse afeição carnal" (Portugal, 1984a, p. 18), era possível solicitar a revogação em juízo, mesmo sem a procuração do marido, estivesse o casal ainda junto ou não, e sendo procedente a demanda, a mulher receberia a propriedade do bem e livremente poderia administrar ou dispor como quisesse, "como se casada não fosse" (Portugal, 1984a, p. 27) (t. VIII).

Se a viúva contraísse novas núpcias antes de um ano e um dia do falecimento do marido, estabelecia o t. XI que elas e os novos maridos não fossem difamados e não houvesse qualquer pena pecuniária. Percebe-se que não mais se dispõe sobre a proibição da cobrança extra para a

celebração desse matrimônio. Como consta expressamente que nenhum valor poderia ser cobrado, compreende-se que essa questão estava inclusa na parte final do dispositivo, sendo uma prática que pode ter sido efetivamente coibida com as proibições anteriores.

Havia ainda outras regulamentações, como a possível revogação da doação dos bens feitas ao marido ou à esposa caso não houvesse a cópula após o casamento (t. IX), sobre os procedimentos quando houvesse a prodigalidade de viúvas (t. X), e como o marido ou a mulher somente sucederiam um ao outro caso não houvesse parentes sucessíveis até o décimo grau (t. LXIX).

Com relação à filha menor de 25 anos que se casasse sem consentimento dos pais, houve uma alteração: a regra continuou a ser pela deserdação, mas a partir do disposto no t. LXXII, agora os pais poderiam afastar essa deserdação caso isso constasse expressamente no testamento. Todavia, mantendo as regras das AO, essa exceção continuava a ser aplicada somente se não houvesse outros herdeiros legítimos (fossem filhos ou netos) que seriam prejudicados. Além disso, não seria caso de deserdação caso o marido fosse socialmente reconhecido como um casamento melhor e mais honrado do que os pais poderiam conseguir para essa filha (§ 2). Nesse caso,

> a dita filha não ficará deserdada nem excluída de todos os bens e da herança, como acima se disse; mas somente o pai ou a mãe a poderão deserdar, se quiserem, da metade da legítima que lhe pertenceria por direito com a morte de cada um deles; e, não a deserdando expressamente dessa metade por essa causa, terá livremente toda a sua legítima, como se o casamento tivesse ocorrido com o consentimento do pai ou da mãe, e isso se aplica haja, ao tempo da morte, outro filho ou filha legítima, ou neto de cada um deles, ou não (Portugal, 1984a, p. 184, tradução nossa).[33]

Outras causas de deserdação eram se os filhos cometessem lesão corporal ou atentassem contra a vida dos pais, se proferissem palavras graves ou injúrias em local público, se acusassem os pais de cometerem algum crime, se os filhos usassem feitiçaria, se os filhos não acudissem os pais presos, etc.

Já os crimes, assim como nas OA, eram regulamentados no L. V. Com relação ao tema, mais especificamente entre os t. XII e XXXII. Dentre os crimes sexuais, o primeiro tipificado era a sodomia, com a sanção de se queimar o acusado (t. XII).

Quem realizasse atos sexuais com parentes, fosse filha ou outras descendentes, sua mãe ou outras ascendentes, também poderia sofrer a pena de ser "feito por fogo em pó" (Portugal,

[33] Texto original: "a dita filha nom fica deſerdada , e excruſa de todos os bens e fazenda, como emcima dito he: mas ſoomente o padre ou madre a pod ram deſerdar, ſe quiferem , d'ametade da legitima que lhe dereitamente pertencia per morte de cada huũ delles ; e nom a deſerdando expreſſamente da dica metade pola dita cauſa, auerá liuremente ſua legitima em todo, aſſi como ſe o caſamento fora per conſentimento do padre ou madre, e eſſo quer hi aja ao tempo da morte outro filho ou filha lidimo, ou neto de cada huũ delles , quer os nom aja".

1984b, p. 50) (*caput*, t. XIII). No caso de irmãos, ambos seriam condenados à morte natural[34] (§ 1), mesma pena para a relação com nora ou madrasta viúvas, ou enteada se já tivesse a mãe falecido (§ 3).

Caso o homem realizasse os atos sexuais com tia, prima ou alguém em parentesco até segundo grau, a pena era de degredo para ambos na África por 10 anos. Se o parentesco fosse até o quarto grau, inclusive, o degredo também seria para a África, mas por um período inferior a quatro anos (§ 2). Se fosse com a cunhada, o degredo era por 10 anos para a ilha de São Tomé (§ 4).

Em todos os casos, percebemos que a lei tomava como principal agente o homem, o qual cometia o crime com a mulher, parecendo que a iniciativa foi dele. Tanto assim que no § 5 ressalvou-se que a mulher não seria penalizada caso prestasse queixa o quanto antes, fosse menor ou maior de 13 anos.

O t. XIV dispunha sobre estupro ("dormir com a mulher contra sua vontade" ou por coação física) ou rapto contra a vontade. A pena era de execução e mesmo o casamento com a vítima não afastaria a sanção: "ainda que o casamento seja realizado por vontade dela, nem por isso será relevado da referida pena, mas morrerá como se com ela nunca houvesse se casado" (Portugal, 1984b, p. 52, tradução nossa)[35] (§ 1). Caso a "trava" da mulher não fosse para realizar a cópula carnal, a pena era de prisão por 30 dias e o pagamento ao valor, na época, de mil reais.

Se houvesse enganos ou promessas e para isso se raptasse a mulher, a pena seria de degredo para a África e perda de graças e benefícios reais. Se não tivesse condições econômicas, a pena era de morte.

Na hipótese de adultério com "mulher casada" (t. XV), a pena era de morte caso a condição social desse homem fosse menor que a do marido; pois caso fosse um fidalgo, um cavaleiro ou escudeiro o adúltero, e o marido fosse de classe inferior, a execução somente poderia ser determinada se a Corte Real consentisse. A mulher seria condenada à morte apenas se tivesse consentido com o ato sexual, pois se tivesse sido contra sua vontade, estaria a salvo da pena.

Caso o marido, apesar de prestar queixa, perdoasse a mulher de adultério, a qualquer tempo (mesmo após a condenação por sentença), ela não responderia mais e não estaria sujeita a punição. Caso o adultério tivesse sido cometido com mouro, judeu ou parente, responderia

[34] Termo utilizado para se referir a prisão perpétua.
[35] Texto original: "ainda que o caſamento ſeja feito per vontade della, nem por iſſo ſerá releuado da dita pena, mas morrerá aſſi como ſe com ella nunca ouueſſe caſado".

apenas pelo ato cometido com essa pessoa, mas a mulher não responderia pelo adultério em si (§ 2).

Na hipótese de o marido flagrar o adultério e, por isso, matasse sua esposa, era reconhecido o excludente de ilicitude da conduta (por constar no *caput* que licitamente poderia matar a mulher), a não ser que o adúltero fosse fidalgo "ou pessoa de maior qualidade" (Portugal, 1984b, p. 55) e o marido de classe social inferior, caso em que a pena seria de degredo para fora do reino pelo tempo que os julgadores determinassem como adequado.

Todavia, após esse homicídio, o homem não teria direito a receber qualquer parte do dote ou dos bens que tivessem sido doados por ocasião do casamento (§ 2). Sem causa para o homicídio, ou seja, não provando o adultério, a pena seria de prisão perpétua, e os bens desse marido, caso não houvesse filhos com outra mulher, iriam todos para os descendentes da esposa assassinada (§ 3).

Se a cópula fosse feita com mulher casada de fato, mas não de Direito (o que, atualmente, poderíamos identificar como instituto parecido com a união estável), ou por algum motivo que não houve o casamento por motivo de impedimento, de modo que, mesmo se houvesse casamento, ele não seria válido, caso convivessem em fama pública como se casados fossem, sendo a mulher teúda, considerava-se que o adúltero teria cometido o ato achando que a mulher era casada, e, por isso, aplicava-se a mesma pena que seria cabível caso o casamento fosse válido.

Pelo t. XVIII, previa-se prisão perpétua para o crime de conjunção carnal com parente, criada ou escrava branca da pessoa com quem vivia, caso se reconhecesse a entrada na casa por conta do casamento com alguém relacionado a esse proprietário.

A bigamia, fosse haver dois maridos ou duas esposas, era sancionada com pena de morte e os danos causados deveriam ser reparados pelos bens do bígamo, mesmo que uma ou as duas uniões não fossem válidas "por Direito" (t. XIX).

A execução não seria realizada antes de se comunicar ao Reino nos seguintes casos: o condenado menor de 25 anos, ou fidalgo, e a segunda mulher de baixa classe social ou se tivesse a primeira esposa fugido, de modo a não se ter certeza se era ou não viúvo, ou "em outros casos semelhantes" (§ 1).

Se o homem, legalmente casado, deixasse sua esposa para viver com outra mulher publicamente, "teúda e manteúda" [36] (Portugal, 1984b, p. 67), como se casados fossem, por dois

[36] A expressão "teúda e manteúda" utilizada nas OM foi mencionada também nas OF e, posteriormente, foi reproduzida no CCrim/1830, e, consequentemente, na CLC (Freitas, 1876, p. 128). Até as OA, a menção era apenas a "teúda" ou a "manteúda".

anos, ou, dependendo do caso, por menos tempo, mas que fossem à igreja para iniciar os procedimentos de habilitação do casamento, pelo engano cometido à mulher e seus familiares, o homem seria condenado a degredo por pelo menos quatro anos, conforme os julgadores entendessem como mais adequado (§ 2).

Já no caso da mulher (§ 3), a pena era mais grave: caso ela contraísse novas núpcias alegando ser viúva e se comprovasse vigente o primeiro casamento, mesmo que houvesse apenas indícios da segunda união (ou das duas), ela seria submetida a alguma pena grave ["metida a tormento" (Portugal, 1984b, p. 69)] para confessar o segundo casamento, sendo submetida a pena de degredo caso o primeiro marido não fizesse a acusação de adultério, ou se ao tempo da acusação ele tivesse falecido. Mas, estando o primeiro marido vivo e procedendo à acusação, a mulher não seria posta à tormenta para confessar a segunda união, "porque a prova do somente do adultério basta para ser julgada à morte" (Portugal, 1984b, p. 69).

Quanto aos homens casados que tivessem barregãs, teúdas e manteúdas, a primeira pena era de degredo por três anos para fora do país, bem como multa de 1/4 dos bens, excluídos aqueles que pertencessem à esposa. Na segunda condenação, fosse com a mesma barregã ou outra, o pagamento seria em dobro; na terceira, o triplo mais degredo. Se nenhum desses valores atingissem três mil reais, esse era o valor mínimo a ser pago (t. XXV). As penas a essas mulheres eram açoitamento, degredo e multa, cujo valor mínimo era de dois mil reais.

Se quem tivesse barregã, teúda e manteúda (provada que frequentou a casa por pelo menos sete ou oito vezes, cada vez atestada por pelo menos duas testemunhas), fosse um clérigo ou religioso, as penas eram de multa e degredo, com valores mais altos e condenação a maior distância em caso de reincidência. Era possível também a pena de açoitamento.

A barregã, não importasse quem fosse seu barregão (homem solteiro, casado, clérigo, frade, pessoa religiosa, etc.), se fugisse com bens do barregão, este não poderia demandar pela devolução, nem constranger de modo algum (t. XXVIII). Contudo, se o homem fosse casado, a esposa poderia demandar civilmente o que foi furtado do marido ou o que ele tivesse dado como presente (§ 1).

Caso a vítima do crime sexual (estupro ou rapto) fosse freira, a pena era pelo pagamento de multa de cem cruzados para o mosteiro e a condenação à prisão perpétua do agente (t. XXII). Caso se comprovasse o induzimento da vítima, a multa era no mesmo valor, mas ao invés da prisão, o criminoso seria "degredado para sempre para a ilha de São Tomé. Porém, a execução da pena de morte não se fará nos sobreditos casos sem primeiro nos fazerem saber" (Portugal,

1984b, p. 71, tradução nossa)[37] (§ 1). Ou seja, dependeria da ciência da Corte para eventual pena de morte.

O t. XXIII abordava diferentes situações acerca do defloramento, cópula carnal com viúva contra sua vontade, invasão de residência com a finalidade de estuprar, relação com escrava branca da casa ou de mulher que andasse pela Corte. Para facilitar a visualização das disposições, elabora-se o seguinte quadro:

Quadro 2 - Análise do t. XXIII do L. V das OM

§	Qual mulher?	Características	Ato	Pena	Casamento extingue punibilidade
caput	Virgem	Contra a vontade	Cópula carnal	Não há	Sim
				Indenização	(não aplica)
§ 1	Virgem	À força	Defloração	Prisão sem fiança	Omisso
		Sem força, com consentimento		Cabe fiança à prisão	
§ 2	Virgem	Voluntária, sem violência	Defloração	Indenização	Omisso
§ 3	Viúva honesta até 25 anos	Mulher em poder do pai ou avô (pai)	Cópula carnal	Indenização	Omisso
§ 4	Indiferente (livre)	Invasão da casa com intenção de cópula carnal, mesmo que não se concretize o ato	Invasão com intenção de cópula	Açoite e degredo ou só degredo	Omisso
	Virgem ou viúva			Acresce o dote	
	Escrava branca			"mesmas penas"	
§ 5	Mulher	Mulher, pai e criminoso devem concordar com casamento	Invasão com intenção de cópula	Isento	Sim
§ 6	Mulher da Corte	Relação consumada	Relações sexuais	As anteriores, mais perda dos bens, metade para a Coroa e metade para os cativos	Omisso

Fonte: elaborado pela autora

[37] Texto original: "degradado pera ſempre pera a llha de Sam Thome. Porem a execuçam da morte nom ſe fará nos ſobrediros caſos, ſem primeiro No-lo fazerem faber".

No caso do *caput*, o casamento com a mulher deflorada dependia do consentimento do criminoso e da vítima [“se ela quiser e se for conveniente” (Portugal, 1984b, p. 72)]. Caso não almejassem a união, servia arbitrado pelo julgador um dote que considerasse a qualidade da moça, bem como o poder aquisitivo e a condição do pai desta. Se o autor não tivesse bens se fosse fidalgo, ou alguma outra pessoa que não pudesse ser açoitada, seria condenado a degredo para a África por tempo a ser julgado. Todavia, se fosse uma pessoa a quem caberia a pena de açoite, isso seria feito perante a vila, além do degredo.

Caso o dote não fosse pago por falta de bens, se depois o homem tivesse bens, ele seria obrigado a pagar metade do dote. A norma não faz qualquer limitação temporal, parecendo-nos que poderia ser em qualquer momento. Alude a parte final que

> Sendo preso por essa razão, e prestando caução em ouro, prata ou dinheiro em juízo, que razoavelmente possa bastar, segundo a qualidade das pessoas, para reparar a virgindade e viabilizar seu casamento, seja solto e prossiga no feito pessoalmente, como se estivesse amparado por Carta de Seguro; e, sendo condenado por sentença final, seja satisfeita essa mulher por sua virgindade mediante a caução; e, não sendo a caução suficiente para a dita condenação e para as custas dela decorrentes, pague-se pelos bens do juiz que tão pequena caução recebeu (Portugal, 1984b, p. 73, tradução nossa).[38]

No caso do § 1, deve ser feita a apuração se o ato sexual foi feito de modo voluntário/sem coação ou não, para se determinar se poderia responder em liberdade o processo mediante caução ou não. Pela parte final, caso pagasse fiança, o homem poderia responder em liberdade. O valor pago poderia ser utilizado para indenizar a vítima e, sendo considerando o montante aquém, a cobrança extra recairia ao juiz, o que demonstra a responsabilização pessoal do magistrado diante da fixação de caução insuficiente visando a efetividade da tutela jurisdicional.

No caso do § 2, estipulava-se ao prazo de um ano após o ato para que a mulher corrompida, sem ter sido à força, pudesse pleitear essa reparação, sendo o termo inicial o dia que o homem “deixou de ter afeição com ela”. A satisfação pela perda da virgindade, ou seja, o pagamento de indenização, poderia ser requerida em prazo maior caso a vítima tivesse menos de 25 anos à época do fato, ou se comprovasse que tinha algum justo motivo impedindo sua demanda.

---

[38] Texto original: “ſendo preſo pola dita razam, e poendo cauçam d'ouro, ou. prata, ou dinheiro em Juízo, que razoadamente' poſſa abaſtar ſegundo a qualidade das peſſoas aa dita virgindade, e emenda de ſeu caſamento, ſeja ſolto, e ſigua o feito peſſoalmente, aſſi como ſe andaſſe por Carta de Seguro: e ſendo condenado por ſentença final, ſeja ſatisfeita eſſa molher de ſua virgindade por a cauçam; e nom abaſtando a cauçam aa dita condenação, e cuſtas ſobre ello feitas, pague-ſe polos bens do Juiz, que tam pequena cauçam tomou”.

O § 3 se dirige a vítimas viúvas, menores de 25 anos, que vivessem honestamente e estivessem sob o poder o pai ou avó paterno. A menção é genérica a "tudo que é dito neste título", ou seja, a indenização era a pena prevista, e acreditamos que a possibilidade de responder ao processo em liberdade dependeria se houve consentimento ou não da mulher.

O § 4 elenca diferentes mulheres: se livre e o criminoso fosse escudeiro ou cavaleiro e entrasse em casa semelhante, a pena era de açoite e degredo para a ilha de São Tomé por cinco anos; caso o dono da casa invadida fosse de classe superior, haveria aumento do degredo conforme a influência.

Essas eram as penas aplicáveis à invasão do domicílio, sem consumação do ato, senão, caso houvesse a conjunção carnal com mulher virgem ou viúva, além das penas anteriores, impor-se-ia o pagamento do dote. No caso de a vítima ser escrava branca de guarda (ou seja, em serviço doméstico), as penas dependeriam da classe social do ofensor e se houve a conjunção ou não.

No caso de o criminoso expressar a vontade de se casar com a vítima, e esta consentisse, bem como se houvesse a concordância e o perdão do pai[39] da mulher, seria reconhecida a extinção da punibilidade (§ 5).

Por fim, o § 6 dispunha quanto às penas caso as vítimas das relações sexuais fossem mulheres que vivessem na Corte do Rei, da Rainha ou do Príncipe. Nessa situação, "além das sobreditas penas, e de outras que, segundo o Direito e nossas Ordenações, merecer, perderá todos os seus bens, sendo metade para a nossa Câmara e a outra metade para os cativos" (Portugal, 1984b, p. 75)[40].

Na sequência, o t. XXIV proibia que os homens levassem suas barregãs à Corte, ou as tivessem teúda em casa, mesmo que ambos fossem solteiros. O valor da multa dependeria da classe [cavaleiro, escudeiro ou alguém com cargo inferior – "homem a pé"[41] (Portugal, 1984b, p. 76)]. A condenação a essas mulheres era de degredo para fora da Corte, além de multa (§ 1).

Quem incentivasse ou facilitasse a prostituição cometia o crime previsto no t. XXIX, denominado alcovitaria[42]. Se a mulher alcovitada fosse casada, o alcoviteiro seria condenado a perder todos os bens, divididos igualmente entre a Coroa e quem fizesse a acusação. Caso a mulher fosse virgem ou viúva de boa fama, a pena era de açoitamento e degredo, sem retorno,

[39] Acreditamos que, embora se restrinja ao pai, a intenção legislativa era para abarcar outro responsável que tivesse a responsabilidade legal.
[40] Texto original: "aalem das ſobreditas penas, e d'outras que ſegundo Dereito, e Noſſas Ordenaçoẽs merecer, perderá toda ſua fazenda, ametade pera Noſſa Camara, e a outra metade pera os catiuos".
[41] Na redação original, "homem de pee".
[42] Na redação consta "alcouetaria", relativo a alcova (quarto).

para fora da vila. Caso houvesse nova condenação, a pena seria de perdimento de todos os bens e degredo "para sempre" para São Tomé (§ 1).

Caso a vítima fosse filha ou irmã do criminoso, a pena a este era de morte e perda de todos os bens.[43] No caso da criada que trabalhasse na casa, a sanção era degredo a São Tomé por 10 anos (§ 2). A pena também era de morte se vítima fosse cristã por realizar cópula com mouro, judeu ou alguém que professasse outra religião (denominado infiel), além da perda dos bens (§ 3).

Se a vítima fosse filha não virgem, o pai poderia ser condenado a ser açoitado e ocorrer a divulgação do fato feita por toda a vila, além do perdimento de bens. Caso não fosse cabível o açoitamento, poderia ser degredado para a ilha de São Tomé (§ 4).

No caso de a alcoviteira ser mulher, caso não fosse condenada à morte pela conduta, ou a degredo para a ilha de São Tomé, poderia ser determinado que ela utilizasse uma faixa vermelha na cabeça quando saísse da casa. Se descumprisse a medida, poderia ser degredada "para sempre" para a ilha de São Tomé (§ 5), embora em algumas situações o tempo pudesse ser menor ou ter por destino a África (§ 6). O rufianismo (t. XXX) era condenável a açoitamento público e degredo, além de multa no valor de mil reais a ser paga ao acusador.

Por fim, o título XXXII dispunha sobre as sanções cabíveis a quem se casasse com mulher virgem ou viúva honesta sem o consentimento do pai, avó ou senhor que legalmente respondesse por ela. Caso a mulher casasse sem esse aval paterno (ou avoengo) antes dos 25 anos completos, o marido poderia ser condenado a perder seus bens para esse responsável pela mulher, além de ser degredado por um ano para a África. Na hipótese de eles não aceitarem esses bens, metade seria direcionada à Coroa, e metade aos cativos. As mesmas penas poderiam ser aplicadas às testemunhas do casamento.

Todavia, marido e testemunhas estariam isentos de serem punidos caso a classe social do dito marido fosse melhor do que o pai, avô ou o responsável poderia encontrar para casar a mulher, por isso, nesse caso, dispensa-se o consentimento e extingue-se a punibilidade.

Percebemos que, dentre os crimes analisados, havia valores morais da sexualidade que eram tutelados pelo Direito, inicialmente, com penas graves, como morte, serem queimados e açoitamento, geralmente para pessoas de classes sociais mais baixas, ou o perdimento de bens para agentes de classe social mais abastada. Poderiam, ainda, ser determinadas penas de

[43] Parece-nos que seria mais interessante ao legislador regulamentar alguma regra diferente para a partilha, pois, com a morte, de certo modo, o condenado já seria privado de seus bens. Contudo, havendo essa regra específica, seria possível, ao menos, destinar parte do patrimônio à vítima para a reparação/indenização pelo mal que lhe foi causado, além da possibilidade de esta receber bens em razão da herança diante da descendência ou enquanto colateral.

degredo para locais considerados como exílios, especialmente a ilha de São Tomé e localidades na África.

Em diversos crimes, a fundamentação para a sanção era, justamente, serem atos pecaminosos, contrários aos costumes e ideais da igreja. Percebemos, desse modo, que nesse processo de substituição das regras do direito canônico para as normas estatais, a religião ainda detinha muita influência na sociedade, nos valores defendidos e, consequentemente, nas condutas a serem criminalizadas.

As multas poderiam ser aplicadas indiscriminadamente – de modo que causava desproporcionalidade por, na maioria das penas, ser a multa em valor fixo, não proporcional ao patrimônio do condenado. Desse modo, os mais abastados estavam sujeitos a penas menos gravosas e, proporcionalmente, pagavam multa menor. Multa essa, aliás, que por muito tempo representou importante fonte de receita à Coroa.

O dever de fidelidade, a virgindade, a boa honra da mulher viúva e a moral entre a família (ao se punir a cópula com parentes) eram pontos centrais em que elementos como o perdão e o casamento com a vítima poderiam ensejar a extinção da punibilidade.

2.2 Ordenações Filipinas

Em decorrência da importância normativa no Brasil, posto ter sido as Ordenações com maior tempo de vigência (foi substituído em âmbito criminal pelo CCrim/1830 e no âmbito cível apenas com o CC/1916). Além disso, com relação às Ordenações anteriores, há menos fontes e comentários[44], enquanto que há maior produção jurídica restante no que concerne as OF.

2.2.1 Aspectos normativos

As OF seguiram as mesmas estruturas das OA e das OM quanto à divisão em livros e os temas tratados em cada um. Desse modo, referente ao objeto de estudo, analisam-se preferencialmente os L. IV e V, embora se encontrem normas esparsas ao longo dos demais livros.

Pelo L. I, tv. XCV (Almeida, 1870a, p. 233), os corregedores, ouvidores e juízes (de fora do local) não poderiam se casar com mulheres de sua jurisdição, durante o tempo de sua

[44] No caso das Ordenações de D. Duarte, inclusive, há problemas quanto à própria falta de certeza quanto a fonte utilizada, posto que diversos autores analisam as obras conhecidas e comparam as diferenças entre as versões.

atuação, nem residentes dos locais onde tenha a intenção de morar se fosse diverso de sua naturalidade. Nesses casos, deveriam obter a licença da Coroa, sob pena de serem suspensos dos respectivos cargos, de não ter validade os feitos após o casamento, e de deverem indenizar as partes por eventuais perdas e danos causados.

Também deveria ter a permissão da Coroa para se casar as mulheres que tivessem, de algum modo, herdados bens do Reino no valor acima de 50 mil réis (L. II, t. XXXVII) (Almeida, 1870d, p. 462-453), sob pena de perdimento desses bens.

A cerimônia do casamento deveria ser celebrada perante a igreja, em algum lugar com licença do Prelado, ou outros instrumentos (com permissão do T. XXV, § 5, do L. III, OF). Consequentemente, ocorria a legitimação de filiação desse casal com a realização do casamento religioso ou com licença do Prelado (L. II, T. XXV, § 12).

A regra era pelo regime da comunhão universal de bens (carta de ametade[45]), a não ser que os nubentes dispusessem explicitamente em contrário (L. IV, t. XLVI, *caput*), o que poderia ser feito por meio de escritura particular (L. III, t. VLIX, §§ 11 e 21). Desse modo, todos os bens eram comuns ao casal. Por isso, e aqui reconhecemos que, novamente, o legislador conferiu esse poder à mulher em igualdade ao homem, determinou-se que os cônjuges não poderiam litigar em juízo sobre bens imóveis, nem "arrendar para sempre, ou a tempo certo" (Almeida, 1870e, p. 631) sem a outorga do parceiro ou de sua procuração, ainda que fossem bens próprios (L. XLVII)[46]. Se o homem prestasse fiança sem outorga da esposa, a parte dela não poderia responder pela dívida (t. LX).

Caso se tratasse da doação[47] de bens móveis sem autorização da esposa, de modo que elas ficariam em prejuízo[48], no caso de separação ou partilha, essa quota entraria na parte do homem ou seus herdeiros, sem prejudicar a quota da mulher, exceto "nas doações remuneratorias, ou de esmolas, que o marido fizer, porque as poderá fazer dos bens moveis sem consentimento de sua mulher, salvo se as ditas doações, ou esmolas forem immensas, porque

---

[45] Nesse sentido, confirma Almeida: "**Carta de ametade** Tambem se diz communião ou communicação legal. O Legislarlor usa de igual sorte das exprressões casamento **segundo o costume do Reino, em que os conjuges são meeiros**" (Almeida, 1870b, p. 832, grifos do autor).

[46] Segundo Almeida, "Ainda mesmo que a mulher esteja divorciada do marido, he indispcnsavel a outorga, a menos que não tenha havido sentença e partilha julgando-o como tal (Acc. do Supremo Tribunal de 4 de Maio de 1832). Esta outorga não póde ser tacita, deve ser expressa" (Almeida, 1870e, p. 631).

[47] Ainda sobre esse instituto, o t. LXIII dispunha sobre as causas de ingratidão que permitiam a revogação das doações pura e simples, como o donatário proferir palavras de injúria contra o doador (em juízo ou em público, estando este presente ou não) (§ 1), tentativas de lesão corporal (§ 2) ou que poderia ter tentado contra a vida do doador (§ 4), a mera tentativa de ferir o patrimônio do doador (§ 3), ou, ainda, se o donatário se comprometeu a fazer algo em razão da doação, mas não o fez (§ 5).

[48] Conforme a doutrina, não se exigia prova efetiva do dano, o que era presumido pela lei: "As palavras desta Ord., **em prejuizo das mulheres**, [...] estão aqui como a causa motriz da lei, e não exigem se prove o effectivo prejuizo dellas" (Almeida, 1870b, p. 867, grifos do autor).

então ficará seu direito resguardado a mulher, se o tiver, para as desfazer" (Almeida, 1870b, p. 868).

No caso da doação feita pelo marido à barregã ou qualquer outra mulher com quem tivesse relação carnal, fosse bem móvel ou imóvel, dispunha o t. LXVI que a esposa poderia revogar o ato e ter o bem para si, podendo demandar judicialmente para isso mesmo sem a autorização ou a procuração do marido.

O prazo para questionamento dos negócios jurídicos, como visto, era de 10 anos (L. III, t. XLVII), assim como no caso de rendas e pensões, bem como bens móveis ou imóveis pertencentes conjuntamente ao casal. Era possível suprir a anuência conjugal com uma autorização judicial "sendo certos [os julgadores] que a dita sua mulher lhe não quer dar o dito consentimennto, e que elle tal que poderá e saberá fazer a demanda bem e verdadeiramente sem malicia, e por seu proveito e de sua mulher" (Almeida, 1870e, p. 631). Todavia, no caso de revogação da doação à barregã, o prazo era de 4 anos, cujo termo inicial se iniciaria quando a esposa não estivesse mais sob o poder do marido; caso ela falecesse antes, o mesmo prazo se aplicava aos herdeiros a contar de sua morte (L. IV, t. LXVI).

Dentre as causas de deserdação (L. IV, t. LXXXVIII), poderiam os pais, mães, ou outros ascendentes [Almeida, 1870b, p. 927, nota (3)] fazê-la em algumas situações. Pelo § 1, a filha menor de 21 anos[49] que tivesse relações sexuais ou se cassasse com algum homem sem o consentimento do pai, da mãe (na falta do pai)[50] seria deserdada por lei, mesmo que os pais não o fizessem expressamente em testamento.

Contudo, se não houvessem outros filhos legítimos[51] ou netos descendentes desses filhos, era possível que eles se manifestassem expressamente para que não houvesse essa exclusão na partilha. A justificativa, pelo § 2, é que "a elles [os pais] sómente foi feita a injuria, com razão a podem perdoar, pois não há outro filho, ou filho[52], ou neto, a quem nisso se faça prejuizo" (Almeida, 1870b, p. 930).

A exceção à regra geral ocorria, como nas Ordenações anteriores, caso a filha conseguisse um casamento notoriamente reconhecido como mais honroso do que aquele que os pais eventualmente conseguiriam. Nesse caso, a deserdação não era automática, mas poderia

[49] Em oposição aos 25 anos das Ordenações anteriores.
[50] Essa situação foi revogada pela Lei de 29 de Novembro de 1775, a qual estabeleceu, em seu art. 2º, a necessidade do consentimento simultâneo do pai e da mãe [Almeida, 1870b, p. 929, nota (1)].
[51] Com relação aos "[...] **filhos illegitimos**, e os que destes procedem, assim varões, como femeas, casando sem consentimento dos pais (de quem pelo reconhecimento, receberão maior favor que os primeiros), qualquer que seja a sua idade, ou casem com pessoa mais ou menos digna incorrem na desherdação, sendo taes quo nelles possa ter lugar esta pena, e perdem *ipso facto* todo o direito a alimentos: pois he para com elles mais severo o Direito" (Almeida, 1870b, p. 930).
[52] Acredita-se que a intenção era escrever "filha".

ser feita expressamente, independentemente de haverem outros filhos legítimos ou descendentes (§ 3). Outros relacionamentos que poderiam levar à deserdação foram abordados no § 10:

> se houve affeição, ou ajuntamento carnal com a mulher de seu pai [madrasta], ou com sua manceba, que comsigo tinha em casa manteúda e governada; e o mesmo dizemos na filha, que semelhante ajuntamento tiver com o marido de sua mãi [padrasto], ou seu barregão, que a tivesse comsigo em casa manteúda (Almeida, 1870b, p. 932).

São previsões semelhantes às encontradas nas Ordenações anteriores. Além disso, os filhos que batessem (§ 4), proferissem palavras graves ou injuriosas (especialmente em lugar público) (§ 5), acusassem de crime (§ 6) ou tentassem envenenar (§ 7) ou de algum outro modo atentasse contra a vida dos pais (§ 9), não os ajudassem caso fossem presos (§ 12) ou os atrapalhassem a redigirem o testamento (§ 13) estariam sujeitos à deserdação. Por outro lado, era possível os filhos deserdarem os pais em situações semelhantes (t. LXXXIX). Almeida colacionou diversas causas de deserdação em legislação esparsa:

Os cônjuges somente seriam sucessíveis caso, não havendo testamento, ao tempo da morte, convivessem juntos em "casa teúda e manteúda" e o *de cujos* não tivesse parentes sucessíveis até o 10º grau (t. XCIV).

Outras disposições relevantes eram encontradas em leis esparsas, publicadas posteriormente à edição das OF, como, por exemplo, a colação feita por Almeida quanto a outras causas de deserdação em legislação esparsa. [53]

Em estrutura semelhante às Ordenações anteriores, os crimes e as respectivas penas encontravam-se, principalmente, no L. V. Aos crimes sexuais, a localização se concentrava entre os títulos XIII a XXXVI, bem como o t. XXXVIII.

Inicialmente, ao crime de sodomia (considerado, também, pecado) previa-se a pena de ser queimado vivo, "para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria, e todos os seus bens sejam confiscados para a Corôa de nossos Reinos" (Almeida, 1870c, p. 1162), de modo que até os herdeiros seriam considerados infames (t. XIII).

---

[53] Algumas das normas mencionadas pelo autor incluem: "O Al. de 13 de Novembro de 1651 authorisa os pais a desherdar seus filhos que casarem clandestinamente contra os decretos do Sagrado Concilio Tridentino.
O Al. de 19 de Junho de 1715, roborando esta Ord. providenciou sobre a alliciação, seducção e corrupção, dos filhosfamilias de ambos os sexos.
O Al. de 29 de Novembro do mesmo anno, declarando o precedente, providencia sobre os casamentos dos filhos em que os Pais, Mãis, Tutores ou Curadores recusão dar o seu consentimento.
Este Al. manda pôr em effectiva observancia as Leis de 23 de Novembro de l616, e de 29 de Janeiro de 1739, relativas aos casamentos dos filhos dos nobres.
O Decreto de 15 de Maio de 1778 manda cumprir os Precatorios Ecclesiasticos, assim como que se não impedisse que corressem banhos de casamentos, independentemente de consenso patrio" (Almeida, 1870b, p. 927).

Ainda diretamente relacionado à religião, estabelecia-se a pena de degredo[54] quando havia a relação carnal entre cristãos e alguém que não seguisse a religião, exceto em caso de ignorância quanto à religião alheia. Contudo, se a mulher tivesse sido forçada, ela não responderia pelo crime, apenas o homem. Explicava-se no t. XIV que "[...] o que tal peccado fizer por ignorancia, não sabendo, nem tendo justa razão de saber como a outra pessoa era de outra Lei, não deve haver por ello pena de justiça" (Almeida, 1870c, p.)1164. Conclui-se, desse modo, que empregando termos atuais, já havia a criminalização do estupro, pelo menos enquanto a atos sexuais forçados contra mulheres, e que, por isso, não deveriam elas serem penalizadas.

Títulos específicos se destinavam a raptos, invasões e atos libidinosos com freiras (t. XV), do Palácio ou em quaisquer casas (t. XVI), da relação sexual com parentes (t. XVII), raptos e abusos sexuais em demais casos (t. XVIII). Muitas das penas estabeleciam o degredo das partes para diferentes períodos e localidades, como África, Castro-Marim e até mesmo o Brasil, bem como a possibilidade de perdimento de bens.

Se o criminoso invadisse um mosteiro, ou raptasse, ou induzisse a se encontrarem em algum lugar freira para realizar atos sexuais, a pena também era de degredo. No caso de agente pertencente a melhor classe social, o degredo era para o Brasil e se determinava uma multa no valor de 100 cruzados para o mosteiro (§ 1).

As vítimas das relações sexuais poderiam ser também mulheres que viviam no palácio, mulher virgem, viúva honesta ou escrava doméstica branca, assim como se separavam as vítimas nas OM. No caso da mulher que frequentasse o palácio, o criminoso perderia todos os seus bens, metade destinada à Coroa, metade aos presos.

Se a vítima do ato sexual fosse mulher virgem ou viúva honesta, além de eventuais outras sanções, poderia o autor ser condenado a pagar seu dote[55] (t. XVI, n. 1). Já no caso da escrava, a punição por esse crime ou não dependeria da análise das circunstâncias, reconhecendo Almeida que, em qualquer situação, o intuito principal era condenar pela invasão do domicílio [Almeida, 1870c, p. 1166, nota (4)].

A esse crime previsto no título, pelo § 4, era possível a extinção da punibilidade do agente se consentirem com o casamento o criminoso, a vítima, e se "o morador da caza, a quem

[54] A expressão utilizada é que o culpado "morra por isso". Todavia, não se tratava de pena de morte: "Esta expressão **morra por isso** não significa **morte natural**, e não tem differença da expressão – **morra por ello**, em vista do que diz Silva Pereira no **Rep. das Ords**. [...]. Ambas significão **degredo**" [Almeida, 1870c, p. 1164, nota (2)].
[55] Em que pese a norma estabeleça "pagar casamento", trava-se do dote.

a tal offensa for feita, onde entrou, nisso consentir, e lhe perdoar, será relevado das ditas penas" (Almeida, 1870c, p. 1166) (§ 3).

No caso de a vítima ter uma relação de parentesco até o 4º grau com o autor e idade menor de 13 anos, ou mesmo que maior dessa idade, e prontamente reportasse o ocorrido às autoridades, a ela não seria imputada nenhuma pena (t. XVII, n. 4). Com as demais vítimas, em regra, tanto ela, quanto o criminoso estariam sujeitos à pena de degredo para localidades diferentes, mormente com destinos à África ou ao Brasil.

No caso de estupro ("dormir por força") ou rapto à força ("travar [a mulher]"), mesmo que houvesse o casamento posterior com a vítima, o t. XVIII considerava que isso não relevaria o ato que foi cometido, de modo que haveria a imposição da pena independentemente da união:

> E postoque o forçador depois do maleficio feito case com a mulher forçada, **e aindaque o casamento seja feito per vontade della**, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado.
> E toda esta Lei entendemos em **aquellas**, que **verdadeiramente** forem **forçadas**, **sem darem ao feito algum consentimento voluntario**, aindaque depois do feito consummado consintão nelle, ou dêm qualquer aprazimento: **porque tal consentimento, dado depois do feito, não relevará o forçador em maneira alguma da dita pena** (Almeida, 1870c, p. 1168, grifos nossos).

Reconhecia-se o ato de violência e, especialmente, a ausência do consentimento da mulher para o ato libidinoso. Desse modo, mesmo que consentisse com o casamento, compreendeu-se que essas violações ainda deveriam ser punidas. Apesar da redação, não se tratava, todavia, de pena de morte, mas sim a pena de degredo.[56]

Em alguns casos, não havia penas previamente estabelecidas, diferente das concepções atuais de que além de ser o tipo previamente estabelecido, já se conheçam as devidas penas cabíveis. A exemplo, o § 3º do t. XVIII do L. V[57]: "Porém, se além de travar della [alguma mulher que encontre na rua], trabalhar para dormir com ella, **haverá a mais pena, que merecer, segundo disposição de Direito**" (Almeida, 1870c, p. 1168, grifos nossos). Ou seja, qualquer

[56] Almeida reforça em outras notas sobre as expressões e as respectivas penas. Ao *caput* do t. XVIII, dispõe: "E posto que esta Ord. use das palavras – **morra por ello**: esta pena deve-se entender de **morte natural**; por quanto aqui declara a Ord, que não se faça execução de morte, até que se communique ao Rey a sentença. E nunca se annuncia ao Rey a sentença, senão no caso, em que a pena de morte natural he imposta pelo Juiz, como se vê da Ord. do liv, 5 t. 137, e do Regio Decreto de 16 de Maio de 1721". No § 3º do mesmo título: "A opinião de que das expressões **morra por ello** ou **morra por isso** em geral se devem entender por **degredo** ou **desterro**, posto que tenha contra si distinctos Jurisconsultos parece-nos acceitavel, tanto mais quanto era doutrina geral cm Portugal que as Leis tinhão mais por fim aterrar do que punir" (Almeida, 1870c, p. 1168 e p. 1170, grifos do autor).

[57] Almeida associou o estupro violento do art. 222 do CCrim/1830 à antiga previsão do t. XVIII das OF, o qual condenava quem tivesse relações sexuais com qualquer mulher, inclusive escravas, que a agarrasse, ou a raptasse contra sua vontade (Almeida, 1870c).

pena permitida em Direito seria admissível, sem que o autor tivesse previamente conhecimento de quais seriam as sanções específicas para aquela conduta.[58]

A bigamia era tipificada para homens ou mulheres com dois casamentos, os quais ficariam sujeitos a degredo (t. XIX). Todavia, para as vítimas mulheres, era prevista a possiblidade de serem indenizadas pelo patrimônio do homem (*caput*). Era preciso, todavia, analisar a validade dos casamentos: se o primeiro fosse válido e o segundo não, mas o casal vivesse com fama de casados em casa teúda e manteúda[59], o homem poderia ser degredado pelo "engano e injúria" (Almeida, 1870c, p. 1171) que causou à segunda mulher e o pai desta (§ 2). Todavia, não havendo testemunhas para atestar a validade do primeiro casamento, não se faria nenhum meio insidioso ("colocada à tormenta" que, geralmente, poderia ser açoite, desterro ou degredo) para que houvesse eventual confissão. Entretanto, isso poderia ser feito em situação contrária, com a mulher acusada (§ 3):

> [...], sendo o primeiro casamento verdadeiramente provado, e do segundo havendo prova sómente dos sobreditos indícios, ou de cada hum delles, e não se podendo provar per verdadeira prova de vista e ouvida das palavras formaes de Matrimonio, seja mettida a tormento, para confessar o segundo casamento; e negando, seja degradada per cinco annos para Castro-Marim.
> E isto haverá lugar, quando o marido a não quizer accusar polo adulterio, que lhe commetteo, ou quando ao tempo da accusação o marido fôr já defuncto, por quanto sendo o primeiro marido vivo, e accusando-a polo adulterio, não será mettida a tormento para confessar o segundo casamento, porque a prova sómente do adulterio basta para ser julgada á morte (Almeida, 1870c, p. 1171).

Na sequência, passam-se a relações em que se reconhece o poder do agente. Pelo t. XX, em decorrência do cargo na justiça ou na Corte em algum caso que a mulher poderia requerer algum direito. Sujeitava-se o autor a pena de degredo, a perda do ofício, e o que mais os julgadores entendessem como adequado.

O poder do t. XXI é quanto ao encargo: o tutor ou curador que dorme com a órfã ou menor sob sua responsabilidade, sujeitando-se à perda do cargo, ao degredo e ao pagamento do dote merecido em dobro. Se essa moça fosse virgem e menor de 25 anos, além do pagamento em dobro do dote, as penas incluiriam prisão e degredo para a África (§ 1). O degredo seria

---

[58] Essa arbitrariedade foi comentada por Brigas, especialmente com relação ao t. XVIII do L. V das OF: "Outra tendência presente na Lei de 19 de Junho de 1775 é a ampliação dos tipos de ilícitos inicialmente previstos nas Ordenações. O legislador setecentista procura reduzir a indeterminação dos conceitos, concretizando as suas intenções. [...] Com a nova lei o legislador *alarga* o objecto da punição inicialmente prevista: 'Ampliando a Ordenação do livro quinto, titulo decimo oitavo: Sou servido declarar incursos no crime de rapto por seducção todas as pessoas, contra as quaes se provar que alliciarão, solicitarão, e corromperão as filhas alheias...' (sublinhado nosso). A preocupação com o rigor da técnica legislativa tem de ser articulada com o reconhecimento da **arbitrariedade** gerada pela solução prevista nas Ordenações" (Brigas, 2018, p. 75, grifos da autora).

[59] Segundo Brigas, a fundamentação dessa situação é que: "a visibilidade social enquanto casal é o elemento relevante da definição da vida em comum, devendo qualquer ataque a esta convivência ser sancionado, de forma equiparada ao casamento celebrado" (Brigas, 2018, p. 61).

para o Brasil caso o condenado não tivesse patrimônio suficiente para pagar o dote (§ 1, segunda parte).

Pelo t. XXIII punia-se o crime de defloração. Caso autor e vítima concordassem, poderiam se casar a pena seria extinta. Sem o casamento, poderia ser condenado a pagar o dote, em valor a ser arbitrado judicialmente, levando em consideração as condições financeiras e pessoais do agente e do pai da vítima. Era possível responder ao crime preso, de modo que a caução poderia servir como parte do pagamento em caso de condenação, porém, em algumas situações, o réu poderia responder em liberdade até a decisão final (Pereira, M., 1988, p. 192-193), conforme previsão do Alvará de 29 de Março de 1751.

Já as relações sexuais forçadas com parentes (na linha reta ou colateral até o quarto grau, inclusive) ou escrava branca, mulheres com as quais residia, ou o casamento com essas pessoas sem a devida autorização do responsável, estariam sujeitas à pena de prisão perpétua ou degredo (se a vítima era a escrava) ao Brasil por 10 anos.

O título seguinte trazia disposições sobre a cópula com mulher casada. Destacam-se os §§ 6 e 7 do t. XXV, os quais estabeleciam que, havendo acusação do marido, tanto o adúltero quanto a adúltera seriam punidos com a pena de morte. Caso o marido se abstivesse de acusar e deixasse o caso à iniciativa da justiça, a sanção imposta era o degredo para a África por dez anos.

Um aspecto relevante é que, apesar de terem sido publicadas após a recepção do Concílio de Trento, as OF não exigiam que o casamento fosse sacramentado pela Igreja para caracterizar o adultério como crime, bastando a união de fato (conforme § 8 do mesmo t.). A prova dessa união, portanto, poderia ser feita por meio de certidão da cura com o assento dos casamentos ou com testemunhas que tivessem presenciado a união entre o casal ou a convivência de fato.

Sob influência do direito romano (Siqueira, 1932, p. 511), o, t. XXXVIII, *caput* e §§ 1º e 5º, autorizava o marido a matar a esposa flagrada em adultério, bem como o cúmplice. Mesmo sem o flagrante, caso tivesse certeza da infidelidade conjugal, esse direito também lhe era reconhecido, mas ficava o marido obrigado a comprovar o fato, mesmo que por meio de indícios. Contudo, essa permissão não era estendida se o marido fosse peão e o adúltero um fidalgo, desembargador ou pessoa com qualidade acima desse cônjuge.

Considerava-se que marido que flagrasse o adultério da esposa estava acobertado pela excludente de ilicitude ao assassina-la, em regra[60] (O.F., L. V, T. XXXVIII). Caso houvesse a certeza da traição e fosse possível realizar prova conforme as diretrizes legais, mas o assassinato fosse realizado em momento posterior, o marido não seria penalizado, contudo, perdia o direito aos bens recebidos pela mulher em razão do dote, ou que esta lhe transmitiria por sucessão, continuando com a propriedade apenas dos bens adquiridos em conjunto (t XXXVIII, § 2).

Todavia, não havendo prova da traição, não se justificaria a isenção de pena. Então, caso o homem fosse condenado à morte natural[61] (o que equivale atualmente à pena de prisão perpétua) e não possuísse descendentes, ou os filhos existentes fossem com outra mulher, os herdeiros da esposa assassinada teriam direito a todos os bens do assassino (t. XXXVIII, § 3). Caso a condenação fosse para pena diversa, não haveria a perda dos direitos patrimoniais sucessórios.

Além da prova do adultério, como precedente lógico, fazia-se necessário comprovar a união entre as partes, fosse por meio de testemunhas que ouviram o casamento, ou viram o casal na igreja e posteriormente presenciassem o casal como se casados fossem. Se houvesse apenas uma prova do instrumento dotal antes de se oficializar o casamento, a pena ao homem seria de prisão perpétua.

Era considerado crime também quem frequentasse a Corte ter barregã, sob pena de multa, cujo valor variava em razão do cargo, e o degredo de ambos por um ano fora da Corte (t. XXVII). Com relação a homens casados que mantinham barregãs, ambos seriam condenados – ele a degredo, prisão, multa, ela a açoites, degredo e multa (t. XXVIII). Penas semelhantes eram aplicadas no caso de homem casado com barregã (t. XXVIII).

Acerca desses dois crimes, se antes da prisão, mesmo que após a condenação, a mulher se casasse ou se convertesse a freira, seria isenta da pena. Contudo, casando-se enquanto já estivesse cumprindo a pena, não seria estendido o benefício: “E casando-se na Cadêa, depois de serem presas polo dito crime, ou começadas de accusar, postoque soltas andem, não serão

[60] As exceções dependiam de a outra vítima, com quem a esposa tivesse cometido o adultério, fosse pessoa de classe superior à do marido traído: “[...], salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adulterio, não morrerá por isso mas será degradado para Africa com pregão na audiencia pelo tempo, que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de trez annos” (Almeida, 1870c, p. 1188).

[61] Acerca da expressão “morte natural”, explica Romão: “Como se escrevia num dos decretos que nomeia mais uma comissão de juristas com o objectivo de preparar o Código [Penal português] (Decreto de 18 de Agosto de 1832), pretendia-se definitivamente afastar ‘aquele monstruoso Codigo Criminal da Ord. do Liv. 5.º aonde foram a esmo copiadas as Leis de Caligula, e Néro, e aonde á força de se repetir constantemente = morra de morte natural para sempre = ficam os delictos impunes, ou são conduzidos a graves penas os infelizes, a quem se quer impôr uma pena por acções inteiramente differentes das que figuram no processo […]’” (Romão, 2016, p. 24).

por isso relevadas de haverem as penas conteúdas nesta Ordenacào, sendo em o dito peccado convencidas" (Almeida, 1870c, p. 1179) (t. XXVII, § 4, e t. XXVIII, § 4).

Não haveria pena à barregã solteira que fugisse com bens do barregão, mesmo que solteiro, casado, religioso, etc. Ela somente poderia ser demandada judicialmente pela esposa do homem casado (t. XXIX). Por fim, mantiveram-se os crimes de alcovitaria (t. XXXII) e rufianismo (t. XXXIII). Segundo Siqueira,

> Pelo que diz respeito ao nosso direito, em tempos coloniaes, o crime dos alcaiotes e alcoviteiros foi qualificado pela primeira vez por uma lei de D. Affonso IV, que comminava as penas de açoutes e perda dos bens, aggravadas por D. João I, infligindo mesmo a pena de morte, disposições que passaram para as Ords. Philip., t. 32 (1932, p. 492).

Percebemos que não havia nas OF grandes disposições quanto às formalidades do casamento, estando a maioria disposta no L. III, ao mesmo tempo em que se reconhece, ainda, a importância do direito canônico[62] na regulamentação desse instituto, embora bem menos que nas Ordenações anteriores, as quais, todavia, abordavam mais requisitos nos respectivos L. IV. Assim, as OF se debruçavam mais nos aspectos patrimoniais decorrentes dos matrimônios ou da inobservância de alguma formalidade, especialmente o consentimento doa pais (conjuntamente).

Com relação aos crimes sexuais, as poucas situações em que se permitia a utilização do casamento como extinção da punibilidade deixavam bem claras o elemento essencial do consentimento, tanto da vítima, quanto do agente – e, em várias situações, do pai ou representante legal dessa vítima. Contudo, o limite máximo para realização do casamento era antes de se iniciar o cumprimento da pena de prisão. Ou seja, mesmo após a condenação era possível solicitar o benefício.

Acreditamos que a opção seja por dois motivos: primeiro, para incentivar as partes a considerarem o casamento, pois poderia ser socialmente visto como algo menos desonroso à mulher; em segundo lugar, posto que iniciada a sentença de pena restritiva de liberdade, o dano já teria ocorrido: a sociedade já saberia da situação e as partes já teriam tido a liberdade restrita, de modo que não há como se falar em qualquer tipo de reparação ao mal causado.

---

[62] Contudo, deve-se observar que, segundo Almeida, essa fonte subsidiária era aplicada quando expressamente mencionada: "**Direito Civil,** i. e., o Direito Romano.
A Ord. tambem refere-se á esse Direito sob a denominação de **Direito Commum** ou simplesmente **Direito**.
Pelo contrario quando refere-se ao **Direito Canonico** expressamente o enuncia.
Pela expressão **conforme á Direito**, tambem a Ord. algumas vezes refere-se ao **Direito Patrio**.
He isto mui conveniente attender na interpretação das Ord" (Almeida, 1870b, p. 947, grifos do autor).

2.2.2 Análise doutrinária

Durante a vigência das OM, a produção normativa foi muito alta, tanto que foram organizadas duas coleções de leis extravagantes após 1569. Nesse sentido, deve-se reconhecer a pluralidade de fontes[63] aplicadas subsidiariamente. Segundo Homem,

> Lembremos finalmente que as fontes do direito privado em vigor no século XIX não eram apenas as Ordenações Filipinas e a legislação subsequente (extravagante, porque por lei não poderia ser incorporada no texto das Ordenações). A titulo subsidiário inclui-se o direito romano, desde que tivesse um uso moderno e nas condições previstas na Lei da Boa Razão, de 1769; os assentos dos tribunais superiores; os códigos e outros textos das nações civilizadas, também de acordo com a Lei da Boa Razão. Estes códigos eram, essencialmente, os códigos franceses (Homem, 2017, p. 48).

Desse modo, são reconhecidos os antecedentes do direito romano[64] e do direito canônico[65]. Este por sua vez, foi "recebido como direito subsidiário juntamente com o romano até à Lei da Boa Razão, contém igualmente princípios que o direito pátrio acolheu e incorporou na legislação" (Brigas, 2016b, p. 58). O mesmo pode ser reconhecido no Brasil, a exemplo de algumas desigualdades na estruturação da família e, ainda mais nitidamente, com diferentes previsões de regras de casamento e punição das relações sexuais[66] a depender da religião.

O T. LXIV do L. III regulamentava que em toda a extensão do Reino, as normas portuguesas deveriam prevalecer sobre as disposições locais (denominadas Leis Imperiais). Em caso de omissão de leis, do estilo da corte ou dos costumes dos reinos, o julgamento de casos dependeria da matéria. Se o conteúdo tivesse fortes traços morais ligados à figura do pecado, a decisão seria com base no Direito Canônico (n. 1, T. LXIV, L. III).

---

[63] Essa pluralidade de fontes continuou a influenciar a produção legislativa: "Institutos como o casamento, o poder paternal e a adopção resultaram de uma construção jurídica que se alicerça no direito romano, no direito canónico e na herança legislativa definida pela actuação dos monarcas portugueses, visível na legislação extravagante desenvolvida a partir do século XV e continuada nas compilações efectuadas no mesmo período" (Brigas, 2018, p. 25).

[64] O direito romano deve ser compreendido como um dos mais fundamentais: "[...], os antecedentes da construção família têm de ser procurados na família patriarcal romana e na evolução que o cristianismo introduziu na autoridade do chefe de família, dulcificando institutos como o poder paternal e o próprio estatuto jurídico dos cônjuges, em especial, a mulher" (Brigas, 2016b, p. 57-58).

[65] Acerca da influência do direito canônico e da relação entre cópula carnal e casamento: "Igualmente o direito canónico medieval se dedicou à construção desta figura, definindo o casamento pela existência de consentimento recíproco entre os intervenientes, celebrado na presença de um membro da Igreja e pela atribuição de um sacramento, vínculo gerador da união indissolúvel. O receio da promiscuidade entre os noivos justificou que, existindo cópula carnal, o direito canónico considerasse o casamento celebrado com todos os seus efeitos. A este respeito importa reter as posições assumidas por Graciano e Pedro Lombardo. O primeiro considerava que apenas após a união carnal entre os cônjuges existia casamento. Pedro Lombardo entendia que existia casamento pelo mútuo consenso dos cônjuges" (Brigas, 2016, p. [19]-22, p. 20).

[66] Acerca da relação entre cópula carnal e casamento: "A teorização canónica nas matérias matrimoniais oscila entre a aceitação da herança romana do princípio *nuptias non concubitus, sed consensus facit*, mediante o qual o consentimento mútuo dos nubentes justifica o matrimónio, e a exigência da cópula carnal" (Brigas, 2016b, p. 70).

Nas demais situações, seriam aplicáveis as leis locais e, subsidiariamente, havia uma ordem preferencial de glosadores[67] romanos[68].[69] Primeiramente, conforme Accursio, mas caso não fosse considerada essa a resposta mais adequada, se reportariam a Bartolo[70], a não ser que não considerassem igualmente a melhor solução.[71] Em última hipótese, então, a decisão deveria ser solicitada à Casa da Suplicação (n. 2 e 3, T. LXIV, L. III).

Essa remissão a extensas glosas tinha ainda outro problema: a separação temporal do comentário original com a aplicação atual. Nesse sentido, criticou Carlos Augusto de Carvalho: "Perdida toda a. noção da chronologia juridica, opiniões de epochas profundamente dissemelhantes erão e ainda são invocadas para julgar novas relações de direito, originadas de preceitos de leis sob influencia contraria" (Carvalho, 1899, p. IV).

Com alterações legislativas que ocasionavam revogações expressas e tácitas (essas como principais causas de complicações em detrimento daquelas) e as posições doutrinárias, as versões anotadas das normas e o posterior trabalho de consolidação por Teixeira de Freitas eram instrumentos fundamentais para apresentar, do melhor modo possível, a legislação mais atual.[72]

---

[67] A revogação dessa fonte do direito ocorreu apenas com a Lei da Boa Razão (Lei de 18 de Agosto de 1769) a qual determinou, em seu art. 11, que "os casos extraordinários" (as omissões) fossem resolvidos pela Casa da Suplicação" (Portugal, 1858, p. 412-413).

[68] Em crítica quanto a lacunas normativas, dificuldade em coordenar as regras das Ordenações com as efetivamente em vigor e a possibilidade de se reportar ao direito romano, manifestou-se Teixeira de Freitas que "Aquellas Ordenações, que são pobríssimas, reclamavão copioso supplemento. Seus collaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido accusados, ou por fugirem á maior trabalho, reportárão-se muitas vezes ao Direito Romano, e mesmo geralmente o autorisárão mandando até guardar as glosas de Accursio, e as opiniões de Bartolo e mais Doutores" (Freitas, 1876, p. xxxii).

[69] Para nos situarmos quanto às fontes do direito romano, convém a seguinte ressalva: "As fontes do Direito Romano devem ser entendidas como fontes de juridicidade e não como fontes de Direito no sentido atual da expressão. A única fonte da juridicidade é a *auctoritas* de quem cria, adapta e aplica as regras jurídicas. Por isso as fontes de *ius Romanum* são: os *mores maiorum* (pela origem da sua criação) e a *iurisprudentia* (porque fundamentada exclusivamente na *autoritas* dos jurisprudentes). [...] Assim, a lei, os *senatusconsulta*; as constituições imperiais, os editos dos pretores não são fontes de *ius Romanum* porque os seus autores são titulares de órgãos ou exercem cargos em que são titulares de *imperium*; titulares de poderes políticos (*potestas*)" (Pinto, 2023, p. 243). Desse modo, separam-se as fontes do Direito das fontes de leis. A denominada jurisprudência consistia na construção de regras com base em casos resolvidos para obter uma resposta a casos a serem resolvidos. E, "Por isso, a *iuris prudentia* é a fonte do Direito por excelência. O que significa que o Direito só se cria/faz com base na *autoritas* dos seus criadores (de quem dá - apresenta - as soluções e faz - cria - as regras)" (Pinto, 2023, p. 243). Esse reforço da *autoritas* pode ser verificado quando se opta pelas soluções oferecidas anteriormente por Accursio e Bartolo como fontes de Direito como alternativa para as lacunas de fontes de leis.

[70] Segundo o n. 1, a justificativa é que "[...] sua opinião commumente he mais conforme á razão" (Almeida, 1870e, p. 664).

[71] Sobre essas fontes, Carlos Augusto de Carvalho resumiu o percurso de referência: "A Ordenação Affonsina (2-9) confirma a autoridade já reconhecida de Accursio e Bartolo; a Manuelina (1514-1521), não obstante o exemplo de Castella (1505), estabeleceu recurso (2-5) da opinião de Bartolo para a opinião commum dos doutores; a Felippina (1603), desprezando a *Nova Recopilacion* de Hespanha (1567), ainda mantem o recurso manuelino (3-64)" (Carvalho, 1899, p. III).

[72] De modo semelhante, assim fundamenta Martinho Garcez sobre a importância da atualização da *Consolidação das leis civis* de Teixeira de Freitas (Garcez, 1915, n. p.).

Assim como os regramentos anteriores, manteve-se estrutura semelhante às Ordenações anteriores, com cinco livros. As OF são uma compilação das normas positivadas ao longo dos séculos XVII e XVIII e não adota a organização temática utilizada pelos códigos, que possuem, justamente, a sistematização como uma de suas marcas. Desse modo, os temas relativos ao âmbito familiar podem ser encontrados, principalmente, nos L. III (direitos e deveres dos vínculos familiares), IV (maioria dos institutos, como casamento, regime e administração dos bens, alimentos, deserdação, etc.) e V (centrado principalmente no aspecto criminal, no qual há a incidência de conteúdo jurídico-familiar em alguns crimes, especialmente os sexuais, bem como estipulam-se as penas) (Brigas, 2018, p. 56-62). Dentre as disposições,

> O casamento ocupa lugar especial, considerando a punição presente nas Ordenações para a bigamia e para o adultério. É exatamente a propósito dos crimes sexuais que compreendemos melhor a natureza da sociedade familiar. A identificação dos sujeitos das infrações permite-nos igualmente perceber que o pensamento do século XVII diferenciava a punição consoante o sujeito é homem ou mulher, refectindo uma determinação concepção moral acerca do comportamento existente (Brigas, 2018, p. 59).

Segundo Brigas, a conexão na estruturação das OF foi feita por matérias, e não por temas. Por isso, essa estrutura resulta em um "[...] pensamento fragmentários e assistemático, denunciando a inexistência de uma dogmática específica de direito da família" (Brigas, 2018, p. 53), bem como de outros temas. Embora assuntos como casamento e o exercício do poder paternal sejam bastante regulamentados, a autora reconhece que a maior parte do desenvolvimento regulatório diz respeito ao aspecto patrimonial. [73] Quanto à importância do casamento na sociedade e, consequentemente, em relação à sua regulamentação nas OF,

> Em matéria de conteúdo da regulação familiar destacamos o casamento enquanto principal instituição jurídica. As Ordenações Filipinas identificam o casamento enquanto acto jurídico e estado com o regime jurídico respectivo. [...] razão bastante para se reconhecer a matrimonialização das matérias familiares, uma vez que as instituições são abordadas na sua dependência do casamento e não na sua individualidade (Brigas, 2018, p. 76).

Nesse contexto, as Ordenações reconhecem diversos tipos de mulheres: a filha, a virgem, a honesta, a esposa, a viúva, a que contraiu novas núpcias[74], a prostituta, a barregã

[73] Um exemplo dessa patrimonialização pode ser vista nesse exceto: "Aos que casassem nestas condições era aplicada a pena de deserdação e a exclusão de todos os bens dos progenitores (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título LXXXVIII). Saliente-se, no entanto, que as Ordenações afastam a aplicação deste regime quando as vantagens da celebração da união fossem superiores às que os pais podiam fazer à menor. Novamente está aqui presente a vertente patrimonial na validação do casamento" (Brigas, 2016, p. [19]-22, p. 21).

[74] Nesse sentido, por exemplo, "O Alvará de 23 de Novembro de 1770 refere-se ao património dos viúvos em caso de novo casamento, havendo filhos. O legislador justifica o diploma no facto de, frequentemente, a nova união provocar consequências nefastas no património dos filhos, deixando-se 'arrastar por paixões tão lesivas aos filhos'. Assim, o diploma limitou a actuação dos viúvos e viúvas nas disposições de última vontade" (Brigas, 2018, p. 78).

(concubina).[75] Para essas diferentes mulheres, poderiam ser atribuídas normas diversas e diferentes penas em caso da violação dessas regras. Percebemos como o estado familiar influenciava diretamente nessas regulamentações.

O poder paternal teve seus princípios estabelecidos pelas Leis de 19 e de 29 de Junho de 1775, reconhecendo "à autoridade masculina a definição dos destinos matrimoniais dos filhos, à revelia do direito natural, instância definidora dos limites e conteúdos do poder paternal" (Brigas, 2018, p. 70).

> No ponto 5 da Lei de 19 de Junho de 1775 [sobre o poder paternal] são aplicadas penas aos que casassem sem o consentimento dos pais ou de quem tivesse esta responsabilidade, enaltecendo a vontade paterna em matéria matrimonial, tendência depois presente na Lei de 6 de Outubro de 1784 que reconheceu essa vontade em momento prévio ao casamento (Brigas, 2018, p. 71).

Contudo, reconhecia-se que nem sempre a vontade ou a intenção dos pais resultaria no resultado mais positivo aos filhos. Por isso, justificava-se a possibilidade de um órgão externo – como um juiz – poder se manifestar e decidir sobre diversos assuntos.[76]

No L. I das OF, "[...], o estado de casado ressalta como elemento relevante na definição e caracterização de determinados comportamentos. Podemos identificar o casamento como gerador de uma convivência que justifica determinados cuidados, [...]" (Brigas, 2018, p. 54), fossem pessoas solteiras, casadas, viúvas ou em novas núpcias. Quanto à viuvez, era "associada a um comportamento adequado, legitima a concessão de certos benefícios à mulher viúva, sendo excepcionados os benefícios resultantes do exercício do ofício público pelo marido" (Brigas, 2018, p. 55). Tanto que em caso de novo casamento, muitos desses benefícios concedidos às mulheres eram retirados e, em caso de nova viuvez, não lhes eram restituídos.

Além disso, sendo o casamento um dos principais meios de constituição da família, em seu entorno encontram-se os institutos da filiação e do poder paternal. Disso decorrem direitos patrimoniais e direitos de administração de bens. Ainda, conforme percebemos e é o tema central deste trabalho, o casamento poderia ser utilizado como meio de extinção da punibilidade.

Percebe-se que o dever de fidelidade já foi regulamentado como verdadeira conduta a ser cumprida, sob pena de se cometer o crime de adultério[77]. Nas primeiras positivações

---

[75] Pode-se reconhecer a influência do direito canônico nessas individualizações com relação aos "[...] diferentes estados da mulher, [...], estabelecendo comportamento adequados à condição familiar" (Brigas, 2016b, p. 76-77).
[76] Reconhece Brigas a importância desse elemento externo: "[...], reconhece-se que, em certas situações, apenas esta intervenção pode garantir a moderação ou a correção das decisões paternas" (Brigas, 2018, p. 71).
[77] Sobre adultério, faz-se pertinente comentário sobre as Cortes de Lamego, as quais determinaram "[...] que os adulteros (accusando-os o marido, que hé a unica pessoa offendida) provado o adulterio por testemunhas de credito,

portuguesas, o adultério não era condenado pelo Estado, embora se permitisse a vingança privada, conforme a determinação da "[...] lei de de D. Diniz, de 9 de setembro de 1350, compilada na Ord. Affonsina, L. V, t 12. Nesta Ord., L. V, t. 7, § 2, se puniu pela primeira vez o adulterio voluntario, impondo-se aos nobres a pena de perdimento de bens da corôa, e aos peões a de morte" (Siqueira, 1932, p. 511).

Acerca da questão do regime de bens, a regra era pela chamada carta de ametade, na qual "os conjuges estão em sociedade **universal** de bens presentes e futuros" (Almeida, 1870b, p. 832, grifos do autor), mas não se aplicava ao casamento entre um escravo(a) e homem ou mulher livre [Almeida, 1870b, p. 832, nota (3)]. Mesmo se o casamento não se oficializasse, havendo cópula carnal[78] ou se provando que estivessem em casa "teúda e manteúda"[79], com a fama pública como se fossem casados (§ 2). Contudo, essa hipótese de presunção do matrimônio era controversa. Segundo alerta Almeida:

> Por esta disposição o **casamento** presumido tinha todos os effeitos civis; mas era uma disposição morta, e que nunca vigorou entre. nós, e nem podia vigorar depois da reforma do Concilio Tridentino; máxime sabendo-se que o casamento clandestino não os tinha, e aliás em melhores condições que este **presumido** casamento, que era um verdadeiro concubinato [Almeida, 1870b, p. 834, nota (1), grifos do autor].

O instituto dos esponsais não foi regulamentado nas Ordenações, mas em legislação esparsa, com a Lei de 6 de outubro de 1784 (Brigas, 2018, p. 68). Conforme os parâmetros estabelecidos,

> [...] verificamos que a obediência está subjacente como regra basilar das relações paterno-filiais. Recordemos que a matéria dos esponsais tinha já anteriormente sido objecto de atenção do legislador canónico, mais concretamente, no Concílio de Trento, que afirmara a validade do casamento celebrado sem o consentimento prévio dos genitores. O presente diploma, contrariando o princípio canónico, refere-se às motivações para celebração dos esponsais sem o consentimento devido (Brigas, 2018, p. 69).

Reconheceu-se que muitos desses pactos eram feitos de modo clandestino, sem a anuência ou a opinião dos pais, e disso decorria uma obrigação que, futuramente, poderia não mais ser o desejo das partes. Assim, entendeu-se que haveria vício, prejudicando a validade,

---

fossem castigados com pena de fogo, depois de o fazerem saber a E1 Rei; mas que se o marido perdoasse a mulher, este perdaõ aproveitasse ao adultero. Hé claro que esta pena de fogo hé em si mesma barbara; e opposta a boa moral, e que entre ella, e o delicto naõ há proporçaõ, mormente em um crime, que tanta escusa tem na natureza humana. Prudentemente assim se determinou nas mesmas Cortes, que o perdaõ dado pelo marido á mulher aproveitasse tambem ao adultero; porque deste modo raras vezes poderia ter lugar apena, sendo mais fortes e poderosas pala o perdaõ as razoẽs do amor do marido, do que as da injuria e offensa. E quando assim naõ succedesse, era de esperar, que os Reis naõ concentissem na execuçaõ da pena" (Mello, 1816, p. 14).

[78] Esse ato tornava o casamento irregovável e a prova poderia ser feita por testemunhas [Almeida, 1870b, p. 833, nota (5)].

[79] A expressão "teúda e manteúda" utilizada nas OM foi mencionada também nas OF e, posteriormente, foi reproduzida no CCrim/1830, e, consequentemente, na CLC (Freitas, 1876, p. 128).

caso não houvesse o consentimento dos pais e não fosse realizado o contrato por meio de escritura pública. Segundo Brigas, a clandestinidade e a irregularidade dos esponsais carregava esse vício para a nulidade do casamento subjacente (Brigas, 2018, p. 70).

Isso evitaria a aplicação da previsão no t. XXIII do L. V das OF em que. "A falta de regulamentação permitia a celebração dos esponsais de forma mais ligeira face aos casamentos, abrindo caminho para a arbitrariedade, bastando ocorrer consumação carnal [...]" (Brigas, 2018, p. 69). Desse modo, os requisitos de validade são reforçados pela norma.

No século XVIII, época denominada de setecentos, outra denominação utilizada era "esponsorios de futuro" ou "desposorios do futuro"[80], instrumento muitas vezes realizado perante autoridades da igreja católica com a principal finalidade de formalizar a promessa de um futuro matrimônio. Essa promessa de casamento poderia ser feita a partir dos sete anos completos[81] averiguando-se a livre manifestação, sem coação, embora houvessem causas de dissolução do instrumento, como por dissenso, fuga, casamento com outra pessoa, etc.

Percebe-se, assim, o caráter dúbio do contrato: por um lado, poderia ser dissolvido; por outro, sua existência ocasionaria causa de impedimento matrimonial. Contudo, viu-se que um dos meios de dissolução dos esponsais é justamente o casamento com outra pessoa, o que demonstra a importância do caráter religioso (sacramentar a união) e do costume em detrimento da priorização jurídica pelo viés normativo. Isso porque ao mesmo tempo em que se considera importante meio de promessa, não necessariamente o casamento seria realizado, e estando ainda válido o primeiro esponsal, as penas pecuniárias de excomunhão eram aplicadas (Pereira, M., 1988, p. 190-193).

Segundo Maria Meireles Pereira, a livre manifestação da vontade era importante elemento nos esponsais:

> Para que os esponsais sejam válidos deve essa promessa ser voluntária e deliberada, mutuamente aceite, manifestada por sinais externos e finalmente contraída por pessoas hábeis para o matrimónio. Daqui se infere que esta promessa deve ser livre, recíproca e nunca realizada sob coacção. Por sinais externos entendam-se as palavras e os gestos (Pereira, M., 1988, p. 190-191).

Como visto, os esponsais eram tratados pela via religiosa e jurídica. Pela primeira vertente, entendia-se que o instrumento deveria ser cumprido. Já pela segunda, poderia ser alvo

---

[80] Essa era a terminologia adotada nas Constituições do Arcebispado da Bahia (Vide, 2011, p. 108).

[81] Cf. n.º 262 do Título LXIII. O casamento, porém, deveria observar a idade mínima de 14 anos para os homens e 12 anos para as mulheres, apesar de se permitir a realização do ato "[...] quando antes da dita idade, constar, que tem discrição, e disposição bastante, que supra a falta daquella: porém neste caso os não admittão os Parachos, nem os denunciarão sem licença nossa, ou do nosso Provisor por escripto, sob pena de dez cruzados, e suspensao de seu officio a nosso arbítrio, a qual licença se não dará sem primeiro constar legitimamente, como por direito se requer, que tem a tal discrição, e disposição" (Vide, 2011, p. 110).

de decisão do Juiz com duas possíveis respostas, pelo compromisso a ser seguido, ou não (Pereira, M., 1988, p. 193).

A primeira regulamentação dos esponsais foi realizada pelo Decreto de 6 de Outubro de 1784, que apresenta a justificativa em sua epígrafe:

> Que sendo me presentes os muitos, e gravissimos abusos, que se praticão na celebração do contrato Esponsalicio, por não haver Leis, que regulem a fórma delle; e servir tão somente de norma a livre vontade dos contrahentes, os quaes muitas vezes se obrigão a casar por promessa, pactos, e convenções clandestinas, feitas sem conselho, e consentimento dos Pais, e na falta destes dos respectivos Tutores, ou Curadores, por méro impulso de suas proprias, e desordenadas paixões, ou por solicitações de pessoas interessadas em semelhantes acções; vendo-se por isso nascer a obrigação Esponsalicia no seio do vicio, da precipitação, e do engano, [...] com grave, e considerável prejuizo do Bem público, e particular dos meus Reinos, e Senhorios: E porque para ocorrer a estes, e outros tristes abusos, que resultavão da clandestinidade dos Matrimonios, [...] (Portugal, 1828, p. 360-361).

Apesar de haver um direcionamento religioso pelo Concílio de Trento[82] com diretrizes para os esponsais (como exigências de forma e solenidade), para fins civis não necessariamente se reconhecia a validade e a eficácia desses pactos [com o uso da terminologia atual, os quais eram referidos como "sem vigor, irritos, nullos, e de nenhum effeito" (Portugal, 1828, p. 361)].

Determinou-se, desse modo, a forma pública da escritura lavrada por Tabelião competente e com assinatura dos nubentes e seus pais, ou com a aquiescência dos tutores ou curadores, além de pelo menos duas testemunhas (§ 1º). Na sequência, revogaram-se expressamente no L. III os T. XXV, *caput,* §§ 7º e 9º; LIX, §§ 5º, 11º, 15º, 21º, e no L. IV, T. XIX.

Excepcionalmente, não havendo tabeliões a menos de duas léguas de distância, admitia-se escritura particular com assinatura dos pais, tutores ou curadores, além de quatro testemunhas (ao invés de duas), com a validade de um mês, senão, o casal deveria realizar a escritura pública (§ 2º).

Na escritura deveriam constar as seguintes informações (§ 3º): idade, lugar de nascimento e batizado dos contraentes, a freguesia em que residem, se possuíam algum grau de parentesco e se havia livre manifestação da vontade: "de que por sua espontanea, e livre vontade, e sem a menor coacção, fizerão, e aceitárão suas mutuas, e reciprocas promessas" (Portugal, 1828, p. 361).

Segundo a disposição na Lei dos Esponsais, § 4º: "Os Filhos famílias, e os Menores não poderão contrahir Esponsaes até a idade de vinte e cinco anos, sem consentimento dos Pais,

[82] A observação dessas regras foi determinada pelo Alvará de 12 de Setembro de 1564 (Portugal, 1870, p. [503]-507) e reforçada posteriormente pela Lei de 8 de Abril de 1569 (Freitas, 1876, p. 103).

Tutores, ou Curadores; e prestando estes o seu consentimento, dele se fará expressa menção na Escritura". Caso recusassem, as possibilidades deveriam ser requeridas "a Meza do Desembargo do Paço, e aos Corregedores, ou Provedores das repectivas Comarcas, para supprirem por sua pública authoridade o consentimento [...]" (Portugal, 1828, p. 362).

Por fim, tecem-se algumas considerações sobre a celebração do casamento para fins de extinção de punibilidade, sua conciliação com a livre manifestação da vontade, e a honra manchada da vítima. Pondera Mello:

> [...], hé certo que a obrirgaçaõ de casar com a forçada hé diametralmente opposta a liberdade do matiimonio, essencial em todos os contractos civis, qual o matrimonio. Os matrimonios constrangidos saõ sempre de funestissimas condicionancias, e por isso a mesma Igreja sempre estabelece a liberdade do matrimonio. A pena de casar contra vontade com a mulher forçada, a que nossas leis antigas chamaõ *roussadas*, naõ hé da prudencia das leis, nem conforme aos sentimentos da Igreja. Veja-se a Ord. Affons. liv. IV., tit. 10, § 2, aonde se acha abolido o constrangimento no matrimonio por E1 Rei D. Affonso II., D. Affonso III., D. Affonso V (Mello, 1816, p. 14, grifos do autor).

Consideramos a positiva intenção do legislador em reforçar em todas as Ordenações que para a realização desse casamento deveriam, obrigatoriamente, consentir a mulher-vítima e o agressor. Em alguns casos, necessitava-se também da aquiescência do pai ou responsável legal da vítima e que esse concedesse o perdão da violação que foi feita ao agente criminoso.

Em regra, caso não se realizasse o casamento, ainda se reconhecia que o autor tinha o dever de reparar o mal que causou à mulher[83], ferindo sua honra perante a sociedade e que poderia impedir conseguir um casamento no futuro. Por isso, essa indenização era feita mediante o pagamento do dote, ou, na falta de patrimônio, aplicavam-se penas físicas ao autor, como, por exemplo, o degredo.

Ainda assim, com uma visão atual, cabe-nos ponderar qual era essa autonomia da vontade[84], pois, embora as partes precisassem declarar a livre e espontânea vontade para contrair o matrimônio, na prática, é possível questionarmos se essa manifestação externa realmente correspondia à vontade interna. Essa questão será analisada em tópico próprio, após a análise dos elementos fundamentais para se conferir validade e eficácia aos casamentos.

---

[83] Aqui, devemos ressaltar se tratar, especialmente, das mulheres virgens, das viúvas honestas e das freiras, pois esse recorte interseccional de classes tinha diferentes consequências.

[84] A livre manifestação da vontade também era considerada elemento essencial nas Constituições do Arcebispado da Bahia, cf. n.º 268: "Não póde outro-sim contrahir Matrimonio o doudo, ou desacisado, se de tal sorte o for, que não entenda o que faz, nem possa dar para isso legitimo consentimento, salvo tendo lucidos intervallos, porque no tempo deles póde casar" (Vide, 2011, p. 110). No caso de os noivos serem viúvos, provenientes de diferentes freguesias, ou fora da área do Arcebispado, as regras espevíficas encontravam-se disciplinadas, respetivamente, nos n.ºs 271, 272 e 273.

3 ESTUDO NORMATIVO DO CASAMENTO NO BRASIL

A partir da independência do Brasil, houve um período de transição em que as normas de origem portuguesa ainda eram aplicadas às normas nacionais. Desse modo, ainda era possível a produção de efeitos das Ordenações Filipinas em diversos ramos do Direito, especialmente, no Direito Civil.

Embora houvesse decisões do Governo e legislação esparsa, o primeiro Código Civil brasileiro entrou em vigor apenas em 1917. Então, até 1916, a obra de referência eram as OF, as quais poderiam ser lidas por meio da *Consolidação das leis civis*, trabalho elaborado por Teixeira de Freitas que, além de atualizar e incluir as regras efetivamente vigentes, ainda fez a organização dessas regras, facilitando a consulta das normas aplicáveis.

Nesse capítulo, será feita a análise histórico-normativo sobre o casamento no país pela perspectiva do Direito Civil, desde a definição do instituto, análise do movimento de laicização do casamento, bem como o estudo das regras de requisitos formais a serem observados, regimes de bens aplicáveis por imposição legal ou pela vontade das partes, eventuais hipóteses de impedimento para o matrimônio, identificação da idade núbil e decomposição do problema referente à autonomia da vontade para a celebração do casamento.

Como fontes, serão utilizadas obras editadas pelo Governo com decretos e alvarás desde a época do Brasil Império, a CLC; o CC/1916, o CC/2002, as propostas trazidas pelo PL n.º 4/2025, bem como doutrinas publicadas na época dessas legislações, visando compreender como as regras eram entendidas e recepcionadas à época, para que se possa, então, fazer um exame do assunto com as perspectivas atuais.

3.1 Normas sobre casamento: aspectos gerais

Casamento e matrimônio são institutos próximos, mas não idênticos. Enquanto o primeiro está relacionado à vertente civil, o segundo remete ao âmbito religioso.[1] Não se pretende aprofundar as concepções nos períodos anteriores ao delimitado pelo presente trabalho para não se afastar dos recortes temporal e temático. Contudo, convém ressaltar a existência em

[1] Tanto com relação aos termos, quanto com há quanto tempo essa discussão ocorre, explica Brigas: "Outro aspecto relevante para a compreensão da construção canónica de casamento reside na valorização do elemento sacramental em detrimento do contrato, factor desenvolvido por parte da doutrina com orientações nem sempre coincidentes. O próprio Concílio de Trento confirmara a sacramentalidade do casamento em contraposição com a Reforma Protestante.
A crítica do elemento contratual do casamento foi, no entanto, uma tendência maioritária, incentivando a tensão nas esferas e competência da Igreja e do Estado" (Brigas, 2016b, p. 74).

diferentes épocas de diversas formas de união com maior ou menor rigor e as diferentes consequências.

De Plácido e Silva explica que, no direito romano[2], casamento e matrimônio eram sinônimos. Isso não significa que não houvesse influência religiosa, pelo contrário. Nesse contexto, era possível reconhecer três tipos de união: 1) *per confarreatio*, versão mais solene restrita aos patrícios e celebrada perante os sacerdotes (*pontifex maximus* e *flamen dialis*) e dez testemunhas, em que o casal partilhava o *pannis farreus* (bolo de trigo que denominou a modalidade), do mesmo modo que os bens seriam partilhados; 2) *per coemptionem*, no qual o *pater familias* vendia simbolicamente (*imaginaria venditio*) as mulheres sob seu poder; 3) *per usum*, em que, de molho semelhante às atuais figuras de Direitos Reais, após o uso haveria a usucapião - no caso, ao invés do bem móvel ou imóvel, tratava-se da mulher, após coabitação por um ano, com raros períodos excepcionais de interrupção (Beviláqua, 1933, p. 51-54).

Na compilação normativa elaborada por Augusto Teixeira de Freitas na obra *Consolidação das leis civis* (CLC), reconheceu-se que o casamento possui três elementos: natural (no sentido de se relacionar com o Direito Natural ou das Gentes, além do Direito Civil), religioso e civil[3]. Conforme a época, maior ou menor ênfase recaem sobre esses elementos.

Embora alguns autores tratem casamento e matrimônio como sinônimos[4], opta-se pela denominação neste trabalho do termo "casamento", por privilegiar a concepção civilista do instituto em detrimento do aspecto religioso. Nesse mesmo sentido, De Plácido e Silva indicava como a terminologia jurídica correta "casamento", "justas núpcias" (denominação romana para o casamento legal) (Silva, O., 1963b, p. 906) ou "justo matrimônio" (Silva, O., 1963b, p. 1003).

3.2 Natureza do casamento: instituto religioso ou civil?

[2] Em que pese a generalização de grande período histórico com diferentes organizações e aplicações dos institutos, posto que a Roma antiga é dividida em três principais períodos: a Monarquia (de 753 a.C. a 509 a.C.), a República (de 509 a.C. a 27 a.C.) e Império (de 27 a.C. a 476 d.C.). Conforme a lição de Vera-Cruz Pinto, podem ser reconhecidas seis subdivisões para especificar melhor os contextos: Roma do *rex* e das *gentes* (753 a.C-509 a.C.), transição dos *rex* e das *gentes* para a república (509 a.C.-367 a.C.), *populus romanus* e *res publicas* (367 a.C.-27 a.C), *princeps* como *primus inter pares* (27 a.C.-285), *princeps* como *rex* no império único (285-395) e período de declínio da *pars occidentis* do império romano (395-476) (Pinto, 2023). A diferenciação feita por De Plácido e Silva não se aprofunda quanto a períodos e se atém aos diferentes tipos de casamento (Silva, O., 1963a, p. 311-312).

[3] Os elementos naturais, religiosos e civis seriam decorrentes da herança do direito romano (Freitas, 1876, p. CXXXVII).

[4] Por exemplo, nos comentários feitos por Didier para Código Civil português de 1867, a definição trazida para casamento é que se trata de um contrato perpétuo "celebrado pelos catholicos na fórma da igreja; pelos que não professam esta religião, perante o official do registo civil, e produz, como o d'aquelles, todos os seus effeitos civis". Sendo religioso ou civil, casamento e matrimônio foram compreendidos como termos semelhantes (Didier, 1867, p. XVII e LXVIII).

A religião oficial do Império brasileiro era o catolicismo, em decorrência da colonização portuguesa, o que influenciava o modo de realização dos casamentos. Nesse sentido, apesar de as Ordenações reconhecerem a união informal entre pessoas e regulamentarem alguns direitos como consequência, isso não significa que fosse aceito pelo viés religioso.[5]

Uma das primeiras regulamentações nacionais sobre o casamento foi feita pelo Decreto de 3 de Novembro de 1827 (Brasil, 1878, p. 83), o qual se limitava a reforçar a observação do disposto no Concílio de Trento e na Constituição do Arcebispado da Bahia, a qual adaptava os preceitos do regramento anterior ao contexto brasileiro.[6] Essa aplicação foi reforçada pelo Alvará de 29 de Fevereiro de 1840[7] e na CLC reforçou essa aplicação em seu art. 95. Porém, no âmbito criminal, a postura do legislador divergia, de modo a haver até mesmo a tipificação da conduta de contrair matrimônio de modo contrário às leis do Império[8]:

> Celebração do matrimonio contra as Leis do Imperio
> Art. 247. Receber o Ecclesiastico, em matrimonio, a contrahentes que se não mostrarem habilitados na conformidade das Leis.
> Penas - de prisão por dous mezes a hum anno, e de multa correspondente á metade do tempo.
> Art.248. Contrahir matrimonio clandestino.
> Penas - de prisão por dous mezes a hum anno (Brasil, 1831, p. 31).

Assim, privilegiando os aspectos formais, era possível o reconhecimento da união de pessoas com diferentes religiões que celebrassem o casamento "nas formas das Leis do Império" (Brasil, 1862, p. 22), oferecendo-se respaldo inclusive a uniões anteriores à edição do Decreto nº 1.144/1861, quanto aos casamentos que fossem realizados posteriormente conforme suas diretrizes, tanto dentro como fora do Império.

Desse modo, percebe-se que, inicialmente, haviam duas vertentes com diferentes regras: uma para os casamentos entre pessoas católicas, e outra para pessoas com outras religiões que quisessem se casar e ter o reconhecimento jurídico dessa união.

---

[5] Veja-se uma interpretação sobre a tradição no século XVIII: "Os esposos são exortados a não coabitarem antes de se receberem em face da Igreja sob pena de incorrerem em excomunhão maior e penas pecuniárias, as quais se estendiam aos pais e mães que em suas casas os consentissem" (Pereira, M., 1988, p. 190).

[6] A obra buscava orientar comportamentos sociais com base na moral e nos ditames religiosos. Incluía diversos temas, "[...] como lenocínio, sedução, estupro, concubinato, bigamia, acabavam objeto de processos movidos pela Igreja e julgados por tribunais episcopais" (Magalhães, 2011, p. VIII).

[7] A norma, não localizada na coleção legislativa do Senado ou em outras fontes consultadas, tem a seguinte ementa: "Recomenda em todas as Parochias a predica ordenada pelo *Concilio Tridentino,* e pela Constituição do Arcebispado da Bahia" [cf. Freitas, 1876, p. 104, nota (1)].

[8] Como fundamento legal, Souza elencou algumas regulamentações, explicando que "Lei de 28 de Julho de 1828. - O matrimonio não é regido exclusivamente pelas Leis ecclesiasticas; as civis também tem n'elle notável inferencia: vêde, portanto, além de outras, as Leis de 19 de Junho e 29 de Novembro de 1775, e de 6 de Outubro de 1784, sobre as pessoas que não podem casar sem licença, pois que, na conformidade d'ellas, devem igualmente mostrar-se habilitados os contraentes" (Souza, 1858, p. 93).

Nesse contexto, deve-se reconhecer a importância do registro de nascimentos, casamentos, óbitos, transferência de imóveis, dentre outros, para se perceber as relações sociais não apenas dos que seguissem essa religião, bem como dar publicidade a esses atos. Afinal, o ato do registro permite a posterior reconstrução de árvores genealógicas e a titularidade de direitos. Considerando a forte influência do catolicismo no Brasil, por muitos anos, essa competência foi exercida pela igreja católica. A título de exemplo, o registro utilizado como prova de nascimento ou de óbito constava, em regra, nos Livros Eclesiásticos (art. 2.) sob as nomenclaturas de certidão de batismo (Freitas, 1876, p. 3) ou de óbito, respectivamente. Sobre essa atuação da Igreja, entende Teixeira de Freitas que

> A secularisaçao do registro dos nascimentos e óbitos foi tentada pelo Decr. n. 798 de 18 de Junho de 1851, que se-mandou suspender pelo de 29 de Janeiro de 1852.
> Os nascimentos e óbitos de pessoas não catholicas provão-se por certidões extrahidas dos respectivos Livros á cargo dos Escrivães do Juizo de Paz - Lei n. 1144 de 11 de Setembro de 1861 Art. 2º e Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863 Art. 31.
> Provão-se também por certidões extrahidas dos respectivos Livros à cargo dos Directôres de Colônias, ou das Autoridades Superiores delas Cit. Regul. Art. 19 (Freitas, 1876, p. 2-3)

Contudo, em que pese a consideração do autor de referência ao Decreto 798/1851 enquanto marco inicial, adota-se neste trabalho o ano de 1850 com a Lei n.º 586 como o primeiro passo para essa separação, que foi posteriormente foi efetivamente determinada com o referido Decreto de 1851.

O registro civil de nascimento e óbito por parte do Estado foi determinado no § 3º do art. 17 da Lei nº 586, de 6 de setembro de 1850 (Brasil, 1850, p. 279-284, p. 282). Embora a Lei tivesse por objeto principal regulamentar o orçamento dos anos de 1851 e 1852, o mencionado art. 17 estabelecia autorizações ao governo. No § 3º, a prerrogativa estatal do registro civil seria regularizada após a realização de um censo pelo Império, o qual foi regulamentado pelo Decreto nº 797, de 18 de junho de 1851.

Na sequência, o Decreto nº 798, também de 18 de junho de 1851, determinou o arquivamento dos livros nas respectivas Câmaras Municipais (art. 19). Conforme os modelos disponibilizados pelo Império, ressalta-se o campo da condição de filiação dos nascidos (legítimos, ilegítimos ou expostos), e tanto a certidão (denominada “mappa”) de nascimento quanto a de óbito distinguiam as pessoas como livres, indígenas ou escravas (Brasil, 1852, p. 173).

Todavia, o Decreto nº 907, de 29 de janeiro de 1852 (Brasil, 1853, p. 19), suspendeu tanto a realização do censo (Decreto nº 797/1851), quanto o ato de registro de nascimentos e óbitos por parte do Estado (Decreto nº 798/1851). Desse modo, houve duas soluções: quanto

aos casais católicos, o registro cabia à respectiva igreja (desde que seguissem as condições legais para se assegurar os efeitos civis); já quanto aos que professavam diferentes religiões, o registro e a atribuição dos respectivos efeitos civis foram atribuídos ao Governo a partir do Decreto nº 1.144, de 11 de setembro de 1861 (Brasil, 1862). Concluímos, pois, a possibilidade de existência de uma dualidade de registros paralelos: o religioso e o estatal.

Em 1870, a Lei nº 1.829, de 9 de setembro (Brasil, 1870b, p. 90), sob ementa do recenseamento da população, previu a competência governamental de modo exclusivo (interpretação que se pode fazer com revogação de todas as disposições em contrário conforme o art. 3º da Lei nº 1.829/1870) para registrar todos nascimentos, casamentos e óbitos, independentemente da religião dos envolvidos. A regulamentação ocorreu com o Decreto nº 5.604, de 25 de abril de 1874 (Brasil, 1861, p. 434-449), bem como o Decreto n. 3316, de 11 de junho de 1887 (Brasil, 1887a) e o Decreto n. 9.886, de 7 de março de 1888 (Brasil, 1889).

Assim como os modelos previstos no Decreto nº 798/1851, dentre os elementos obrigatórios constavam a ordem de filiação dentre os irmãos (art. 51, § 8º) e o tipo de filiação (legítimo, ilegítimo ou exposto, cf. art. 51, § 4º), bem como a menção se a mãe era livre ou escrava, nesse caso com indicação do seu denominado "senhor" (§ 5º do art. 51). Não havia regra correspondente com a exigência de declaração do estado do genitor, se livre ou escravo, restando essa discriminação apenas às genitoras.

Embora o § 9º do art. 51 elencasse constar a "condição" dos pais[9], não havia como se referir ao estado ou não de liberdade, posto que o § 5º do mesmo artigo era explícito em sua redação: "A declaração de ser **filho de mulher livre ou escrava**, e sendo escrava, o nome do senhor desta" (Brasil, p. 442, grifos nossos). Desse modo, interpreta-se claramente que a intenção era apenas registrar a liberdade ou não da genitora, em observância à denominada Lei do Ventre Livre, sancionada em 1871 (Brasil, 1871, p. 147-152).

Deve-se ressaltar também a moralidade que envolvia a filiação, pois, além da diferenciação (e suas diversas consequências, como, por exemplo, diferentes direitos sucessórios), a legislação permitia a omissão do nome da mãe, do pai, ou de ambos, se essa informação pudesse causar "escândalo" (art. 52). Em virtude das oscilações normativas quanto à exigência e ao início do registro unicamente pelo Estado, não nos parece estranha a necessidade de constar a paróquia onde os pais se casaram para oferecer maior segurança jurídica aos registros, evitando possíveis confusões. Nesse sentido, a própria CLC estabelecia como prova da filiação natural pela linha materna a certidão de batismo (CLC, art. 213).

[9] Assim consta na redação original do art. 51, § 9º: "Os nomes, sobrenomes e appellidos dos pais; a naturalidade, **condição** e profissão destes" (Brasil, p. 442, grifos nossos).

Após a previsão em 1870 e regulamentação em 1874 de que a competência para registro de nascimentos, casamentos e óbitos seria privativa do Estado, apenas em 1890 é possível interpretar o grande movimento de afastamento do Estado com a Igreja.[10]

Inicialmente, promulgou-se a Lei do casamento civil, Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890, promulgado pelo Governo Provisório na transição entre o Império e a República, a qual elencou todas as formalidades necessárias para a validade e eficácia da celebração do casamento civil, com disposições também sobre impedimentos, eventuais nulidades ou anulabilidades da união, e regras sobre divórcio, dissolução do casamento e guarda (denominada "posse" dos filhos).

Assim, até a promulgação desse Decreto, os casamentos realizados conforme regras anteriores continuariam sendo válidos (e a consequente diferenciação entre uniões católicas e não-católicas). Entre sua promulgação em 24 de janeiro de 1890 e a entrada em vigor em 24 de maio de 1890, conclui-se que cabia aos nubentes optarem por regras vigentes até então, ou já se adaptarem às novas regras.

A partir de 24 de maio de 1890, todos os casamentos deveriam obrigatoriamente obedecer ao Decreto, sob pena de não serem reconhecidos como válidos (e, consequentemente, prejudicando a produção dos efeitos), conforme previsão expressa dos arts. 108, *caput*, e 109. O entendimento foi reforçado pelas Decisões n. 16, de 11 de Setembro de 1890 (Brasil, 1895a, p. 9), e n. 17, de 11 de Setembro de 1890, direcionadas a esclarecimentos sobre os casamentos religiosos não católicos (Brasil, 1895b, p. 10-11).[11]

---

[10] Movimento, esse, que não foi imune a críticas por parte de representantes da igreja católica, quanto a respeito da desvalorização da religião no casamento, como quanto às supostas mazelas sociais que trariam como consequências: "[...], bastará considerar, que em Portugal, como também no Brasil, onde o Concilio de Trento foi publicado solemnemente, e recebido nas suas disposições dogmaticas e disciplinares, havendo o mesmo estatuido na sess. 24, cap. 1*, de reform. matrim.* « que o matrimonio contralhido sem presença do proprio Parodio, e duas ou tres testemunhas, é nullo e «sem vigor algum; » o casamento civil, como se quer admittir entre nós, será um verdadeiro concubinato authorizado por lei, e uma degradação do *grande Sacramento,* como lhe chama o Apostolo das gentes.

[...]

Não duvidamos por tanto, que os Representantes da nação Portugueza, que entre outras se avantajou sempre na pureza da sua fé e apêgo ás crenças religiosas de seus maiores, saberão repellir com todo o esforço esta funesta innovação egualmente contraria á honestidade dos costumes, como á doutrina da Egreja; e que mantendo inviolável o matrimonio religioso, que é a primeira baze da regeneração social, e o único, que impondo um freio ás paixões desordenadas, é capaz de fazer a felicidade das familias, não consentirão, que este acto, que mesmo nas seitas dissidentes, como entre os Judeos, e gentios vem acompanhado de certas fórmas religiosas, seja no meio do catholicismo reduzido a uma acção puramente civil e profana" (Santa Cruz, 1866, p. [3-4], grifos do autor).

O que houve, realmente, foi apenas a separação do ritual religioso do ato civil, este considerado efetivamente para fins de produção dos efeitos do casamento, enquanto que aquele manteve-se em segundo plano, conforme as orientações religiosas e vontade do casal, sem que, na prática, fosse o fim do instituto.

[11] A justificativa, segundo Oscar Soares, é que a lei civil não pode impor uma religião para os cidadãos: "Foi por isso que o legislador sabiamente resalvou no paragrapho único o direito que os contrahentes têm de casarem-se segundo os ritos e formalidades da religião que professarem.

Não havia, até então, incompatibilidade entre as celebrações religiosas ou estatais, nem quanto à ordem de realização. Todavia, para que a celebração religiosa estivesse apta a produzir efeitos, deveria ser realizado o casamento civil conforme as regras estatais. Nesse sentido dispunha o art. 108, parágrafo único: "Fica, em todo caso, salvo aos contrahentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e ceremonias prescriptas para celebração do matrimonio pela religião delles" (Brasil, 1890a, p. 182).

Contudo, diante do desrespeito na prática ao se verificar que muitas instituições religiosas ainda reconheciam o casamento religioso como mais importante, o Governo Provisório proibiu a celebração de cerimônias religiosas antes da realização do casamento civil pelo Decreto n.º 521, de 26 de junho de 1890. A fundamentação encontra-se expressa no início do Decreto:

> Que ao principio de tolerancia consagrado no decreto n. 181 de 24 de janeiro ultimo, que permitte indifferentemente a celebração de quaesquer cerimonias religiosas antes ou depois do acto civil, **tem correspondido uma parte do clero catholico com actos de accentuada opposição e resistencia á execução do mesmo decreto, celebrando o casamento religioso e aconselhando a não observancia da prescripção civil**;
> Que, por este modo, não só se pretende annullar a acção do poder secular, pelo desrespeito aos seus decretos e resoluções, como ainda se põe em risco os mais importantes direitos da familia, como são aquelles que resultam do casamento;
> **Que o casamento, em virtude das relações de direito que estabelece, é celebrado sob a protecção da Republica**; (Brasil, p. 1416, grifos nossos).

Em razão da inobservância da norma, interpreta-se que o Governo procurou respeitar os princípios da liberdade e da tolerância religiosas, porém, não houve a mesma reciprocidade por parte das entidades religiosas. Por isso, optou-se pela decisão em que se regulamentava a primazia indiscutível do casamento civil. Conforme o art. 1º: "O casamento civil, **unico válido** nos termos do art. 108 do decreto n. 181 de 24 de janeiro ultimo, **precederá sempre** ás cerimonias religiosas de qualquer culto, com que desejem solemnisal-o os nubentes" (Brasil, p. 1416, grifos nossos).

Em caso de descumprimento da regra, a conduta foi criminalizada, punindo quem celebrasse tal união com as penas de prisão por seis meses e multa em valor correspondente a três meses (art. 2º).

Com a entrada em vigor do Código Penal de 1890, substituiu-se o crime a celebração dos casamentos religiosos que contrariassem a lei (art. 217, CCrim/1830) pela tipificação da

---

Mas, sendo o casamento um acto externo, de summa importância nas suas relações sociaes, não basta a solemnidade religiosa, que interessa aos cônjuges, mas é necessário que a lei civil decrete os preceitos que devem regulal-o n'aquellas relações, que são de certo mais importantes, perante a sociedade.
E por isso, determina o art. 108, que só se consideram validos os casamentos celebrados civilmente, e portanto só estes produzirão effeitos nas relações jurídicas da família" (Soares, 1895, p. 110).

celebração do casamento religioso anteriormente à realização do casamento civil no art. 284[12]. Quanto ao rito do processo, haviam regras específicas (art. 3º) para complementar o Código de Processo Criminal de 1871.

A criminalização foi questionada e há interpretações que foram considerados tacitamente revogados[13]. Expressamente, ambos os Decretos (Lei do casamento civil – Decreto n.º 181/1890 – e Decreto n.º 521/1890) somente foram ab-rogados pelo Decreto nº 11, de 18 de janeiro de 1991, conforme previsto no art. 4º (Brasil, 1991a) e constante no Anexo IV (deste Decreto (Brasil, 1991b, p. 1521) ao rol de normas revogadas.

Desse modo, é possível organizar o movimento histórico-normativo da laicização do casamento no Brasil a partir da regulamentação expressa do instituto no seguinte quadro:

Quadro 3 - Histórico das normas no processo de laicização do casamento no Brasil (continua)

Norma	Disposição	Caráter
Decreto de 3 de Novembro de 1827; Alvará de 29 de Fevereiro de 1840; CLC, art. 95	Observação das regras do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia	Religioso
CCrim/1830, arts. 247 e 248	Proibiu que os eclesiásticos realizassem casamentos se os nubentes não fossem habilitados conforme a lei civil; Vetou casamentos clandestinos	Reconhece a religião, tende a laicizar
Decreto n.º 1.144/1861	Extensão dos efeitos civis aos casamentos religiosos (católicos ou não) realizados conforme as leis civis	Laicização do caráter religioso
Lei n.º 1.829/1870; Decreto n.º 5604/1874; Decreto n.º 3316/1887; Decreto n.º 9886/1888	Competência exclusiva do governo para registrar os casamentos (qualquer religião)	Laico

[12] Assim dispunha o art. 284 do CP/1890: "Celebrar o ministro de qualquer confissão as cerimonias religiosas do casamento, **antes do acto civil**: Penas – de prisão cellular de um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000" (Araujo, 1901, p. 400, grifos nossos).

[13] A exemplo dessa interpretação mencionada por Faria: "Av. circular, de 15 Abril de 1891. - Suscitando-se duvidas quanto á precedencia de ceremonias religiosas matrimoniaes á celebração do casamento civil, declaro-vos, para os devidos effeitos, que, nos termos dos §§ 4 e 7 do art. 72 da Constituição, não se póde prohibir que taes ceremonias religiosas sejam celebradas antes de effectuado o casamento civil, como se determina no Dec. n. 521 de 26 de Junho do anno passado, visto que seria inexequivel a imposição da pena n'elle estatuida, e mediante o processo que estabelece, para o facto que deixou de ser delictuoso – Barão de Lucena.

- O art. supra [art. 284 do CP/1890] e o Dec. de 26 de Junho de 1890, se acham implicitamente revogados pelo art. 72 §§ 3, 4, e 7 da Constituição da Republica (Accs. do Trib. de Just. de S. Paulo de 25 de Agosto e 29 de Setembro de 1893; Gazeta Juridica de S. Paulo vol. 3, pags, 88, e 455)." (Faria, 1913b, p. 377).

Quadro 4 - Histórico das normas no processo de laicização do casamento no Brasil (conclusão)

Norma	Disposição	Caráter
Decreto n.º 181/1890	Lei do casamento civil; Casamentos religiosos poderiam ser realizados antes ou depois	Laico (reconhece a religião)
Decisão n.º 16, de 11 de Setembro de 1890; Decisão n.º 17, de 11 de Setembro de 1890	Reforço da lei do casamento civil; Esclarecimento sobre casamentos religiosos não católicos	Laico (reconhece a religião)
Decreto n.º 521/1890	Proibição de cerimônia religiosa antes da civil	Laico
CP/1890, art. 284	Criminalização ao se realizar o casamento religioso antes do civil	Laico
Decreto nº 11/1991, Anexo IV	Ab-rogação expressa da Lei do casamento civil e do Decreto n.º 521/1890	Laico (reconhece a religião)
CC/2002, arts. 1.515 e 1.516	Reconhece o casamento religioso e atribui efeitos civis se as leis estatais forem observadas	Laico (reconhece a religião)

Fonte: elaborado pela autora

Podemos classificar em três principais categorias: normas com caráter religioso, normas laicas que reconhecem os casamentos religiosos, normas laicas que visam afastar o elemento religioso do casamento.

Diante dessas legislações, conclui-se que houve o seguinte movimento: inicialmente, ocupou-se a igreja católica de registrar seus fiéis, situação que apenas em 1850 teve oposição oficial do Governo. Contudo, com o recuo do Império em 1852, o segundo momento consistiu em uma dupla vertente: nos livros eclesiásticos constavam os registros civis dos católicos, e os não-católicos já tinham fundamento legal para recorrerem ao Império para essa atribuição.

O terceiro momento corresponde a medidas rígidas para atribuição da responsabilidade exclusivamente governamental para reconhecimento e concessão dos efeitos civis do casamento. Há dois marcos: o inicial, em 1870 (com Lei nº 1.829, de 9 de setembro) com a determinação de que o governo teria a competência exclusiva para registrar nascimentos, casamentos e óbitos, organizando os dados anualmente, e, posteriormente, o da proibição de

celebrar cerimônias religiosas antes da celebração civil do casamento a partir da promulgação do Decreto n.º 521, de 26 de junho de 1890.[14]

A Decisão n. 8, de 25 de Julho de 1890 delimitou a data de 24 de maio do corrente ano como o termo inicial da validade do registro civil sobre o religioso, o qual, por si só, não teria mais seu efeito legal reconhecido. Conforme dispunha seu item. 1º: "[...] a partir do dia 24 de maio ultimo, segundo o disposto no decreto n. 181 de 21 do janeiro anterior, não podem os catholicos que repellem o casamento civil registrar o acto religioso sobre o matrimonio, que por si só não tem effeito legal" (Brasil, 1895e, p. 4).

Por fim, o atual e quarto momento ocorre desde 1991, com a revogação da Lei do casamento civil de 1890 pelo Decreto nº 11, de 18 de janeiro de 1991. Desde então, a regulamentação é feita principalmente pelo Código Civil - inicialmente com o CC/1916, e posteriormente com o CC/2002 no Livro do Direito de Família na Parte Especial. Os efeitos civis somente são atribuídos aos casamentos que obedeçam aos requisitos de validade, sem a imposição de sanções no caso de celebrações matrimoniais religiosos antes da oficialização civil.

O CC/1916 sequer menciona o casamento religioso. Regulamenta apenas os aspectos contratuais de requisitos, testemunhas, autorizações necessárias, lavratura do assento no livro de registros e demais aspectos formais. Em contrapartida, o CC/2002 não só reconhece a realização de cerimônia religiosa, como até mesmo concede os efeitos civis caso a celebração atenda a todos os requisitos legais requeridos para o casamento civil, condicionada a produção dos efeitos ao efetivo registro civil, com termo inicial a data da celebração (CC/2002, arts. 1.515 e 1.516). Pode-se concluir que a primeira legislação civil se ateve apenas aos aspectos jurídicos, ignorando o viés religioso do instituto, enquanto que no segundo código, percebe-se como as duas celebrações são, dentro dos limites e das observâncias legais, compatibilizadas.

Caso a celebração não observe as formalidades legais na celebração religiosa, poderá o casal previamente habilitado em prazo inferior a 90 dias realizar o registro civil (art. 1.516, § 2º). Por fim, em mera interpretação lógica, será considerado nulo o registro civil da união

[14] A época da secularização do casamento no Brasil ocorreu em pouco tempo depois da regulamentação em Portugal, que ocorreu com o primeiro Código Civil em 1867. Uma das principais diferenças é que no Brasil foi feita por lei esparsa, visto que ainda não havia sido publicado o primeiro Código Civil. Segundo António Leite: "Em Portugal até ao Código Civil (1867) não existiu o «casamento civil», isto é, não se admitiam para os fieis outras formas de contrato matrimonial além das estabelecidas no direito canónico. Segundo nota o Prof. Pires de Lima, «as leis civis não se ocupavam sequer desta matéria, e, se às vezes nela falavam, era para ordenar a aplicação do direito canónico, como acontece já com as leis gerais promulgadas no tempo de D. Afonso II, pelas cortes de Coimbra de 1211. A matéria do regime de bens é que era regulada pela lei civil e não pela lei canónica, que nem dela s e ocupava». Por outras palavras, até 1867, vigoraram em Portugal os rectos princípios canónicos, relativos à competência da Igreja e do Estado neste particular" (Leite, 1946, p. 135).

religiosa se uma ou ambas as partes já houverem contraído o casamento civil (art. 1.516, § 3º) - afinal, para todos os fins, as pessoas já seriam consideradas casadas e não poderiam contrair novo matrimônio, a não ser que essa primeira união tivesse sido dissolvida conforme as regras.

Convém, contudo, ressaltar uma diferença: até 1861, a atribuição dos efeitos civis ao casamento não era considerada a partir do registro público (que, efetivamente, não ocorria), mas sim desde sua celebração, seja na igreja católica, ou em outros locais com diferentes religiões. Tanto assim que exprimiam os arts. 1º e 3º do Decreto nº 3.069, de 17 de abril de 1863, respectivamente, que independentemente se a realização ocorrera fora ou dentro dos limites territoriais do Império, os atos do casamento "não dependem de registro algum no Imperio para que lhes sejão extensivos os effeitos civis dos casamentos catholicos" (Brasill, 1863, p. 85).

No âmbito constitucional, a Carta de 1891 só reconhece o casamento civil (art. 72, § 4º). A única menção ao casamento na Constituição de 1824 era para estabelecer a necessária concordância do Imperador para que se realizasse o matrimônio de princesas herdeiras com presunção de ascensão ao trono (art. 120). Por outro lado, em paralelo à regulamentação estudada a nível infraconstitucional, algumas Constituições brasileiras abordaram o casamento religioso; todavia, sempre se ressaltava o caráter civil.

Na Constituição de 1934 já se possibilitava a produção dos efeitos civis quando "o casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa" (Brasil, 1935, p. 9266) observasse todos os requisitos previstos em lei e se realizasse a inscrição no registro civil (art. 146). A única menção a casamento na Constituição de 1937 é pelo seu caráter indissolúvel e como meio de constituição da família, estabelecido no art. 124 (Brasil, 1937). Até este momento, então, as cartas políticas pouco intervinham nesse âmbito particular dos cidadãos.

A Constituição de 1946 retomou a previsão anterior de observação de regras e impedimentos, com prévia habilitação e posterior inscrição no registro público (art. 163, § 1º e § 2º) (Brasil, 1946, p. [237]-257), o que se repetiu na Constituição de 1967 (art. 167, § 1º e § 2º) (Brasil, 1967). A Constituição de 1988 se restringiu a estabelecer no art. 226, § 2º que "o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (Brasil, [2024a]), de modo que a regulamentação ocorreu com a substituição do CC/1916 pelo CC/2002.

Diante de tantos períodos atrelados ao viés religioso, muito se debate doutrinariamente se o casamento é uma instituição ou um contrato. Em decorrência de tamanha sobreposição entre Direito e religião, adverte Clóvis Beviláqua: "Tendo a religião, por muito tempo, monopolizado a celebração do casamento, e tendo o christianismo elevado este acto á categoria

de um sacramento[15], ha juristas, ainda hoje que se arreceiam de declaral-o um contracto" (Beviláqua, 1933, p. 37).

Mesmo na vertente canônica, é possível reconhecer que "[...] o contrato e o sacramento entre os baptizados [os católicos] são uma só coisa, com dois aspectos ou formalidades diversas" (Leite, 1946, p. 30). Desse modo, pode-se compreender o sacramento como um elemento extra que recai apenas sobre os católicos.

Segundo António Leite, "[...] o contrato matrimonial entre baptizados tem dois efeitos principais: um social, ou se quisermos civil, o de constituir os nubentes em estado de casados, e outro sobrenatural, o de lhes conferir as graças sobrenaturais necessárias ou úteis para o recto desempenho das obrigações impostas por esse estado" (Leite, 1946, p. 31).

Assim, o sacramento é inerente ao contrato, não um elemento acessório. Não haveria dúvidas que entre pessoas não batizadas haveria o impedimento para se reconhecer o sacramento. Todavia, houve entendimentos diferentes quando apenas uma das partes era batizada. Inicialmente, considerava-se o sacramento à metade da união.

Posteriormente, alegou-se a unidade do matrimônio como impedimento para reconhecer meio sacramento[16]. Logo, deve-se reconhecer o caráter contratual a todos os casamentos válidos perante a legislação estatal, de modo que é possível acrescentar o elemento de sacramento apenas aos casamentos realizados entre duas pessoas católicas batizadas. Não há consenso na sacralidade concedida quando as pessoas se batizam posteriormente ao casamento.[17]

Retomando a vertente civilista, posto que mesmo pelo viés religioso não há como se afastar o elemento contratual, Clóvis Beviláqua classifica o casamento como "um contrato mais solene do que qualquer outro" (Beviláqua, 1933, p. 37), pois entende que a família se forma

---

[15] Para a igreja católica, são sete os sacramentos: "*Baptismo, Confirmação, Eucharistia, Penitencia, Extremaunção, Ordem e Matrimonio*" (Vide, 2011, p. 11, grifos do autor). Não se afasta, contudo, o caráter contratual, apesar de se considerar um "vinculo perpetuo, e indissoluvel" (p. 107).

[16] Segundo fundamenta António Leite, "[...] não são sacramentos, nem sequer do lado da parte baptizada, por causa da unidade e indivisibilidade do contrato matrimonial e da sua identidade com o sacramento; não pode pois existir o sacramento numa parte, sem que exista também na outra. E como é certo que não pode existir no infiel, também não o haverá na parte baptizada" (Leite, 1946, p. 35).

[17] Sem maior profundidade para não fugir ao recorte do trabalho, convém ressaltar a explicação para tal situação, considerando-se que o contrato e o sacramento são realizados no mesmo momento: "A opinião mais provável, e seguida pela maioria dos autores, sobretudo depois de Sanchez, é que ao baptizarem-se os dois cônjuges, o contrato matrimonial entre eles existente se transforma, *ipso facto*, em sacramento.

Costumam argumentar os defensores desta opinião, além de outras razões, com o facto da Igreja, nas suas declarações, sempre ter dito que entre baptizados não pode haver matrimónio que não seja sacramento, e porque parece menos conforme com a suave disposição da divina Providência, privar a estes cônjuges baptizados das graças e dignidade sacramentais.

Contudo, não têm faltado alguns autores de nomeada, mesmo nos nossos dias, que negaram a possibilidade de este casamento **legítimo** se transformar em sacramento, já que este consiste no contrato *in fieri*, o qual já estava celebrado na infidelidade, nem se pode renovar outra vez, validamente, entre as mesmas pessoas" (Leite, 1946, p. 36, grifos do autor).

com o casamento e é a mais importante transação realizada pelas pessoas na formação da sociedade.

Em concordância e buscando atribuir contornos mais definidos, define De Plácido e Silva o casamento como

> [...] o contrato solene que, gerando a sociedade conjugal ou formando a união legítima entre o homem e a mulher, vem estabelecer os deveres e obrigações recíprocas, que se atribuem a cada um dos cônjuges, seja em relação a eles, considerados em si, seja em relação aos filhos que se possam gerar desta união (Silva, O., 1963a, p. 31.).

Todavia, embora Beviláqua apontasse a família legalmente constituída como centro da sociedade, De Plácido e Silva já reconhecia as uniões informais, denominando-as "casamento de fato" quando há um "estado de casado" (Silva, O., 1963a, p. 31.). Para Espínola, trata-se de contrato solene de direito familiar, embora reconhecesse também a natureza patrimonial, pois estabelecia o regime de bens e observava normas de caráter público, com destaque para a capacidade dos contraentes "rigorosamente firmada em lei especial" para a realização do ato declaratório (e não ato constitutivo) ou "confirmativo de mútuo acordo" (Espínola, 1954, p. 42-43). Desse modo, para Espínola, o objeto desse contrato era a formação da família legítima.

Pontes de Miranda também analisou o instituto pelo viés técnico-jurídico, se restringindo ao casamento regulamentado por lei.[18] Virgílio de Sá Pereira defendia que não bastava caracterizar como contrato bilateral e solene, pois não havia distinção suficiente apenas com esses termos. Por isso, partiu do pressuposto da diferença dos atos jurídicos entre convenções ou contratos:

> Se não tem por fim immediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos será convenção; se tem, será contrcto (Cód. art. 81).
> O fim immediato do casamento se traduz na extincção e na aquisição simultânea duma porção de direitos, não só sobre pessoas, como sobre bens. Para que elle exista, é mistér uma inequivoca e solemne manifestação de vontade de ambos os nubentes, gerando obrigações recíprocas. Porque não chamal-o contracto? Que outo nome se lhe póde dar? (Pereira, V., 1923, p. 73-74).

Fato é que, como visto, as Ordenações já reconheciam as uniões informais e alguns efeitos jurídicos lhes eram atribuídos. Reforçando o viés civilista e a importância da observação das normas, tanto com relação aos requisitos quanto com as formalidades, adota-se a posição de casamento enquanto contrato, restringindo a análise aos aspectos civis do instituto.

---

[18] Segundo o autor: "Dizer quaes as formalidades necessarias, o que se exige aos nubentes, os effeitos civis do matrimonio quanto aos filhos, aos conjuges e a terceiros - eis a missão do jurista" (Miranda, 1917, p. 12)

3.3 Requisitos da celebração do casamento na história do Direito brasileiro

Embora fruto de diversas alterações, há alguns elementos fundamentais para a realização do casamento: observação da idade núbil (ou o respectivo documento com o suprimento da idade), capacidade civil para a realização do ato e consentimento/manifestação da vontade, além da observação das formalidades estabelecidas em lei ou outros dispositivos. Desse modo, o procedimento de habilitação segue algumas etapas obrigatórias: apresentação do requerimento e dos documentos dos nubentes, publicação do edital de proclamas[19], e finalmente, a realização do ato com o registro e expedição da certidão de casamento para a produção dos efeitos civis.

Serão analisadas as formalidades legais, as diferentes idades mínimas e a manifestação da vontade para a celebração do casamento.

3.3.1 Requisitos formais e regime de bens

Os atualmente denominados pactos antenupciais eram chamados de "pactos matrimoniais" por Teixeira de Freitas, ou "desposorios do futuro" nas Constituições do Arcebispado da Bahia. Uma das principais finalidades, segundo o autor, era justamente formalizar a opção de regime de bens: "Escripturas de esponsaes simplesmente não se-usão entre nós, ellas se-fazem por occasião dos pactos matrimoniaes, quando os contrahentes por qualquer modo exceptuão, ou declarão, o regimen da communhão legal" [20].

Apesar de se reconhecer que não eram tão frequentes (Freitas, 1876 p. 87, nota 1), nem por isso a importância da regulamentação era diminuída, pois isso oferecia maior segurança jurídica nos casos em que fossem realizados.

Segundo o art. 80 da CLC, deveria constar na escritura do pacto: o nome dos pais dos nubentes (§ 1º), o local de nascimento destes e a menção se eram ou não batizados (§ 2º), idade e local de domicílio (§ 3º), manifestação livre da vontade e ausência de coação (§ 4º), bem como

[19] Acerca desse instituto, os proclamas tinham o seu instituto semelhante disciplinado das Constituições do Arcebispado da Bahia com a dupla finalidade dar publicidade ao futuro casamento e verificar se não havia impedimentos entre os nubentes. Cf. o n.º 269, seguia-se o rito: "Os que pretendem casar, o farão a saber a seu Paracho, antes de se celebrar o Matrimonio de presente, para os denunciar, o qual, antes que faça as denunciações, se informará se ha entre os contraentes algum impedimento, e estando certo que o não ha, fará as denunciações em tres Domingos, ou dias Santos de guarda contínuos á estação da Missa do dia, e as poderá fazer em todo o tempo do anno, ainda que seja Advento, [...]", determinando-se na sequência o texto padrão a ser preenchido com a informação dos nubentes e de seus pais (Vide, 2011, p. 110).

[20] Assim explica o autor: "Escripturas de esponsaes simplesmente não se-usão entre nós, ellas se-fazem por occasião dos pactos matrimoniaes, quando os contrahentes por qualquer modo exceptuão, ou declarão, o regimen, da communhão legal" (Freitas, 1876, p. 87).

"A qualidade, e o gráo de parentêsco, se o houver, entre os contrahentes; com a declaração de que se-obrigão, se concedida lhes-fôr a dispensa legitima" (§ 5º) (Freitas, 1876, p. 90).[21] Tratava-se, contudo de uma norma que aparentava exigência, mas não se confundia com os elementos essenciais do negócio jurídico à luz de uma teria geral.[22]

A idade mínima era a mesma da obtenção da capacidade civil: 21 anos completos[23] para realização do ato pessoalmente, ou deveria constar na escritura o consentimento dos pais, tutores ou curadores (art. 81), o que se aplicava também aos filhos-famílias[24]. Como havia menção aos tutores, é possível questionar se os menores impúberes também poderiam fazer os pactos, desde que devidamente assistidos ou com o suprimento do Juiz dos Órfãos.

Segundo o entendimento de Teixeira de Freitas, não constava explicitamente a negativa, pois haveria contrariedade com o Direito Canônico, que permitia a formalização dos esponsais e dos casamentos com menos idade, a partir dos sete anos.[25] [26] Desse modo, o autor acreditava que a menção aos "tutores" deveria ser compreendida como um aceno ao costume pelo modo como eram referidos, e não como o instituto da tutela pelo viés dogmático-jurídico.[27]

---

[21] O presente rol reproduz os elementos descritos no § 3º do Decreto de 6 de Outubro de 1784. A diferença é que o Dec. menciona "o Lugar onde [...] forão baptizados", enquanto na CLC deve constar se foram batizados (Portugal, 1828, p. 361).

[22] Nesse sentido, Teixeira de Freitas reforça o entendimento: "Cumpre observar, que os requisitos exigidos neste Art. para a escriptura de esponsaes não são da essência do contracto. **Sua ommissão não induz nullidade**, e no caso de duvida é possível provar *aliunde* tudo quanto se-determina que seja mencionado na escriptura. **São perigosas disposições semelhantes á essa do Art. 80, que aliás só tem em vista a melhoria do acto**; visto como pessoas não suficientemente instruidas, mesmo homens do Foro, concluem logo, que o acto é nullo, quando não contém qualquer das declarações escriptas na lei. Deste defeito resente-se notavelmente nosso Cod. do Comm., e á elle se-devem tantas decisões de nullidade, sem que haja nullidade. E deste defeito na matéria, de que ora se-trata, resente-se Lobão Acç. Sum. § 674, contemplando **requisitos não essenciaes do contracto esponsalicio, de mistura com os essenciaes**" (Freitas, 1876, p. 90, grifos nossos).

[23] Cf. o Decreto de 31 de Outubro de 1831, art. 1º (Brasil, 1875a, p. 177).

[24] São considerados filhos-famílias os que estão sob o pátrio poder, independente da idade (CLC, arts. 201 e 202).

[25] Para Teixeira de Freitas, a omissão foi intencional: "A solução é negativa, mas implica com a Direito Canonico, e provavelmente foi este o motivo do silencio da lei.

Por Direito Canonico o varão para podêr contrahir matrimonio deve ter quatorze annos completos e a molher doze annos completos, salvo quando antes dessa idade constar que tem discrição que suppra a falta delia; e para os esponsais basta, que os promittentes tenhão sete annos completos — Constit. do Arcebisp. da Bahia Liv. 1º T. 63 n. 262, e T. 64 n. 267" (Freitas, 1876, p. 92, nota 7).

[26] Explica Brigas essa opção: "Estabelecia-se ainda a idade mínima de sete anos para os esponsais, admitindo-se que os noivos, uma vez chegados à puberdade [12 anos para as mulheres e 14 anos para os homens], pudessem romper a promessa ou ratifica-la, considerando que este momento prévio era normalmente efectuado pelos pais sem o consentimento filial. No entanto, caso ocorresse cópula carnal posterior à promessa de casamento, considerava-se o casamento consumado, valendo as palavras de futuro como de presente" (Brigas, 2016b, p. 71).

[27] O fundamento do autor se respalda também com o fato de que "[...] a Lei de 6 de Outubro de 1784 § 4° falla também de *tutores*, o que em rigor allude á representação dos impuberes; mas é de crer, que usasse desta palavra para conformar-se cora os hábitos da linguagem vulgar, que sempre chama *tutores,* e não *curadores,* os representantes dos menores orphãos, embora estes não sejão impuberes. Está hoje abandonado o rigôr do Direito Romano, reflectido em nossa Ord. L. 4° T. 102, applicando a palavra *tutores* para os menores impuberes, e a palavra *curadores* para os menores adultos ou púberes" (Freitas, 1876, p. 92, nota 7, grifos do autor).

Na vigência do CC/1916, inicialmente, o regime legal de bens era o da comunhão universal (art. 258, *caput*), o qual foi substituído pela comunhão parcial em 1977 (Brasil, 1977b, p. 365). Desse modo, caso os nubentes desejassem exercer a autonomia da vontade para afastar a aplicação automática dessa união total de bens[28], seria necessário realizar o pacto antenupcial, regulamentado como "convenção", com base nos arts. 256 a 251. O contrato deveria ser realizado antes do casamento por meio de escritura pública (art. 256, parágrafo único, I e II, e art. 261) e deveria observar as restrições legais e a proteção dos direitos dos cônjuges e dos pais (art. 257).

Já no CC/2002, a regulamentação do pacto antenupcial consta especialmente entre os arts. 1.653 e 1.657. Manteve-se a forma da escritura pública (art. 1.653) e o tempo de formalização anterior ao casamento, sob pena de nulidade do contrato. Não há proibição expressa de não se lesar os cônjuges ou os pais, apenas a previsão para não se contrariar disposições legais (art. 1.655). Prevê-se a possibilidade de menores realizarem o ato, desde que haja a "aprovação de seu representante legal" (art. 1.654). Semelhante ao Código anterior, dentre as cláusulas do pacto, uma das principais diz respeito à escolha de regime de bens diferente do regime legal, que continuou sendo o da comunhão parcial de bens (art. 1640), exceto nos casos em que há obrigatoriedade da separação de bens (art. 1.641[29]).

Com a proposta de alteração pelo PL n.º 4/2025, a nova redação do art. 1640 continua a estabelecer o regime da comunhão parcial como regra caso as partes não realizem, por meio de escritura pública, pacto antenupcial com escolha diversa. Duas novidades são: ao invés de se reportar apenas aos nubentes, explicita os conviventes[30] e há a criação de um § 2º[31] permitindo a criação de um regime próprio, desde que sem contrariedades às normas vigentes. Ainda,

---

[28] Dentro das possibilidades legais, conquanto não houvesse alguma regra específica de obrigatoriedade de algum regime de bens. Ao se observar o art. 258 em sua redação original, não poderia a convenção dispor sobre o regime de bens quando houvesse a imposição da separação legal nos seguintes casos: "I. Das pessoas que o celebrarem com infracção do estatuido no art. 183, ns. XI a XVI (art. 216); II. Do maior de sessenta e da maior de cincoenta anos; III. Do orphão de pae e mãe, embora case, nos termos do art. 183, n. XI, com o consentimento do tutor, ou curador; IV. Do de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, n. XI, 384, n. III, 436, n. I, e 453)" (Brasil, 1916, p. 125-126).

[29] São situações semelhantes ao CC/1916 (reunindo os incisos III e IV em um único), embora se destaque a diferença de idade: pela redação original, 60 anos para ambos os sexos: "Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de sessenta anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial" (Brasil, 2002b, p. 61). Em 2011, a restrição etária foi elevada para 70 anos (Brasil, 2010).

[30] Os quais podem reconhecer em cartório a união estável e, neste momento, optar por escolher o regime de bens aplicável à união. Embora seja um instituto de fato, o seu reconhecimento voluntário tem como benefícios ao casal o reconhecimento inequívoco da união e do prazo inicial, o que facilita no caso de pedidos em vida que dependam dessa comprovação (como, ex., para fins previdenciários ou de inserção em plano de saúde), no caso de eventual separação ou até mesmo para a partilha após a morte.

[31] Assim dispõe a proposta dessa norma: "§ 2º É lícito aos cônjuges ou conviventes criarem regime atípico ou misto, conjugando regras dos regimes previstos neste Código, desde que não haja contrariedade a normas cogentes ou de ordem pública" (Brasil, 2025c, p. 159).

prevê-se a facilitação para se alterar o regime de bens mesmo após a constituição do casamento ou do reconhecimento da união estável.[32] Propõe-se, ainda, a supressão do art. 1.641 sobre as situações em que seriam obrigatórias a imposição do regime de separação total de bens.

Como visto, o regime legal de bens sofreu alterações na legislação brasileira, tanto com relação às possibilidades, quanto ao modo previsto em lei no caso de omissão de escolha dos futuros cônjuges.

À época da CLC, aplicava-se a comunhão legal (também denominada comunhão total de bens ou "casamento por carta de ametade") (Freitas, 1876, p. 96, nota 16) caso os nubentes não dispusessem em contrário no pacto antenupcial (arts. 88 e 111), o que equivalia ao atual regime da comunhão universal de bens. Com o pacto, era possível escolher o regime de separação total de bens, simples separação de bens, ou regime dotal. Enquanto na separação total haveria completa exclusão da comunhão, explica Teixeira de Freitas que

> O *regime dotal* distingue-se do *regime de simples separação de bens* em que naquelle os bens do dote ficão *dotaes*; o que exprime privilégios, que se-lhes-attribuem; e sobretudo a inalienabilidade, como se-explicará na Not. ao Art. 122.
> Quando couvecionárão communhão parcial de bens, por outra, separação parcial de bens, ou exclusão parcial da communhão; o regime é *mixto,* e recebe a applicação das regras ou disposições de cada um dos regimes, de que se-compõe (Freitas, 1876, p. 95-96, grifos do autor).

O contrato antenupcial que estipulasse o regime dotal poderia ser denominado contrato dotal, com a possibilidade de se doar quantia certa ou bens móveis ou imóveis, desde que esses valores não ultrapassassem um terço do dote total, além de ser vedada a promessa de quantia incerta sob pena de nulidade (arts. 89 e 90, CLC)[33].

Por ser um instituto não mais utilizado[34], convém apresentar a definição apresentada por Teixeira de Freitas: "*Dote* em geral é tudo, que a molhér traz para a sociedade conjugal,

---

[32] O vigente art. 1.639 estabelece que é lícito as partes fazerem essa opção antes do casamento, permitindo seu § 2º a alteração mediante pedido judicial feito por ambos os cônjuges, enquanto que, pela nova redação, propõe-se: "Art. 1.639. É lícita aos cônjuges ou conviventes, antes ou depois de celebrado o casamento ou constituída a união estável, a livre estipulação quanto aos seus bens e interesses patrimoniais.
§ 1º O regime de bens entre os cônjuges ou conviventes começa a vigorar desde a data do casamento ou da constituição da união estável.
§ 2º Depois da celebração do casamento ou do estabelecimento da união estável, o regime de bens pode ser modificado por escritura pública e só produz efeitos a partir do ato de alteração, ressalvados os direitos de terceiros." (Brasil, 2025c, p. 159).

[33] Apesar da previsão, Teixeira de Freitas reconhece que, na prática, a restrição da terça parte era ignorada: "Actualmente esta prohibiçao de excedêr a promessa ou doação de arrhas a terça parte do dote não merece attenção, não é observada. Todavia, como a Ord. L. 4° T. 47 está em vigôr, releva ponderar, que ella só procede, quando a molhér traz dote, e o marido Ihe-promette ou dôa alguma cousa; não assim, quando a molhér é dotada pelo marido, o que acontece todos os dias. Não se-repute essa constituição de dote pelo marido como illegal, ainda que a molhér tenha alguma cousa de seu" (Freitas, 1876, p. 99).

[34] O CC/1916 ainda regulamentava o regime dotal (arts. 278 a 310). Contudo, esse reflexo da sociedade patriarcal em que se restringia a administração dos bens das mulheres foi caindo em desuso, além de ser incompatível com

qualquer que seja o regimen do casamento; e portanto pôde haver *dote,* sem que haja *regimen dotal*" (Freitas, 1876, p. 99, grifos do autor). Dote e bem dotal, portanto, não são sinônimos. Segundo a CLC, "Podem sêr dados em dote bens moveis, e immoveis, assim como direitos e acções, ainda que esses bens estejão litigiosos" (art. 93) (Freitas, 1876, p. 101), assim como os bens enfitêuticos (art. 94).

De modo mais preciso, no regime dotal, eram considerados bens dotais os que compunham o dote - e, consequentemente, pertenciam à esposa, embora estivessem sob administração do marido para produzir frutos que proviessem aos encargos do matrimônio -, enquanto que os bens que não se comunicavam eram denominados extra-dotais ou parafernais, ficando, pois, sob administração da mulher, salvo convenção em contrário.

Percebe-se que mesmo diante de um sistema patriarcal, ainda havia certa autonomia patrimonial feminina ao se considerar a manutenção da titularidade de bens e, em alguns casos (pelo menos teoricamente), até mesmo a administração desses bens. Além disso, em regra[35], mesmo com o consentimento da esposa, os bens dotais eram inalienáveis (CLC, art. 122). Todavia, no caso da simples separação de bens, o benefício da inalienabilidade não era aplicável.[36]

Além do regime de bens e da promessa do casamento, e outras condições que julgassem importantes (art. 88, CLC), o pacto poderia incluir como objeto uma indenização para o caso de injusto repúdio (art. 86), cujo valor poderia ser estipulado judicialmente em caso de omissão (art. 87, CLC). Esses dispositivos tinham por fundamento o Decreto português de 6 de Outubro de 1784, especialmente § 8º (Portugal, 1828, p. 363), com a diferença que na CLC foi suprimido o trecho em que seria possível requerer judicialmente a execução da obrigação - ou seja, a realização do casamento, o que atualmente podemos questionar quanto à manifestação da vontade e a validade do ato.

---

a igualdade estabelecida pela Constituição de 1988 (e, anteriormente, pela CF/1934). Desse modo, o instituto não foi reproduzido no CC/2002.

[35] Isso pois, excepcionalmente, no caso de a esposa ser comerciante, seria permitido hipotecar os bens dotais mesmo sem o consentimento do marido (Freitas, 1876, p. 134-135) e deveriam ser observadas as normas do Código do Comércio (art. 124, CLC).

[36] Explica Teixeira de Freitas: "*Os bens dotaes são inalienáveis*: entenda-se *immoveis dotaes,* quando não se-dão estimados ao marido *causa venditionis,* como resulta do Art. 123. Entenda-se também, que são inalienáveis só no *regime dotal,* não no regime de simples separação de bens. Neste ultimo regimeos immoveis dotaes podem ser alienados pela molhér com outorga do marido.

Deve-se entendêr estipulado o regime dotal, quando nas escripturas se-dissér que os bens da molhér serão considerados como dotaes, ou ficarão gozando dos privilégios dos bens dotaes, ou que não poderão ser alienados" (Freitas, 1876, p. 134, grifos do autor). Percebe-se, então, a importância de uma boa redação do contrato antenupcial para delimitar bem as consequências patrimoniais do casamento.

Durante a vigência do CC/1916 foram dois os regimes legais aplicáveis caso os nubentes não optassem por modelo diverso (arts. 195, VII, e 258). Inicialmente, a regra era pela comunhão geral de bens. A partir da vigência da Lei n.º 6.515/1977 (Lei do Divórcio) (Brasil, 1977b), a regra passou a ser o regime da comunhão parcial de bens, que segue até hoje. Para que se aplicasse regime diverso, o casal deveria estabelecer em pacto antenupcial, o qual deveria ser feito por escritura pública e, obrigatoriamente, seguir-se de casamento (arts. 256 e 261).

Nesse instrumento, poderiam constar outras disposições, como doações entre si ou por terceiros (arts. 262, VIII, e 312-314), a previsão de indenização se o casamento fosse anulado por culpa de um dos cônjuges (art. 232, II), como seria realizada a administração dos bens comuns e dos da mulher que fossem designados ao marido (art. 233), se os frutos e bens provenientes de eventual profissão lucrativa da mulher seriam livremente administrados por ela (art. 246), eventual contribuição da mulher "para as despezas do casal com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente aos dos do marido, salvo estipulação em contrario" (art. 277) (Brasil, 1916, p. 129), etc.

Todavia, parágrafo único do art. 258 estipulava quatro situações em que deveria ser observado, obrigatoriamente, o regime de separação total: quem precisasse de autorização judicial para casar conforme o art. 183, XI a XVI[37], sendo o noivo maior de 60 anos ou a noiva maior de 54 anos, sendo o nubente órfão ou menor cujos pais tiveram o pátrio poder[38] suspenso ou extinto, bem como todos que dependiam de autorização judicial para casar.

A remissão a quem precisava de autorização judicial para se casar se referia a quem ainda estivesse sujeito ao pátrio poder, ou ao instituto da tutela ou curatela, e não obtivesse a autorização ou o suprimento de consentimento por responsável legal (art. 183, XI), quando aos pais expressamente tivessem negado o consentimento para o matrimônio na expressão do pátrio

---

[37] Os incisos do mencionado art. 183 se referem aos seguintes impedimentos:
"XI. Os sujeitos ao patrio poder, tutela, ou curatela, emquanto não obtiverem, ou lhes não for supprido o consentimento do pae, tutor, ou curador (art. 212).
XII. As mulheres menores de 16 annos e os homens menores de 18.
XIII. O viuvo ou a viuva que tiver filho do conjuge fallecido, emquanto não tiver inventario dos bens do casal (art. 226).
XIV. A mulher viuva ou separada do marido por nulidade ou annullação do casamento, até dez mezes depois do da viuvez ou da separação judicial de corpos, salvo se, antes de terminado o referido prazo, der á luz algum filho.
XV. O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, emquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem selladas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escripto autentico ou em testamento.
XVI. O juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com orphão ou viuva, da circumscripção territorial onde um ou outro tiver exercicio, salvo licença especial da autoridade judiciaria superior" (Brasil, 1916, p. 109-110).

[38] Essa expressão foi utilizada no ordenamento jurídico até 1990. Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob a égide da igualdade defendida pela Const. de 1988, empregou-se a expressão "poder familiar" para refletir a igualdade do pai e da mãe no âmbito da família. No Código Civil, todavia, não houve a substituição no do de 16, passando a constar essa atualização expressamente apenas no CC/2002.

poder (art. 384, III), quando o tutor não representasse o menor de 16 anos suprisse o seu consentimento entre essa idade e a maioridade civil (art. 426, I), ou caso um dos nubentes tivesse sido interditado e sujeito à curatela (art. 453).

Segundo a teoria da incapacidade civil do CC/1916, eram considerados absolutamente incapazes para a prática pessoal dos atos da vida civil os menores de 16 anos (art. 5º, I), enquanto que aqueles entre 16 e 21 anos eram considerados relativamente incapazes (art. 6º, I). Ou seja, a maioridade civil foi mantida aos 21 anos, nos moldes da redução estabelecida pelo Decreto de 31 de Outubro de 1831.

Desse modo, para assinar o pacto antenupcial, os maiores de 21 anos poderiam fazê-lo pessoalmente; entre 16 e 21 anos seria necessário o suprimento do representante legal (pai, tutor ou curador), ou autorização deste se o menor não tivesse atingido os 16 anos completos. Além disso, os demais requisitos contratuais gerais também deveriam ser observados, especialmente as diretrizes sobre forma (arts. 129-144) e o que não fazer para não incidir na nulidade do negócio jurídico (arts. 145-158).

As consequências da produção dos efeitos do matrimônio são denominadas por Pontes de Miranda como eficácia jurídica do casamento (Miranda, 1970a). Os resultados variam dependendo da época, se envolve menores e, em alguns períodos legislativos, com diferenças para mulheres e também no caso de novas núpcias. Explica Brigas a grande importância desse instituto e a amplitude dos reflexos:

> **O casamento surge como a instituição sobre a qual as demais relações jurídico-familiares repousam, tal como o poder paternal, e por inerência, a filiação**. Encontramos a valorização do vínculo legal institucionalizado pelo casamento como a relação oficial estabelecida entre um homem e uma mulher. Também este facto contribui para o desequilíbrio de regimes jurídico criados, já que as relações existentes à margem do instituído são frontalmente marginalizadas (Brigas, 2016b, p. 30, grifos nossos).

Como visto, a CLC destacou que a idade da maioridade civil foi reduzida de 25 anos nas OF para 21 pela Resolução de 31 de Outubro de 1831. Todavia, segundo a CLC, o casamento não emancipava automaticamente os menores. Era necessário obter suplemento de idade (cf. art. 16, aos 20 anos para homens ou 18 para mulheres), ou estar a pessoa casada com autorização e contar com mais de 20 anos para ser considerada maior (art. 20), com algumas regras diminuindo a idade para 18 anos.

Mesmo nesses casos, a capacidade adquirida não era reconhecida completamente, pois ainda havia restrições para alienar ou hipotecar bens imóveis para homens e mulheres[39], sob pena de nulidade, sem a devida chancela judicial (art. 21).

Além disso, outra consequência a ser reconhecida pelo casamento era que a dissolução da sociedade conjugal ocorria, apenas, com o falecimento de um dos cônjuges (arts. 148 e ss.), ou no caso de anulação do ato. Outras situações eram regulamentadas pelo Direito Canônico, conforme previsão expressa do art. 158 da CLC: "As questões de divorcio, ou sobre nullidade do matrimonio, ou sobre separação temporária ou perpetua dos conjuges, pertencem ao Juizo Ecclesiastico. A' respeito dellas nenhuma ingerência pôde têr a jurisdicção secular" (Freitas, 1876, p. 150).

Em caso de viuvez, a mulher que contraísse novas núpcias não tinha alguns direitos, tais como: restituição (art. 159), restrições a alienação a bens que detinham durante o antigo casamento se se casaram novamente após os 50 anos e possuíssem descendentes sucessíveis (arts. 161 e 162), redução ao limite dos bens que poderiam alienar (art. 163), perdimento de alguns direitos sobre os filhos do primeiro casamento, que não seriam readquiridos em caso de nova viuvez, como o direito de ser tutora ou curadora dos filhos caso o falecido pai dessa prole não houvesse indicado outra pessoa para esse papel (arts. 245, § 1º, e 250), etc.

Quanto ao regime de bens, além dos regimes da comunhão universal (arts. 262-268), da comunhão parcial (ou comunicação parcial, cf. arts. 269-275) e da separação total de bens (arts. 276 e 277), o CC/1916 dedicou um capítulo específico ao regime dotal (arts. 278-311).

No CC/2002, essa última espécie foi revogada, constando como opções: comunhão parcial (a regra aplicada no caso de omissão na escolha de regime diverso, cf. arts. 1.658-1.666), comunhão universal (arts. 1.667-1.671), participação final nos aquestos (arts. 1.672-1.686) e separação de bens (arts. 1.687 e 1.688). Pela proposta do PL n.º 4/2025, não que se falar em rol de possibilidades, visto a possibilidade de os contraentes poderem misturar e elaborar regras próprias, desde que não haja violações de regras de ordem pública (art. 1.640).

Houve, no CC/2002, uma redução nas regras que estipulam os pactos antenupciais (1.653-1.657). Quanto à forma, manteve-se escritura pública, sendo que para a produção dos efeitos deve-se seguir o casamento e, para a eficácia perante terceiros, faz-se necessário o registro em livro próprio em Cartório de Registro de Imóveis sediado no domicílio do casal.

[39] Por um lado, havia a equiparação quanto aos efeitos; por outro, mantinha-se a distinção de idade (20 anos para homens, 18 para mulheres). cf. Freitas, 1876, p. 18-19.

A teoria geral das incapacidades é semelhante à do CC/1916: os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes[40] (art. 3º, caso em que se demanda a representação das pessoas cujo poder é conferido por lei, como pais, tutores), entre 16 e 18 anos consideram-se relativamente incapazes (art. 4º, os quais são assistidos pelos representantes), e aos 18 anos se atinge a maioridade civil. Os demais requisitos contratuais a serem observados na elaboração do pacto antenupcial são os mesmos da teoria geral dos contratos, especialmente localizados entre os arts. 104-114.

A grande diferença diz respeito ao que se previa na redação original do CC/1916 em seu art. 6º, II: a incapacidade relativa da mulher casada. Ou seja, além de não se poder dissolver a sociedade conjugal por vontade própria, em vida, fato que só foi possível a partir da permissão do divórcio, instituído oficialmente pela Lei nº 6.515/77, desde a entrada em vigor do CC/1916 até e promulgação do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), o casamento ainda diminuía ou impedia que a mulher tivesse reconhecida sua plena capacidade civil em decorrência do estado familiar de casada.

Quanto ao modo de celebração do casamento em si, a forma já era por escritura pública em regra (art. 76, CLC). Excepcionalmente, na ausência de Tabelião no local, era facultada a realização de escritura particular cuja eficácia seria reconhecida caso a escritura pública fosse realizada no prazo de um mês (arts. 78 e 79, CLC). Essa escritura pública deveria ser lavrada por tabelião competente[41] e firmada pelos futuros cônjuges e seus pais (ou tutores e/ou curadores), além de duas testemunhas (art. 76).

Além dos elementos positivos, necessariamente presentes, há pontos negativos que não devem acontecer para a possibilidade de realização do casamento. Trata-se da observação dos impedimentos. Segundo a Lei do casamento civil (art. 7º), além das regras gerais de observação da idade (§ 8º), da ausência de certos graus de parentesco (§§ 1º, 11 e 12)[42], da comprovação de não haver outro vínculo matrimonial (§ 2º), da realização do inventário no caso de novas núpcias (§ 9º), da observação do prazo de 10 meses após os casos de nulidade, anulação ou término do casamento por morte do cônjuge, exceto se neste período ocorrer o nascimento de algum filho (§ 10), e dos meios de suprimento do consentimento pelos responsáveis (§ 7º),

[40] E, desde o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015), o critério etário é o único apto a determinar a incapacidade absoluta, revogando-se hipóteses que reproduziam de modo semelhante algumas outras restrições no CC/1916, como pródigos, em caso de doenças, etc.

[41] E, segundo Freitas, também "Escrivães do Juizo de Paz nos casos, em que fazem as vezes de Tabelliaes (Laffayette Dir. de Fam. pag. 6 not. 3)" a partir da interpretação da Lei de'30 de Outubro de 1830 (Freitas, 1876, p. 89).

[42] Sobre a vedação de casamento entre ascendente e descendente, seja por parentesco natural ou civil, reforçou-se o entendimento na Decisão n. 30, de 13 de Outubro de 1890, direcionado especialmente ao § 1º do art. 7º da Lei do casamento civil (Brasil, 1895c, p. 29-20).

convém aprofundar quarto situações, há situações em que o fator principal incide sobre o reconhecimento direto ou indireto da falta de manifestação da vontade livre pelos nubentes (§§ 3º a 6º, analisados no tópico 3.3).

No que diz respeito ao local de celebração do ato, a Lei do casamento civil permitia a realização em casas particulares além do cartório, sempre com portas abertas (para atender ao princípio da publicidade) e observação dos demais requisitos (como testemunhas e demais formalidades).

Quanto ao valor, a regulamentação era feita pelo Decreto nº 681, de 10 de julho de 1850 e embora seu art. 7º, III englobasse "As escripturas antenupciaes, e de dote e arras" (Brasil, 1851, p. 69) como escrituras submetidas aos valores proporcionais (denominados como "sello proporcional") dos títulos públicos de primeira classe, o entendimento doutrinário era diverso.

Como se verifica, na 2. ed. da CLC, Freitas questionava como cumprir o disposto no caso de pacto antenupcial cujo objeto se restringisse à promessa do casamento e, portanto, sem valor monetariamente apreciável. Na 3. ed., encontrava-se vigente o Regulamento nº 2.713 de 26 de Dezembro de 1860, e Freitas ressaltava a incongruência – ou melhor, verdadeira antinomia -– da repetição do "sello proporcional" aos pactos antenupciais (agora no art. 6º, III) apesar de determinar que devem se sujeitar ao "sello fixo" as "Escripturas de qualquer contracto, em que directa ou indirectamente não se declare ou possa declarar valor certo [...]" (Brasil, 1860, p. 1159) (art. 58, §2º).

Para resolver esse conflito aparente de normas, se utilizássemos as teorias modernas - especialmente as de Dworkin e Alexy - de que os critérios de hierarquia e cronologia não seriam suficientes por estarem na mesma lei na mesma data. Pelo critério da especialidade, deveria prevalecer o disposto explicitamente sobre as escrituras, provavelmente cobrando o menor valor da taxa proporcional.

A resposta legislativa do Decreto nº 4.505, de 9 de Abril de 1870 dependia de sua cautelosa interpretação. Afinal, dentre os negócios jurídicos sujeitos ao "sello proporcional", foi retirada a menção tanto aos contratos antenupciais, quanto os por dote ou arras. Acredita-se que era possível enquadrar os dois últimos na regra geral (e genérica) na parte final dos ativos de 1ª classe do art. 1º ao prever "[...], creditos e escripturas ou escriptos de obrigação ou exoneração de sommas e valores" (Brasil, 1870a, p. 199).

Por outro lado, os pactos que apenas contemplassem o objeto do casamento, sem qualquer manifestação pecuniária, se submetiam ao "sello fixo" como "Escriptos particulares,

ou por instrumento publico fóra das notas, em que directa ou indirectamente se não declare valor certo" (art. 13, § 1º) (Brasil, 1870a, p. 206).[43]

Embora não seja verificada a revogação expressa do Dec. nº 4.505/1870 (Brasil, 1870a), atualmente as diretrizes gerais aplicáveis aos cartórios registrais são estabelecidas pela Lei de Registros Públicos (LRP, Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973) (Brasil, 1875b, p. 61-109). Todavia, quanto aos emolumentos, houve a descentralização e, consequentemente, diferenciação dos valores, estabelecidos em cada estado da federação pela respectiva Corregedoria Geral da Justiça.

Em todas essas normas mencionadas anteriores à LRP, havia a declaração específica do valor pago a título de "sello fixo" do registro de casamento. Havia também a cobrança de valor por página para os registros de nascimento, batismo e óbito (art. 37 do Dec. nº 681/1850, art. 61 do Regul. nº 2.713/1860, art. 13, § 1º do Dec. 4.505/1870), além do documento para suprimento da idade pelo pai ou pelo tutor (ou até mesmo curador[44]) para completar as formalidades necessárias (art. 47 do Dec. nº 681/1850, art. 76 do Regul. nº 2.713/1860, art. 13, § 12 do Dec. 4.505/1870).

Por outro lado, em quase todas as Constituições, com exceção das de 1824 e de 1937, menciona-se a celebração gratuita do casamento (art. 72, § 4º da Const. 1891; *caput* do art. 146 da Const. de 1934; art. 163, § 1º da Const. de 1946; art. 167, § 2º da Const. de 1967; e art. 226, § 1º da Const. de 1988), o que não significa, necessariamente, dispensa de recolhimento dos emolumentos.

A isenção do pagamento era aplicada para aposição de impedimento e dos pregões para casamento das pessoas declaradas pobres ou em caso de casamento de consciência[45] (nas duas

---

[43] Essa discussão pode ser encontrada também na CLC quando Teixeira de Freitas busca conciliar a legislação em vigor: "Se o Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 4º n. 6º, e o de n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 23 n. 6°, isentão do imposto de transmissão os contractos de sociedade, não havendo transmissão de bens entre os sócios e outras pessoas; deve-se concluir, que nas mesmas circumstancias isentão os contractos antenupciaes. Vid. Not. ao Art. 596 § 6°, e Art. 745, Consolid.
Todavia esta interpretação soffre duvida em vista do Av. n. 472 de 11 de Dezembro de 1874, que diz: —Estão sujeitas ao imposto as doações antenupciaes feitas entre os cônjuges em gráo de parentesco de tio com sobrinha, etc. E tanto mais, em vista da Lei n. 1836 de 27 de Setembro de 1870 Art. 15, citada ao Art. 417 § 1° Consolid." (Freitas, 1876, p. 97).

[44] Caso mencionado no art. 47 do Dec. nº 681/1850.

[45] Trata-se da situação em que por falta de requisitos ou por outros motivos (até mesmo pessoais), não foi realizado um casamento seguindo as formalidades legais, embora se considerassem como casados. Poderia ou não haver uma cerimônia religiosa abençoando o casal. Uma definição por Alexandre Herculano ao chamar de casamento civil facultativo dispõe: "[...] declarações solemnes, feitas pelos pontifices ao obre christão, de que, aos olhos da igreja, não os individuos extranhos a ella, mas os proprios fieis podem constituir a familia válidamente, sem dependencia dos ritos sagrados, sem dependencia de publicidade, sem dependencia das leis, embora não legitimamente em relação á disciplina catholica" (Herculano, 1866, p. 21-22). Alguns dos motivos pessoas para a opção do casamento de consciência podem ser conhecidos com casos reais em Brügger, 1997, especialmente p.

hipóteses, sob o fundamento dos art. 47 do Dec. nº 681/1850, art. 77 do Regul. nº 2.713/1860, art. 13, § 13 do Dec. 4.505/1870). Pela análise legislativa com utilização da interpretação extensiva, não foram encontradas previsões semelhantes no Dec. nº 681/1850. Atualmente, é reconhecido o direito a quem declarar pobreza conforme estabelece o parágrafo único do art. 1.512 do CC/2002).

As regras procedimentais do casamento do CC/1916 se encontravam logo no início da parte especial, dentro do livro destinado ao direito de família, a partir do art. 180. Não mais havia discussão sobre o casamento civil ser aquele que permite a produção dos efeitos perante a sociedade.

Os primeiros passos decorriam com o processo da habilitação, por meio da apresentação dos documentos das partes que comprovassem a idade mínima permitida em lei[46], eventual a autorização dos representantes legais ou judicial caso ainda não se tivesse atingido a maioridade penal, indicação de testemunhas, documentos que comprovassem a dissolução de eventual sociedade conjugal anterior (por meio da certidão de óbito, certidão de anulação do casamento ou, após a Lei do Divórcio, a prova do divórcio).

Com esses dados, poder-se-ia lavrar os proclamas: instrumento de publicização da intenção de casamento para que eventuais impedimentos pudessem ser alegados por quem tivesse conhecimento de alguma informação que contrariasse a lei. Esse edital deveria ser fixado "durante quinze dias, em logar ostensivo do edifício, onde se celebrarem os casamentos, e se publicará pela imprensa, onde a houver" (Brasil, 1916, p. 108), em cada uma das circunscrições em que o casal residir.

Excepcionalmente, o parágrafo único do art. 182 previa a possibilidade de se dispensar a publicação dos proclamas em caso de urgência, apresentando apenas os documentos de habilitação. Para isso, deve-se comprovar que exista algum motivo justificante urgente, ou o risco iminente de vida de um dos contraentes (art. 199).

Caso após esse período não houvesse nenhuma oposição, o casal seria considerado habilitado para se casar em até três meses (art. 181, § 1º). Dentre alguns dos impedimentos (art. 183), encontravam-se: ascendentes e descendentes, bem como demais parentes por afinidade em linha reta, irmãos, adotante e adotado, tutores e curadores com as pessoas enquanto perdurar essa relação jurídica, pessoas casadas, quem não tivesse a idade núbil, viúvos com filhos

39-44, a exemplo de receio da publicidade após anos da vida em comum, união após viuvez, alegações de pobreza, ou até mesmo impedimentos canônicos (caso de 10,23% dos casamentos de consciência realizados entre 1808 e 1877, segundo a autora na p. 43).

[46] Dever-se-ia observar também o Decreto n. 5.542, de 1º de outubro de 1928, que dispunha sobre a lavratura do termo de nascimento dos nubentes quando fosse necessário justificar a idade (Bevilaqua, 1931).

falecidos enquanto não se procedesse ao inventário, o cônjuge sobrevivente com o assassino de seu falecido cônjuge.

Mais diretamente ligados ao objeto de estudo, ressaltavam-se a impossibilidade de se casarem: o casal de adúlteros condenados por esse crime, "O raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fóra do seu poder em logar seguro" (Brasil, 1916, p. 109), além das pessoas sob coação ou que por alguma incapacidade não conseguissem consentir. Afinal, assim como em todo negócio jurídico, um dos elementos fundamentais é a manifestação da vontade que deve ser livre e espontânea (arts. 194, 197, II, 200, III).

A cerimônia deveria ser realizada em lugar público ou, se particular, a portas abertas durante o ato, perante pelo menos duas testemunhas e as autoridades competentes (art. 193). A presença pessoal dos nubentes poderia ser substituída por procurador com poderes especiais (arts. 194, 196 e 201).

Caso houvesse a recusa de se afirmar que o casamento era realizado livremente, ou seja, que não havia espontânea vontade. Se acontecesse a manifestação de algum arrependimento, o ato seria suspenso imediatamente, não sendo permitida a retratação no mesmo dia (art. 197).

Deveriam os nubentes expressarem seriamente que o casamento se realizava de livre e espontânea vontade, de modo que o celebrante declararia, conforme o parágrafo único do art. 194: "De accôrdo com a vontade que ambos acabais de affirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados" (Brasil, 1916, p. 109).

Proceder-se-ia ao registro do ato em livro específico com a menção dos dados dos nubentes e testemunhas, se havia algum casamento anterior, se haveria alguma alteração no nome, bem como o regime de bens escolhido. Esse registro era o principal meio de prova do casamento (art. 202), embora, excepcionalmente, outros meios fossem admitidos. Segundo o art. 206, "Na duvida entre as provas pro e contra, julgar-se-á pelo casamento, se os conjuges, cujo matrimonio se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados" (Brasil, 1916, p. 115).

Na sistemática do CC/2002, o casamento inicia novamente o livro de direito de família (embora este não se localize mais no início da parte especial), a partir do art. 1.511. Dentre as primeiras regras, já se reforça a gratuidade da celebração (art. 1.152), que, como visto, não significa isenção total dos emolumentos para todos. Em consonância com o art. 226, *caput*, da Const. de 1988 que reconhece proteção especial à família por ser a base da sociedade, o art. 1.511 dispõe que o casamento configura uma comunhão ampla de vida, sustentado pelo princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges, de modo a assegurar a simetria de direitos e obrigações.

Após a forte imposição da secularização do casamento, especialmente nas décadas anteriores à Lei do casamento civil, a legislação estatal conseguiu impor sua soberania ao mesmo tempo em que respeita as instituições religiosas nos arts. 1.515 e 1.516. Segundo esses dispositivos, a celebração religiosa que atender aos requisitos legais e seja procedida do devido registro produzirá os efeitos civis do casamento desde o dia dessa celebração.

Por fim, devem ser evitadas as causas de impedimento e de suspensão para realização do casamento. A diferença entre os institutos decorre de quem pode se opor: no primeiro caso, qualquer pessoa capaz pode alegar, desde que até antes da celebração (art. 1.522); no segundo, somente tem legitimidade os parentes em linha reta e os colaterais até o segundo grau (art. 1.524). Nessas hipóteses, não há vícios alegáveis ao casamento, apenas algumas restrições de direitos, tanto que é possível solicitar permissão judicial para afastar esses efeitos comprovando-se a ausência de prejuízos.

Já as causas do art. 1.522 possuem consequências mais graves, levando à nulidade do casamento, mesmo que praticado de boa-fé (art. 1.548, II). Considerando-se que se trata de vício insanável, apesar de a oposição ser feita até o momento do casamento, o requerimento da nulidade pode ser feito a qualquer momento, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público (art. 1.549). Por isso, a incidência dessas hipóteses obsta, também, a possibilidade de reconhecimento de união estável (art. 1.723, § 2º).

Quanto ao procedimento de realização do casamento, assim como no CC/1916, inicia-se com o pedido de habilitação, que inclui apresentação dos documentos pessoais dos nubentes e de eventuais casamentos anteriores, bem como a indicação de duas testemunhas maiores (art. 1.525). Posteriormente, publicam-se os proclamas. Pela redação original do CC/2002, a fixação desse edital deveria ser feita por 15 dias nas circunscrições de domicílio dos contraentes, além da imprensa local.

Com a Lei nº 14.382/ 2022 (Brasil, [2023a]), buscou-se conferir maior agilidade e reduzir a margem para erros e fraudes para registros públicos. No tocante ao casamento, alterou disposições da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973) para se permitir a habilitação por meio eletrônico e até mesmo a celebração do casamento (nova redação do art. 67). Além disso, revogou-se a necessidade de fixação do edital do proclamas em cartório, de modo expresso na LRP, mas apenas de modo tácito no CC/2002.

Com a proposta de alteração do CC/2002, pretende-se aplicar recursos tecnológicos para facilitar os atos e se oferecer maior segurança jurídica. Desse modo, a habilitação poderá ser feita por meio virtual (art. 1.525), o oficial do registro civil "fará a verificação junto ao Sistema Nacional de Produção de Embriões, sobre possível impedimento para o casamento" (Brasil,

2025c, p. 140) (art. 1.527), e os impedimentos poderão ser opostos por meio físico ou virtual, incluindo as provas (art. 1.532).

Em caso de urgência, como a moléstia grave de uma das partes (art. 1.539) a autoridade competente pode dispensar o prazo dos proclamas. Pode-se, inclusive, suprimir-se a participação da autoridade se houver risco de vida e seis testemunhas que atestem o fato, levando a conhecimento do cartório os fatos em até 10 dias (arts. 1.540 e 1.541).

Concluída a habilitação, o casal possui até 90 dias para celebrar o casamento (art. 1.532). de modo semelhante à legislação anterior, em local público ou, se particular, com as portas abertas durante o ato (arts. 1.533 e 1.534), que pode ser realizado pessoalmente ou por procurador com poderes específicos (art. 1.535).

Como um dos elementos fundamentais, devem os nubentes informar que se casam de livre e espontânea vontade, de modo que a autoridade poderá suspender imediatamente o ato caso uma das partes não ateste sua vontade, ou declare que não é espontânea, ou se se manifestar arrependimento. Nessas situações, a retratação da parte não pode ocorrer no mesmo dia (art. 1.538).

Caso não haja essas intercorrências, será considerado o casamento concluído com a declamação pela autoridade competente dos dizeres previstos em lei, de modo que já estará o casamento apto a produzir os efeitos civis. Na sequência, pode-se inscrever o registro do ato no livro competente, no qual deve constar eventual mudança no nome e o regime de bens adotado.

Como prova do casamento, em primeiro lugar, faz-se pela certidão de registro civil (art. 1.543). Na sua ausência, cabem demais meios de provas e "Na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados" (Brasil, 2002b, p. 57) (art. 1.547).

Ante o exposto, pondera-se sobre a importância do instituto do casamento no ordenamento jurídico. Apesar da importância na sistematização e de ser o primeiro Código Civil brasileiro, o CC/1916 adotou uma concepção estritamente matrimonial da entidade familiar, de modo diferente do que ocorria nas Ordenações, em que essa situação de fato recebia certa proteção jurídica em algumas situações. Freitas adverte, contudo, que houve a transcrição dessas regras das OM às OF sem a devida observação ao determinado no Concílio de Trento, a partir de cujo marco não mais se admitia a fama de casados em decorrência de coabitação e prova testemunhal.[47]

[47] Assim explica o autor: "Os Praxistas notão judiciosamente, que essa prova testemunhal de cohabitação e fama de casados não póde ser admittida depois da aceitação do Concilio Tridentino. Foi uma inadvertencia dos

No mesmo sentido encontra-se o exemplo dos arts. 100, parte final,[48] e 118[49], ambos da CLC, em que o reconhecimento público e duradouro da fama de marido e mulher constituía elemento de reconhecimento do casamento, na falta da certidão dos livros eclesiásticos (art. 99).

A pessoa com quem se mantinha essa relação era denominada concubina e não tinha diversos direitos reconhecidos, como herança, meação de bens ou proteção previdenciária. Apenas com o advento da Const. de 1988 e, posteriormente, com as Leis nº 8.971/1994 (Brasil, 1994) e nº 9.278/1996 (Brasil, 1996) (que regulamentou o art 226, § 3º, que reconhece a união estável e incentiva a facilitação da sua conversão em casamento), culminando na inclusão do instituto no CC/2002 (arts. 1.723-1.727).

Com o PL n-º 4/2025, esse reconhecimento e regulamentação ganham ainda mais destaque, devendo-se considerar, também, a alteração dos termos "companheiro" e "companheira" para "convivente", termo neutro que, a nosso ver, possibilita não descriminar as pessoas por identidade de gênero e reforçar a possibilidade de união entre duas pessoas com o mesmo sexo.[50]

Desde então, reconheceu-se dignidade às uniões informais, diminuiu-se o estigma de casais não casados e foi possível estender direitos a essas pessoas que convivessem por longo período de tempo, mesmo que não houvesse um ato jurídico anterior para reconhecimento desse vínculo.

Compiladores da Ord. Filippina, que taes disposições transcrevêrão da Manoelina promulgada antes do Concilio. O facto da cohabitação indicará concubinato, ou matrimonio clandestino; mas não matrimonio solemne, e legal. A prova de testemunhas actualmente tem logar no Juizo Ecclesiastico, afim de se abrir o competente assento, ou por se ter perdido o Livro dos Registros, ou para supprir a omissão dos Parochos" (Freitas, 1876, p. 111).

[48] Assim dispõe o referido artigo: "Art. 100. Tambem se prova por outro qualquer instrumento publico [o casamento]. Quanto á conjuncção por testemunhas, depondo estas que os conjuges estiverão em casa teúda e manteúda; e **em publica voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, quanto baste para presumir-se o matrimonio entre elles**" (Freitas, 1876, p. 111, grifos nossos).

[49] Ainda mais forte que a disposição do art. 100, estipulava-se: "**Resulta a communhão, ainda que se não prove a celebração do matrimonio**, se os conjuges vivêrão ambos na mesma casa, em publica vóz e fama de casados, por tempo suficiente para presumpção do matrimouio" (Freitas, 1876, p. 127, grifos nossos).

[50] Nesse sentido, fundamenta-se e justifica-se a escolha no PL: "[...], sem ingressar em debates ideológicos, primando pela absoluta cientificidade, respeitando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, baniu-se, nas normas disciplinadoras do casamento e da união estável, referências a "homem e mulher" ou "marido e mulher", optando, precisa e objetivamente, pela expressão 'duas pessoas', o que contempla, em perspectiva constitucional e isonômica, todo e qualquer casal, seja heteroafetivo ou não" (Brasil, 2025c, p. 4).

3.3.2 Idade núbil

A idade núbil sofreu grandes alterações conforme as diferentes legislações, com a tendência final de aumento da idade mínima para casamento, enquanto que, para a capacidade civil, o resultado foi o inverso, resultando em sua diminuição.

Inicialmente, a CLC já observava que, pelas regras do direito canônico, os esponsais poderiam ser contraídos aos sete anos, e o casamento celebrado a partir dos 14 anos do homem e dos 12 anos para a mulher[51], "salvo quando antes dessa idade constar que tem discrição que suppra a falta della" (Freitas, 1876, p. 93, nota 7).

Contudo, a CLC não esclarece expressamente qual ou quais seriam as idades núbeis. Isso porque, apesar de mencionar as idades supra, o art. 81 da CLC determinava que antes dos 21 anos, sem autorização, não se poderia contrair esponsais sem, todavia, elucidar qual seria a idade mínima.

Pode-se afirmar que com a entrada em do Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890, a Lei do casamento civil, determinou-se em seu art. 7º, § 8º a idade mínima de 14 anos para as mulheres e 16 anos para os homens (Brasil, 1890a, p. 170).

O meio de prova da idade foi regulamentado pela Decisão n. 5, de 16 de Julho de 1890. Quando não fosse possível obter a certidão de nascimento, ou em caso de urgência, permitia-se o suprimento "[...] não só por justificação de idade com testemunhas perante o juiz dos casamentos, o juiz de paz do districto, ou qualquer juiz do civel, mus tambem com algum dos documentos mencionados no aviso n. 88 de 22 de fevereiro do 1881" (Brasil, 1895d, p. 3).

A idade núbil, todavia, não se confunde com capacidade civil - sendo que aquela costuma ser atingida antes que esta. Embora a CLC não utilizasse a atual nomenclatura de incapacidades absoluta ou relativa, a diferenciação já ocorria em certos termos. O seria a incapacidade absoluta denominava-se como menor impúbere.

Contudo, não há como comparar completamente com o instituto atual, visto que a incapacidade absoluta atualmente é atribuída a todos os atos da vida civil, enquanto que, na época, a incapacidade abrangia todos os negócios judicias, mas no âmbito extrajudicial, era aplicada apenas a determinados casos, como: contratos comerciais e civis, bem como quanto à

[51] Apesar da denominação utilizada para bem delimitar os sexos, faz-se uma ressalva sobre como, atualmente, parece-nos inapropriado falar do casamento de homens com apenas 14 anos e de se referir à mulher com a tenra idade de 12 anos.

proteção e aos efeitos de citação em juízo quando não feita por meio de seu tutor/representante (cf. art. 672, § 1.º do Regulamento n. 737/150[52]).

Quanto à hipótese dos contratos comerciais e civis, o fundamento se encontra no art. 129, I, do CCom/1850. O resultado depende de uma interpretação sistemática, pois o artigo se restringe a declarar a nulidade de todos os contratos comerciais celebrados por pessoas sem capacidade para contratar.

Em primeiro lugar, recorre-se ao art. 1º do mesmo Código, o qual permitia a realização do comércio por aqueles com "livre administração de suas pessoas e bens" (inc. I) e que não fossem proibidos pelo CCom. Com a permissão expressa dos demais incisos pela comercialização por parte dos menores emancipados (II), filhos-famílias com permissão e maiores de 18 anos (III) e em alguns casos mulheres casadas (IV). Com isso, complementa a CLC com as disposições sobre a idade da maioridade civil e o pleno exercício dos atos da vida civil aos maiores de 20 anos (expostos) ou 21 anos (regra geral).

Percebe-se, assim, que a proibição, na verdade, se aplica tanto à incapacidade civil absoluta, quanto à relativa. O raciocínio apresentado encontra-se em consonância com o exposto por Salustiano Costa (Costa, S., 1878, p, 1-2).

Com relação aos expostos, em que pese o Alv. de 31 de janeiro de 1775 se referir em seu § 8º aos expostos da Santa Casa de Misericórdia, Teixeira de Freitas realiza uma intepretação teleológica e compreende que o significado da norma não deveria ser restrito a apenas esses expostos, mas sim a todos.[53]

Pela CLC, eram impúberes os menores com até 14 anos e as menores com até 12 anos (art. 25). A opção por essas idades decorre da influência do direito romano ao considerar a idade da puberdade para os jovens e associou-se, consequentemente, como marco para a compreensão dos atos e das consequências - e, por isso, a distinção entre menores púberes ou impúberes. Trata-se da opção feita por Justiniano com base no critério objetivo estabelecido pelos Proculianos.[54]

---

[52] Contudo, no art. 674, percebe-se que não houve distinção entre as diferentes minoridades, permitindo que todas as nulidades por esse vício pudessem ser sanadas por ratificação das partes, embora não fosse admitido o suprimento pelo juiz. (Tinôco, 1899, p. 178 e 181).

[53] Nesse sentido. assim justifica o autor essa diferença: "Abreviou-se o termo da menoridade dos Expostos, não por alguma consideração local, relativamente á Casa de Misericórdia de Lisboa; mas unicamente pela qualidade das pessoas, de que se tratava. Para os Expostos, encurtando-se o tempo da sua menoridade, não ha perigo, visto que nada possuem; dando-se-lhes por outro lado uma compensação de sua má sorte, para mais depressa procurarem meios de vida. Não ha nisto *privilegio,* que incorra na censura da Constituição do Império, porque não é lei de privilegio a que refere-se á uma classe inteira de pessôas" (Freitas, 1876, p. 8, grifos do autor).

[54] Em oposição ao critério subjetivo dos Sabinianos com avaliação cultural (Díaz, 1999, p. 112).

Visto que o instituto das incapacidades é um meio de proteção de vulneráveis[55], pode-se concluir que em uma primeira leitura, é reconhecido um desenvolvimento mais rápido às mulheres; todavia, isso significa menos tempo sob maior proteção jurídica dos atos civis praticados.

Os menores de idade poderiam pedir suplemento de idade (aos 20 anos se homens ou 18 se mulheres, cf. art. 16, CLC) para administrar seus bens, o que equivale ao atual instituto da emancipação. Contudo, caso o casamento fosse realizado com a devida autorização judicial os homens já poderiam adiantar essa aptidão para os 18 anos (art. 18, CLC); caso não houvesse a devida autorização ou se se julgasse conveniente postergar em razão de casamento desvantajoso, deveria ser aguardada a idade de 20 anos (art. 19, CLC).

No caso dos órfãos de pai, mesmo com a mãe viva (fosse viúva, com segundas núpcias, ou tutora desse menor), caso não houvesse a permissão judicial para o casamento, a administração dos bens poderia ser proibida até que se completasse 20 anos (arts. 107 e 19).

Caso o tutor ou o curador induzisse o casamento desse órfão sem a autorização do juiz, pois poderia auferir algum benefício direta ou indiretamente, este poderia ser processado criminalmente, nos moldes do art. 147 do CCrim/1830[56].

Acerca do suprimento de idade, era necessário observar o Regulamento de 1874, art. 63, n. 8, o qual estipulava obrigatoriedade de constar a declaração de suprimento de idade de quem legitimamente possa fazê-lo, sendo possível suprir o documento com a presença do respectivo pai, tutor ou curador (art. 64) (Freitas, 1876, p. 106).

No caso dos filhos-famílias, a ausência do consentimento do responsável legal (e de não obter o devido suprimento legal, nesse caso, conforme os preceitos do art. 105 da CLC) tinha como consequências a deserdação e a perda do direito de pedir alimentos (CLC, art. 101). Não havia restrição de idade para os homens (art. 102, CLC), embora se aplicasse às mulheres ate completarem 21 anos (art. 103, CLC).

---

[55] Por exemplo, a CLC estabelece o benefício da restituição em caso de lesão, direito que não compete mais se o menor obtiver o suprimento da idade (emancipação) ou caso conte com 20 anos e seja casado, sem distinção nesse caso para o sexo (art. 22).

[56] Assim dispunham os arts. 146 e 147 do CCrim/1830: "Art. 146. Haver para si directa, ou indirectamente, ou por algum acto simulado em todo, ou em parte, propriedade, ou effeito, em cuja administração, disposição, ou guarda deva intervir em razão de officio; ou entrar em alguma especulação de lucro, ou interesse relativamente á dita propriedade, ou effeito.
Penas - de perda do emprego, prisão por dous mezes a quatro annos, e de multa de cinco a vinte por cento da importancia da propriedade, effeito, ou interesse da negociação.
Em todo o caso a aquisição será nulla.
Art. 147. As mesmas penas se imporão aos que commetterem os crimes referidos no artigo antecedente nos casos, em que intervierem com o caracter de peritos, avaliadores, partidores, ou contadores; e bem assim, os tutores, curadores, testamenteiros, e depositarios, que delinquirem de qualquer dos sobreditos modos, relativamente aos bens dos pupilos, testamentarias, e depositos" (Brasil, 1831, p. 19-20).

Quando se lê consentimento dos "pais", segundo Teixeira de Freitas, deve-se interpretar como substantivo plural de pai, e não como o plural de pai e mãe.[57] Como visto, a falta do poder materno é reforçada quando se estabelece que seu consentimento não seria suficiente mesmo no caso de o pai desse filho ou filha já ter falecido, independentemente de conservar a viuvez ou contrair novas núpcias.[58]

A CLC elencava entre os art. 207 e 224 as hipóteses de nulidade ou anulabilidade do casamento. Caso o pedido da anulação fosse fundamentado em coação ou pela incapacidade de se consentir, esse pedido só poderia ser feito pela própria pessoa nessa situação ou seu representante legal (art. 210).

Com a aprovação do CC/1916, houve o aumento da idade núbil: 16 anos para as mulheres, 18 para os homens (art. 183, XII). A prova da idade mínima deveria ser feita no procedimento de habilitação (art. 180, I).

Todavia, excetuava-se que quem não tivesse atingido a idade núbil poderia se casar "para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal" (Brasil, 1916, p. 116) (art. 214), caso em que o juiz poderia estabelecer a separação de corpos ate que se chegasse à idade núbil. A falta da idade núbil não consistiria em elemento de nulidade ou anulabilidade do casamento se a mulher estivesse grávida (art. 215).

No caso do art. 214, a exceção deve ser vista por dois lados: tanto pelo lado do agressor, quanto da vítima. Afinal, a regra permitiria que tanto os agressores que não tivessem atingido a idade núbil, quanto as vítimas, poderiam se casar visando a extinção da punibilidade criminal do agente.

Assim, apesar de reconhecer o legislador que essas pessoas não teriam discernimento suficiente para consentirem com o casamento em situação regular, permitiu-se que após os atos de violência sexual, em virtude do interesse social, o casamento seria possível.

---

[57] A conclusão do autor decorre da interpretação de diferentes normas e da prática forense, opinada como algo positivo na parte final: "Quanto ao consentimento da mãi, entendo pois, que estão sem vigor aquela Ord., e a citada Lei de 29 de Novembro de 1775. Tal é a intelligencia seguida no Fôro, porque nunca se-tem requerido o consentimento das mãis para o casamento dos filhos.
« Não havendo lei, que expressamente derogasse a de 29 de Novembro de 1775 (Rebouças Observ. á este Art.), a intelligencia de estarem sem vigor essa Lei, e a Ord. L. 1° T. 88 §§ 1°, 2°, e 3º, manifesta-se avêssa em geral á lógica e hermeneutica, e em especial induz offensa de mui graves interesses da moral, das famílias, e da ordem civil, etc. »
Não se-produz argumento, que convença, e contra a censura ahi temos a praxe do Fôro. A praxe é boa, porque, mesmo sob o dominio da legislação anterior á Lei de 22 de Setembro de 1828, e ao Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842, entendia-se, que o voto do marido preponderava sobre o dissenso da molhér" (Freitas, 1876, p. 110).

[58] Assim dispunha o art. 107 da CLC: "Os menores orphãos não podem casar sem licença do seu Juiz, sob a pena já declarada no Art. 19, ainda que a-tenhão da mãe; quer esta se-conserve viuva, quer passe á segundas nupcias, ou seja delles tutora" (Freitas, 1876, p. 114). Desse modo, pode-se ampliar a interpretação como vedação à manifestação da mãe ou da tutora.

Estabelece o art. 211 uma previsão para sanar vícios de anulabilidade: “O que contrahiu casamento, emquanto incapaz, pode ratifica-lo, quando adquirir a necessaria capacidade, e esta ratificação retroagirá os seus efeitos á data da celebração” (Brasil, 1916, p. 116). Embora o legislador não faça a distinção, entende-se que essa hipótese se aplica apenas à incapacidade relativa, em que é possível a ratificação do ato quando se atinge a maioridade civil, sanando a anulabilidade do negócio jurídico.

De modo diverso, se se tratasse de uma manifestação feita por pessoa absolutamente incapaz, tratar-se-ia de vício insanável, portanto, o negócio jurídico seria nulo, e não anulável, não cabendo qualquer ratificação do ato. Trata-se, nesse caso, das hipóteses de anulação do art. 213, de quem não atingiu a idade núbil.

A confusão resulta na utilização do legislador do termo “anulação” para todas as hipóteses, tratando as nulidades absolutas (nulidades) e relativas (causas de anulabilidade) como se fossem sinônimas. Em qualquer situação, eventual nulidade ou anulabilidade não retiraria a legitimidade dos filhos nascidos antes ou durante esse casamento (art. 217).

No CC/2002, a capacidade para contrair o matrimônio recebeu capítulo próprio. As distinções da idade núbil entre homens e mulheres foram suplantadas, observando o princípio da igualdade estabelecido na Const. de 1988. Desse modo, tanto homens quanto mulheres que não atingiram a maioridade civil (18 anos) podem se casar a partir dos 16 anos com a autorização dos pais ou outros representantes legais.

Um ponto fundamental ao trabalho constava no art. 1.519: semelhante ao previsto no Código anterior, permitia-se, de modo excepcional, a celebração do casamento de quem não tivesse atingido a idade núbil em caso de gravidez ou para se evitar a imposição de pena criminal.

Esse dispositivo estava diretamente relacionado ao art. 107, VII e VIII, do CP/1940, que possibilitavam o casamento da vítima de crimes sexuais/contra a honra com o agente criminoso ou terceiro como meio de extinção da punibilidade – ou até mesmo como meio de se impedir o ajuizamento ou prosseguimento da ação penal que julgaria tal ato, dependendo do momento da celebração.

Desse modo, não se trazia um parâmetro de a partir de qual idade seria possível permitir o casamento de pessoa menor de idade. Mais uma vez, toda a teoria das incapacidades sobre a falta de discernimento completo desses absolutamente incapazes era relegada a segundo plano, priorizando-se o interesse social de que era mais aceitável a jovem que teve sua reputação arruinada se casar, do que não se casar, mas se submeter à possibilidade de não conseguir contrair um matrimônio no futuro.

Apesar de a possibilidade de utilização do casamento para fins de extinção de punibilidade ter sido revogada do CP/1940 com a Lei n.º 11.106/ 2005, a redação do CC apenas foi alterada em 2019, com a Lei n.º 13.811, a qual tinha por finalidade, justamente, suprimir a permissão do denominado casamento infantil (Brasil, 2019).

O projeto de lei data de 2017 trazia em sua fundamentação dados empíricos com o alto número de casamento infantil no país, ou seja, antes dos 16 anos completos, além da estimativa de quantos meninos e meninas mantinham relações amorosas com essas tenras idades, fosse de modo civil e/ou religioso.

Mesmo com a supressão do art. 107, VII e VIII, do CP/1940, segundo a proposição, "a própria presença dessa redação, ainda que destituída de eficácia, atenta tanto contra a dignidade das crianças quanto contra a imagem do país no exterior" (Brasil, 2017, p. 2). Com relação à parte do art. 1-519 que estabelecia o casamento de quem não atingiu a idade núbil em decorrência de gravidez, justificou-se que

> [...], cumpre notar que se trata de legislação incompatível com os avanços da ciência e das políticas públicas, que já demonstraram, respectivamente, os prejuízos psicológicos e sociais deste tipo de união, incompatível com o nível de desenvolvimento psicossocial de crianças. Cumpre notar, ainda, que se trata de política discriminatória, uma vez que incide de modos distintos sobre meninos e meninas.
> Longe de constituir inovação, a exclusão desta exceção, aliás, nada mais é do que a adequação da legislação pátria a um movimento global de proteção à infância e juventude. Para que se tenha uma ideia, na América Latina, apenas Venezuela, Guiana, Guatemala, Honduras e Brasil preveem permissão para o casamento abaixo da idade legal em casos de gravidez (Brasil, 2017, p. 2).

Assim, em ambos os casos, seja em decorrência de gravidez ou em decorrência dos crimes de violação sexual, reconheceu-se que o caminho mais adequado deve considerar em primeiro lugar a vítima, oferecendo-se tratamento psicossocial adequado, e não a incentivação do casamento infantil, que priorizava o interesse da moral social pública em detrimento da valorização e do cuidado central da vítima.

Compreendido como o ordenamento jurídico brasileiro se transformou com relação à idade núbil e às exceções, outro elemento fundamental para a realização dos casamentos deve ser analisado: a manifestação da vontade.

3.3.3 Autonomia da vontade

A manifestação da vontade é um dos elementos basilares dos negócios jurídicos que, dentre suas espécies, engloba o casamento. Pode ser exprimida de modo tácito, quando

depreendida a intenção do agente pelo contexto a partir de omissões (silêncio) ou gestos, ou expresso, quando feita oralmente ou por escrito de maneira que não haja dúvidas quanto à sua aceitação ou à recusa de realizar o ato.

Quando a parte não possui plena capacidade civil, outra pessoa poderá fazê-lo em seu nome (representação) ou por meio de assistência, dependendo da idade ao se realizar o negócio jurídico. Tanto com a participação de terceiros (ex. por meio da representação), quanto com a manifestação meramente pessoal, é possível que haja discrepância entre a verdadeira vontade interior e a declaração feita para conhecimento dos outros (exteriorizada), seja em decorrência de vícios externos ou internos.

Como respaldo teórico sobre os elementos necessários do negócio jurídico e as consequências no caso de inobservância, adota-se a teoria conhecida como "escada ponteana", assim denominada por ser elaborada por Pontes de Miranda em sua ordem lógico-científica (Miranda, 1970b). Desse modo, a figura da escada é composta por três degraus, ou planos: existência, validade e eficácia. O plano da existência compõe o mínimo necessário para os dois posteriores e para que se possa ter importância jurídica. A validade é importante para que não seja possível requerer a nulidade ou anulabilidade do negócio. Já o plano da eficácia diz respeito à produção dos efeitos jurídicos.

O plano da existência é composto por substantivos: agente, objeto, forma e vontade. Ao menos uma pessoa deve manifestar o interesse por algum meio com certa finalidade. Quando esses elementos são adjetivados, passa-se ao plano da validade (atualmente regulamentado pelo art. 104 do CC/2002): agente capaz, objeto lícito, determinado ou determinada, forma prescrita ou não defesa em lei, bem como vontade livre e consciente.

A etapa da produção de efeitos é regulamentada posteriormente. Tratam-se de elementos incidentais, ou seja, não essenciais na configuração do negócio jurídico. São ajustes que permitem controlar em que termos se inicia ou se suspende a produção dos efeitos jurídicos do negócio, feitos especialmente por meio dos institutos da condição, do termo e do encargo (arts. 121 a 137).

Retomando à validade, dependendo do vício apresentado, o negócio pode ser nulo ou anulável. As hipóteses de anulação são de ordem pública e, por isso, podem ser alegadas por qualquer parte interessada a qualquer tempo. Ao se declarar o negócio jurídico nulo, é como se ele nunca tivesse existido - embora seja possível modular os efeitos da decisão judicial para se evitar prejuízos a terceiros de boa-fé. Dentre uma das causas de nulidade, encontra-se a incapacidade absoluta do agente, que não pode ser sanada nem ratificada.

Já as situações de anulabilidade são consideradas menos graves. São de natureza privada, apenas as partes podem alegar mas, prezando a segurança jurídica, há prazos decadenciais para se requerer a anulação do negócio jurídico (art. 178), que se processa por meio da denominada ação pauliana. Há, ainda, a possibilidade da ratificação, ou seja, da realização de algum outro ato que vise sanar esse defeito, corrigindo o problema da validade.

Dentre as hipóteses que ensejam a anulabilidade, destacam-se a incapacidade relativa do agente e os defeitos do negócio jurídico, quais sejam, erro, dolo, coação, coação, lesão, estado de perigo ou fraude contra credores. Em todos esses casos, o vício se encontra, de algum modo, na manifestação da vontade, seja porque não há correspondência entre o desejo interno e a manifestação externa, ou por se acreditar consentir com uma situação que não corresponde a realidade, ou por se acreditar que não há opção que não a realização daquele negócio jurídico, ou quando a verdadeira intenção do agente é fraudar a lei ou outras pessoas por meio do negócio jurídico.

Em relação ao casamento, a anulabilidade pode decorrer, por exemplo, da incapacidade relativa de um ou ambos os nubentes, ou dos vícios na manifestação da vontade. Após apresentação dos documentos necessários e observados os prazos e demais requisitos, a manifestação da vontade ocorre numa das etapas finais do procedimento do casamento.

No momento da celebração, as regras da Lei do casamento civil estabeleciam que era primeiramente perguntado o consentimento da mulher, tanto sobre não haver os impedimentos do art. 7º, quanto da vontade em si de contrair o casamento de modo livre e espontâneo (art. 26, segunda parte). Conforme o art. 27: "A formula é a seguinte para a mulher: « Em F. recebo a vós F. por meu legitimo marido, emquanto vivermos. » E para o homem: « Em F. recebo a vós F. por minha legitima mulher, emquanto vivermos »" (Brasil, 1890a, p. 172).

Como ato final, o celebrante declara: "« E eu F., como juiz (tal ou tal), vos reconheço e declaro legitimamente casados, desde esse momento. »" (art. 28). Ato seguinte, lavrava-se o registro do casamento no respectivo livro, conforme o texto declarado no art. 29, mencionando se a manifestação de vontade dos nubentes houver sido feita por escrito (art. 30).

Conforme as regras do CC/1916, deveriam os nubentes declarar pessoalmente ou por meio de seus procuradores a afirmação que se casam por "livre e espontanea vontade", de modo que o celebrante declararia a produção dos efeitos do casamento nos seguintes termos do art. 194: "De accôrdo com a vontade que ambos acabaes de affirmar, perante mim, de vos

receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados[59]" (Bevilaqua, 1931, p. 68).

Pela prescrição do CC/2002, ao final da cerimônia os nubentes devem declarar se estão se casando de livre e espontânea vontade. Verificado que não há nenhum motivo evidente para se suspeitar em contrário, a autoridade competente encerra o ato anunciando que "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados" (Brasil, 2002b, p. 56) (arts. 1.535 e 1.536). Desse modo, o casamento estaria apto a produzir seus efeitos.

Contudo, percebe-se uma questão: nem sempre há como se verificar se a vontade manifestada em contrair o matrimônio efetivamente corresponde à vontade interior, especialmente quando esse casamento ocorria nos casos em que seria utilizado para extinguir a punibilidade do agente em decorrência de crimes sexuais contra as vítimas.

Como exemplo, durante a vigência do CP/1890 e do CC/2002, julgou-se sobre art. criminal 183, XI, que: "**Deve** o juiz supprir o consentimento dos paes ausentes de uma menor, afim de que possa ella casar-se com o seu seductor, salvaguardando-se-lhe, assim, a honra. - C. App., 22 Março 1929, - Rev. Dir., 93, p. 559" (Bevilaqua, 1931, p. 65, grifos nossos). Nesse caso, na ausência dos pais, caberia à autoridade judiciária competente analisar a situação para decidir pelo suprimento ou não do consentimento. Note-se a escolha do verbo: não é que poderia, foi julgado que isso deveria ser feito sob o fundamento de resguardar a dignidade social da vítima. Parece haver uma suposição de que a vítima teria a vontade interna de se casar o agressor.

Na Lei do casamento civil, havia hipóteses explícitas e implícitas que colocavam o elemento volitivo como ponto fundamental para possível impedimento do casamento (art. 7º) (Brasil, 1890a, p. 169). No caso dos condenados pelo crime de adultério, a legislação (com nítido cunho moral e, desse modo, possivelmente com influência religiosa) proibia a união desse que era o cônjuge adúltero com a pessoa com a qual a infidelidade foi cometida.

Ainda, no caso de alguém previamente casado e condenado por homicídio (seja como autor ou cúmplice) ou tentativa de homicídio contra seu cônjuge estava impedido de se casar "com a pessoa, que tenha perpetrado o crime ou directamente concorrido para elle" (§ 4º).

Na sequencia, elencavam-se outras as hipóteses legais se reportavam claramente a situações que impedem a livre manifestação da vontade, elemento fundamental para a realização de um negócio jurídico válido. Pelo § 5º do art. 7º, a previsão é genérica: enquanto

[59] Na redação original do projeto, ao invés de "vos declaro casados" contava a redação: "eu vos declaro unidos pelo casamento" (Nery, 1931, p. 110).

perdurasse qualquer situação de coação que impedisse a livre manifestação da vontade de modo oral, por escrito ou de qualquer outro modo inequívoco.

Os CC/1916 e 2002 também proibiam o casamento do cônjuge sobrevivente com a pessoa condenada pelo assassinato ou tentativa de assassinato de seu cônjuge (respectivamente, arts. 183, VIII e 1.521, VI). No caso de rapto, havia a proibição temporária no CC/19156 de que enquanto perdurasse a situação e a vítima se encontrasse em lugar seguro, não poderia ser celebrado o matrimônio (art. 183, X).

Interpreta-se que se trata de situação em que haveria também a coação do raptor que inibiria a livre manifestação da vontade da mulher raptada. Contudo, ao menos em tese, é uma situação mais fácil de se verificar na prática e se proceder a eventual anulação. Contudo, devemos ter o cuidado ao analisar com a perspectiva atual ao se ponderar se, na prática, a anulação do casamento seria mais benéfica à mulher ou não.

Não houve disposição correspondente no CC/2002. Ambos os Códigos, contudo, possuem a sanção expressa de que em caso de coação, enquanto se impossibilitasse a manifestação da vontade, não seria ser celebrado o casamento (art. 183, IX). No CC/1916, caso a coação cessasse apenas posteriormente, iniciava-se a contagem do prazo para requerimento da anulação o casamento seria considerado anulável (arts. 219, III, c/c art. 147, II, com prazo inicial da prescrição de seis meses do dia em que cessasse a coação, cf. art. 178, § 5, I).

Conforme as regulamentações do CC/2002, considerava-se anulável o casamento contraído por coação pelos arts. 1.550, III, e 1.558. Eventual ação de anulação poderia ser proposta em até quatro anos no caso de anulação, embora o termo inicial não fosse o fim dessa situação, mas sim a data do casamento (art. 1.560, IV). Todavia a ação de anulação deveria ser requeria pela pessoa coacta, a não ser que tivesse havido coabitação mesmo com a ciência do vício, o que tornaria o ato válido (art. 1.559).

Novamente, há mais uma situação que pode ser interpretada como extirpe à autonomia da vontade: mesmo se mulher não quisesse coabitar com o marido, mas o fizesse por imposição social, já tendo casado sob alguma forma de coação, o Estado lhe tolhia a possibilidade de anular esse casamento. Acredita-se que a fundamentação seria pela manutenção da honra da mulher, posto que sabendo-se da coabitação, seria presumida a ausência da virgindade, o que poderia comprometer futuro casamento. Desse modo, o legislador ponderou ser mais favorável sanar o vício do casamento.

A questão a ser considerada é: e como aferir na prática se havia situação de coação? Coação pelo direito romano era compreendida em *vis* (violência material) ou *metus* (ameaça de violência). Para que seja possível alegar a anulação do negócio jurídico por coação, seria preciso

comprovar que a ameaça era injusta (e poderia causar mais danos do que o resultado da prática do ato jurídico), irresistível a qualquer pessoa (e não apenas naquele caso concreto), atual e inevitável. Contudo, o temor reverencial (*timor reverentialis*) da autoridade coatora não ensejaria a anulação do ato.

Nos casos objeto deste trabalho, com a realização do casamento como meio de extinção da punibilidade, como se verificar no caso da mulher se não havia pressão do pai (e, de modo mediato ou imediato da sociedade por questões morais) para que a união fosse realizada, mesmo que a vontade interna da mulher não fosse efetivamente dessa união?

Caso houvesse um descompasso entre a manifestação da vontade interna, ou seja, não querer se casar com o agressor sexual, mas exteriorizar no momento da celebração do casamento a vontade de casar, prevaleceria uma vontade ficta. Em alguns casos, não seria possível conhecer a verdadeira intenção. Em outras, acredita-se que era possível conhecer, mas isso era relevado para favorecer a situação de manter uma imagem limpa perante a sociedade.

Considerando os valores morais e religiosos que influenciavam na sociedade, para a mulher, poderia ser socialmente mais aceitável o casamento do que a possibilidade de ter sua virgindade questionada, o que dificultaria posterior união com alguém com que ela tivesse verdadeiro interesse.

Desse modo, embora se valorize atualmente os meios de anulação do casamento visando à mulher poder conviver apenas se realmente desejar a união, a interpretação dos artigos históricos exige o cuidado para não nos olvidarmos da pressão social exercida sobre as mulheres, sua honra, e a importância de se casarem – mesmo que isso não refletisse a verdadeira vontade.

4 CASAMENTO COMO EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE

O Direito Penal brasileiro, bem diferente do Direito Civil, rapidamente organizou seu primeiro código, já em 1830. Os movimentos de substituição desses conjuntos de regras acontecem em momentos emblemáticos, nitidamente ligados ao contexto político nacional.

Assim, nesse capítulo trata-se do aspecto criminal do tema. São analisados, inicialmente, aspectos pertinentes para compreensão do tema, como os elementos que constituem o crime e o que é a extinção de punibilidade. Posteriormente, estudam-se a quais casos esse benefício poderia ser permitido ao réu. Por fim, em cada um dos Códigos, são avaliados a quais crimes seria possível atribuir a extinção da punibilidade em decorrência do casamento da vítima com o criminoso ou terceiros.

São obras fundamentais, pois, o Código Criminal de 1830 e os Códigos Penais de 1890 e de 1940. Para melhor compreendermos as fundamentações e eventuais críticas, utilizam-se doutrinas publicadas à época da vigência desses códigos e posteriormente, de modo a acrescentar uma perspectiva de diferentes tempos para, então, poder se fazer considerações com a visão atual dos temas.

4.1 Aspectos iniciais: extinção da pena

A busca pelo conceito analítico de crime significa designar seus elementos estruturais. *Lato sensu*, o crime é um ilícito penal, que pode ser considerado uma das categorias de atos ilícitos. De modo geral, tanto o ilícito civil quanto o criminal são casos de desobediência ao ordenamento jurídico que, por motivos políticos, de conveniência e oportunidade de determinados povos, para certos locais em certo momento podem receber essa diferente classificação - e, consequentemente, diverso tratamento para a sanção.[1]

[1] Não se afasta, contudo, diferenças substanciais entre essas áreas com as quais a dogmática jurídica tem que lidar. Hungria explica como o ramo cível tem caráter objetivo, com mais ênfase no resultado do que no agente, de modo que os casos são lidados de modo semelhante. Por outro lado, a esfera criminal estaria muito mais ligada ao agente e sua conduta, por isso, a análise de cada caso concreto é fundamental. Nesse sentido, acrescenta o autor outras disposições: “Mas uma coisa é o direito civil e outra é o direito penal. Um essencialmente 'objetivista', outro eminentemente 'subjetivista'. Ao direito civil quase não interessa senão o *factum exetrnum*, o resultado material da ação violadora do dever jurídico; enquanto que para o direito penal o que importa, principalmente, é o *factum internum*, o elemento psicológico da rebeldia contra a ordem jurídico-social. [...] A sanção civil não se preocupa com o ilícito senão para restabelecer o equilíbrio dos patrimônios, desinteressando-se da pessoa do agente. A sanção penal, ao contrário, não visa ao fato material externo exclusivamente em si mesmo, mas em função ou como projeção do agente. No direito civil, a ação é separada do agente; no direito penal, ação e agente formam um todo incindível. A sanção civil é destinada à tutela dos interêsses privados, de egoísticos direitos individuais; a sanção penal se propõe à tutela de interêsses gerais ou sociais, sem cuidar dos interêsses do indivíduo, senão

De modo lúdico, Hungria explica que "o legislador é um oportunista, cabendo-lhe apenas, inspirado pelas exigências do meio social, assegurar, numa dada época, a ordem jurídica mediante sanções adequadas" (Hungria, 1955, p. 27). Nesse sentido, Castro assevera que o respeito à honra feminina não decorre de um instinto natural do homem, mas constitui uma conquista cultural, resultado da prevalência de valores morais sobre a brutalidade dos impulsos primitivos (Castro, 1897, p. [I]).

Assim, a atuação do Estado na penalização deve ocorrer quando outras instâncias não foram suficientes. Isso se justifica tanto pelo viés prático, não sendo viável o Estado lidar com todas as violações feitas ao ordenamento jurídico, mas também com relação ao custo (de tempo, de pessoal e de valores) em se realizar a persecução.[2] A graduação escolhida é o que diferencia os ilícitos:

> A *ilicitude jurídica* é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o *dever jurídico*. [...] No que têm de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são uma rebeldia contra a ordem jurídica. Consistem ambos num fato exterior do homem, antijurídico, imputável a título de dolo ou culpa. A única diferença entre êles está na *maior gravidade* do delito penal, que, por isso mesmo, provoca mais extensa e intensa perturbação social. Diferença puramente de *grau* ou de *quantidade*. [...] Sob o ponto de vista histórico, em face do *jus positum*, o que decide entre a aplicação da simples sanção civil e da reforçada sanção penal, no reajustamento da ordem jurídica, é a menor ou maior *intensidade* da violação desta, apreciada pelo legislador, sob a influência mutável do ambiente social. Nada mais (Hungria, 1955, p. 27-28).

Assim, segue-se a corrente defendida por Hungria e Bentham[3] de que a ilicitude é única[4], o que diferencia é o tratamento conferido pela vontade do legislador. Também a partir das lições de Bentham, esse é o entendimento de Teixeira de Freitas:

---

quando incidam na linha daqueles, ou haja necessidade de evitar o arbítrio do poder público" (Hungria, 1955, p. 438).

[2] Com relação a essas consequências e o impacto no Estado, explica Hungria: "A pena é um *mal*, não sòmente para o réu e sua família, senão também, sob o ponto de vista econômico, para o próprio Estado. Assim, dentro de um critério prático, é explicável que êste se abstenha de aplicá-la fora dos casos em que tal abstenção represente um *mal maior*" (Hungria, 1955, p. 27, grifos do autor).

[3] Conforme Hungria, "Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: tôdas podiam ser, por sua identididade substancial, dispostas 'sôbre um mesmo plano, sôbre um só mapa-múndi'" (Hungria, 1955, p. 27).

[4] Cita-se, ainda, essa defesa também por Wiederin, especialmente ao fazer essa comparação entre o ilícito civil e o ilícito administrativo. O autor se remete a Merkel, para o qual a diferença está na competência para aplicação da norma. Conclui Wiederin que: "[...] não há diferenças fundamentais entre o direito penal judicial e o direito penal administrativo, e se, em última análise, a atribuição depende do acaso da decisão legislativa. [...] O resultado é, se não uma contradição aberta, pelo menos um paradoxo. Na prática, há consenso de que o direito penal administrativo é direito penal – nada mais e nada menos. No entanto, ambas as disciplinas assumem, por razões aparentemente práticas, que ele pertence ao direito administrativo. Resumindo de forma clara e sem cometer erros lógicos: o direito penal administrativo é direito penal na teoria – e direito administrativo na prática. A tradição austríaca segue aqui um antigo provérbio: o que pode ser teoricamente correto, ainda não precisa ser prático" (Wiederin, 2006, p. 9, tradução nossa).

> A palavra *delicio* é tomada em sentido tão largo, que Bentham, por exemplo, cujos escriptos abundão em idéas tão luminosas, entendeu, que toda a legislação civil rolava sobre *delictos, direitos*, *obrigações, serviços,* noções congênitas[5]. Em seu ensaio para distincção do penal e do civil, a mesma idéa ampla do *delicio* induzio á reputar a lei penal uma consequência, continuação, e terminação, da lei civil (Freitas, 1876, p. CVII, grifos do autor).

O delito é uma valoração de uma conduta má vista e, por isso mesmo, regulamentada por lei. Sobre as terminologias "delito" e "crime", pondera Souza que o CCrim/1830 os trata como sinônimos.[6] Embora essa situação seja criticada por Foucher, que exalta a distinção feita entre crimes, delitos e contravenções no primeiro artigo do Código Penal francês vigente à época.

Esse mesmo artigo não era imune a críticas sobre a arbitrariedade do legislador nessa divisão, pois as mesmas ações, dependendo das circunstâncias, poderia receber uma denominação diferente. Reconhece-se, porém, que essa separação tinha outras consequências práticas, como a delimitação do tribunal competente, situação sem correspondência no Brasil. Por isso, podemos ver essa simplificação como algo positivo, recaindo os debates não sobre a denominação, mas sim sobre a gravidade da conduta.[7]

O delito, para o Direito Penal, é o crime, e só pode haver sanção se a conduta for previamente tipificada, ou seja, há a irretroatividade da lei penal (já prevista no art. 179, III, da Constituição Imperial de 1824)[8], de modo a ser possível processar e julgar as condutas que à época das realizações já eram consideradas crimes.[9] As teorias dos elementos constitutivos do

---

[5] A correlação entre esses institutos é explicada: "[...], declarar por lei que tal e tal é proibido era considerar esse ato um **delito**. Garantir aos indivíduos a de tal ou tal bem era conferir-lhes *direitos*. Ordenar aos homens que se abstivessem de todos os atos que pudessem prejudicar o gozo deste ou daquele outro era impor-lhes uma **obrigação**. Exigir a contribuição com este ou aquele ato para o prazer de seus semelhantes era sujeitá-los a um **serviço**. As ideias de **lei**, de **delito**, de **direito**, de **obrigação**, de **serviço** são, portanto, ideias que nascem juntas, que existem juntas, que são e que permanecem inseparáveis" (Bentham, 1830, p. 195-434, p. 208, grifos do autor).

[6] A mesma correlação foi adotada no Código posterior, conforme explica Araujo enquanto comenta como foi feita a organização: "Só as **contravenções** é que ficam separadas [dos crimes e dos delitos tipificados na parte especial], adopte-se a [teoria de classificação da] bipartição ou tripartição, versando a classificação sobre os crimes ou delictos; palavras synonimas para nós, conforme o codigo vigente e anterior que não seguiram o francez" (Araujo, 1901, p. V, grifos do autor).

[7] Acerca dessa discussão, conclui o autor: "[...], se a natureza do crime e do delicto é sem duvida a mesma, para que essa linha de separação interamente facticia entre um e outro?
[...], a [disposição] do nosso [Código] é preferivel, porque, só adoptando-se uma denominação generica é que se podem evitar a confusão e as dificuldades inseparáveis de qualquer divisão entre crimes e delictos, deduzida da gravidade das suas penas ou dos factos, [...]" (Souza, 1872, p. 13-15).

[8] Apesar de não designar explicitamente a lei penal, vide redação: "Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. III. A sua disposição não terá effeito retroactivo" (Brasil, 1886 *do Brazil*. Parte 1ª. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886, p. 6-36, p. 32), assim reconhece como fundamentação Tinôco na nota (1) ao art. 1º do CP/1890 (Tinôco, 1886, p. 9).

[9] Nesse mesmo sentido, explica sucintamente Souza alguns dos elementos que compõem o Direito Penal: "[...] o poder social instituido - tem o dircito e o dever de reprimir os membros refractarios da communhão, isto é, aquelles

crime variam com o tempo[10]. Para Hungria, uma análise técnico-jurídica com base na teoria realística inclui quatro elementos:

> [...] *fato típico*, *injuricidade* (ilicitude jurídica), *culpabilidade*, *punibilidade*. O fato típico e a culpabilidade constituem, respectivamente, o *elemento material* (exterior; objetivo) e o *elemento moral* (psíquico, subjetivo) do crime; a injuridicidade é a sua própria *essência*, e a punibilidade a sua *nota particular* (Hungria, 1955, p. 7, grifos do autor).

Para Hungria, então, os elementos essenciais para se caracterizar uma situação como crime são: fato típico, injuricidade ou ilicitude jurídica (atualmente denominada antijuridicidade[11]), culpabilidade e punibilidade. Enquanto fato, incluem-se tanto ação, omissão e resultado (no sentido de que toda atividade ilícita causa um dano ou, pelo menos, um perigo de dano.

O objeto de estudo se restringe à punibilidade - e às causas de seu afastamento. Nesse sentido, Bentham explica a importância desse elemento ao assegurar que "No código civil, o que mais chama a atenção é a descrição do delito ou do direito. no código penal, o ponto saliente é a pena" (Bentham, 1830, p. 195-434, p. 217). O uso - ou não -, bem como a quantificação são ponderados com os critérios de necessidade e de utilidade, segundo elucida Souza:

> "[...] a pena tem limites assignados pela - necessidade ou utilidade - e pela justiça - ao mesmo tempo. Buscar esses limites e conservar-se dentro d'elles, ou, em outros termos, conhecer bem o que se deve reputar como crime, e proporciar a este a pena com toda a exactidão possível, eis a missão e o dever do legislador criminal (Souza, 1858, p. 7).

---

que por suas acções e omissões voluntariamente perturbão a sociedade e difficultão o seu fim, violando os seus direitos e os dos individuos, cujo respeito e religiosa observancia se propuzerão os associados.
Os factos illicitos livremente praticados contra a sancção das com os quaes se offende aos individuos e á sociedade, chamão-se *crimes* ou *delictos.*
O soffrimento que o poder social inflige ao autor de um facto considerado crime pela lei, chama-se *pena.*
O complexo das disposições em que o legislador caracterisa as acções e omissões que hão do ser tidas como crimes, e estabelece a penas em proporção com as mesmas, constitue o que chamamos Codigo Criminal" (Souza, 1858, p. 5-6, grifos do autor).

[10] Não constitui, todavia, objeto de estudo deste trabalho aprofundar todas as teorias e os respectivos defensores. Afinal, trata-se de tema polêmico que desvia da finalidade principal, que, no caso, é o estudo da extinção da punibilidade. Insta salientar, por fim, que é pertinente a proposta de Hungria da teoria realística em detrimento à de Tesar e Kollmann, com a chamada teoria sintomática, "[...], que vai ao ponto de subordinar a importância *realística* do crime (como efetivo ataque a bens ou interêsses juridicamente tutelados) à sua importância *sintomática* (no sentido de periculosidade do agente). O reconhecimento de um fato como crime independe da periculosidade de quem o pratica. Entendida como 'probabilidade de reincidência', a periculosidade não funciona, sequer, como critério de medida de pena" (Hungria, 1955, p. 7, grifos do autor).

[11] Esse é um dos elementos mais elementares, presentes em todos os crimes. Afinal, "Quando determinada ação é ameaçada pela lei de uma pena, torna-se objetivamente antijurídica (injusta, criminosa)" (Silva, A., 1943, p. 148).

Para tanto, parte geral e parte especial devem ser analisadas em conjunto.[12] A primeira, por dispor sobre regras gerais aplicáveis a todos os crimes em espécie. A segunda, por englobar as condutas tipificadas e as respectivas sanções. Resultam da vontade legislativa conforme a época e as demandas da sociedade. Por isso mesmo, conforme pondera Araujo, "Si é a parte mais **pratica**, é, ao mesmo tempo, a mais **antiga** e a mais **variavel** das legislações positivas" (Araujo, 1901, p. VI, grifos do autor).

A ideia utilitarista de Bentham foi elemento importante na elaboração do primeiro Código Criminal nacional, sendo reconhecido o trabalho feito pela doutrina:

> O codigo de 1830, o primeiro que tivemos, era reconhecidamente um dos mais notaveis de seu tempo e constituía um padrão de gloria que attestava a cultura juridica dos legisladores da infancia da monarchia. Promulgado após as duas codificações penaes que, no começo do seculo XIX, mais larga repercussão alcançaram – a francesa, de 1810, e a bavara, de 1813 – elle soube mostrar-se independente e, em varios assumptos, de marcada originalidade (Silva, A., 1930, p. I).

Dentre os autores responsáveis pela elaboração do CCrim/1830, destaca-se Bernardo Pereira de Vasconcelos (Silva, A., 1943, p. [5]). Nas opções legislativas, no Código Criminal de 1830, há a previsão de casos em que "não se julgaráo criminosos" no art. 9.º (com parágrafos que exprimem situações que poderiam ser compreendias, atualmente, como excludentes de antijuridicidade), e de quando "também não se julgarão criminosos" no art. 10 (que inclui dentre as hipóteses o que poderia se compreender como situações de inimputabilidade e excludentes de ilicitude). O legislador, contudo, denominou essas são situações em que os autores do crime não seriam punidos, apesar de não afastar a reparação cível dos danos causados (art. 11).

Havia, ainda, previsão dos chamados "crimes justificáveis" (art. 14), ou seja, situações que mesmo que se enquadrassem como fatos típicos e antijurídicos, não ensejariam a punição do agente - o que se assemelharia ao instituto da extinção da punibilidade. Dentre o rol, permitia-se a justificação de o crime ter sido cometido "em defesa da família do delinquente" (§ 3) ou em defesa da "propria pessoa ou de seus direitos" (§ 2), mas eram situações que requeriam a ponderação entre o mal causado e o que se quis evitar (§ 4) (Brasil, 1831).

Uma das agravantes reconhecida no art. 16 era quando se percebesse a dificuldade da resistência da mulher em relação ao homem, conforme se interpreta o § 6: "Haver no delinquente superioridade em sexo, forças, ou armas, de maneira que o offendido não podesse

[12] Trata-se de uma organização típica de códigos, que buscam essa sistematização das normas. Sobre esse tema, explica Araujo: "[...], nas antigas legislações nunca houve uma classificação dos crimes, enumerando-se umas depois de outras sem ordem systematica as varias especies de crimes.
As diversas *Leges*, que no direito romano previam as diferentes especies de delictos, não appareceram todas juntas, como succedeu muito depois com os codigos, mas com o andar dos tempos" (Araujo, 1901, p. V).

defender-se com probabilidade de repellir a offensa" (Souza, 1858, p. 18). Em caso de possível retaliação, o art. 18 previa como circunstância atenuante do crime "Ter o delinquente commettido o crime desafronta de alguma grave injuria, ou **deshonra que lhe fosse feita, ou a seus ascendentes, descendentes, conjuge ou irmãos**" (Souza, 1858, p. 19, grifos nossos) (§ 4).

Desse modo, no caso de uma agressão cometida por um homem contra uma mulher, especificamente nos crimes contra a honra e dignidade sexual, não se previa na parte geral a extinção da punibilidade por meio do casamento, mas era possível agravar a pena do agressor pela desproporção de força em razão do sexo, e caso algum parente da ofendida cometesse algum crime em razão dessa desonra cometida com sua esposa, filha, neta ou irmã, era possível reduzir a pena a ser cumprida.

A possibilidade, então, ficou restrita aos crimes em espécie na parte especial, restringindo as hipóteses de aplicação estritamente a alguns crimes, nomeadamente os voltados a aspectos sexuais. Essa mesma estrutura foi observada no CP/1890.[13] Após 60 anos de vigência do Código Criminal, além de muitas alterações normativas, a mudança do Império para a República clamava, segundo juristas da época, uma nova regulamentação. Nesse processo legislativo,

> Apressou-se o primeiro ministro da justiça (dr. Campos Salles) em levar avante esse empreendimento.
> E entregou á competencia do conselheiro Baptista Pereira a ardua tarefa da elaboração de um novo codigo. Em curto tempo, se desempenhou o illustre jurisconsulto da delicada missão que lhe fôra confiada. Com pequenas modificações, foi o projeeto por elle organizado acolhido pelo governo provisorio. E' o codigo penal vigente (Silva, A., 1930, p. II.).

Dentro da sistemática adotada, no título "Da responsabilidade criminal; das causas que dirimem a criminalidade e justificam os crimes", havia cláusulas dirimentes ou de não culpabilidade (Siqueira, 1932, p. 350), a partir de um rol taxativo dos inimputáveis e de excludentes de ilicitude no art. 27 sob o *caput* que "não são criminosos". Dentre as situações, o § 4º se aplicava àqueles que, no momento da prática do crime, estiverem em total ausência de

[13] Reforça-se essa aplicação ao se estudar a aplicação dessas normas de caráter geral em contraposição à excludente de ilicitude por meio do casamento, que é circunstância especial: "As circumstancias aggravantes ou attenuantes podem ser de duas especies: **objectivas** ou **intrinsecas** e **subjectivas** ou **pessoaes**.
As primeiras – fazem parte do proprio crime, são inherentes a elle e se communicam a todos que tomaram parte na acção delictuosa, [...].
As segundas —, ao contrario, dizem respeito á culpabilidade individual do autor da infracção, [...].
As aggravantes são **geraes** ou **especiaes**, conforme são communs a todas as infracções, ou peculiares a certo genero de infracções" (Faria, 1913a, p. 134, grifos do autor).

consciência e de capacidade intelectual, o que foi entendido no caso do homem que matou a esposa quando descobriu que esta não era mais virgem.[14]

Por outro lado, previam-se também causas de justificativa, que ocorrem "[...] quando o agente está em estado normal de imputabilidade, mas em condições excepcionaes que lhe dão direito de commetter o acto, embora a violação do direito alheio que dahi resulta" (Siqueira, 1932, p. 351). Essa aplicabilidade estava prevista no art. 32 com situações que também seriam atualmente compreendidas como excludentes de ilicitude, assim como as hipóteses do art. 35. No caso do art. 32, os requisitos deveriam ser observados conforme os arts. 33 e 34.

Sobre a legítima defesa própria ou de terceiro (art. 35), as hipóteses de aplicação eram se restringiam a crimes após a entrada forçada em residência alheia ou cometidos sob ordens ilegais[15]. Todavia, já foi reconhecida como justificativa em um julgado para uma mulher que precisou se defender dos ataques de um homem:

> Age em legitima defesa a mulher que, perseguida pelo seu **conquistador**, e no (sic) **impossibilidade obter soccorro**, defende-se com a faca que trazia na mão, produzindo ferimento que leva o offendido ao hospital. Manifesta-se ahi, claramente, a legitima defesa, com todos os seus requisitos legaes — art. 34 do Cod. Penal: **A mulher**, diz GARRAUD, **tem o direito de prevenir por todos os meios o ultraje de que está ameaçada e de empregar para este effeito a violência, pois que póde tudo receiar daquelle que se-lança sobre ella para um attentado deste gênero (ao pudor)**. Este perigo basta para legitimar a morte ou os golpes e ferimentos (**Sent. conf. pela 3.ª Cam. da Côrte de App., Acc.** de 17 de janeiro de 1920) (Siqueira, 1932, p. 455, grifos nossos).

Destaca-se a expressão utilizada para se mencionar o homem: ao invés de agressor, empregou-se conquistador, como se isso amenizasse a conduta praticada. No caso, percebe-se que se tratava de risco iminente (arts. 33, § 1º, e 34, § 1º), o uso proporcional dos meios disponíveis (a faca que tinha por perto - arts. 33, § 2º, e 34, § 3º), a inexigibilidade de conduta diversa (não conseguir pedir socorro - art. 34, § 3º) e foi possível se aferir que a vítima não provovou a agressão injusta (art. 34, § 4º).

---

[14] Nesse sentido, decidiu-se: "O marido que matando sua mulher, fel-o pelo impulso violento do sentimento da honra ultrajada, por havel-a encontrado desvirginada, o que comprometteu-lhe de tal modo a razão e a vontade, que a tornou sem prestabilidade, não é responsavel perante a nossa lei penal; as paixões violentas podem muitas vezes comprometer de tal modo essas faculdades que excede até o que se observa em certos alienados (*Accordam do Tribunal de Justiça do Pará, de 6 de Junho de 1906*)" (Costa, E., 1916, p. 67).

[15] Consequentemente, as situações de utilização dessa escusa eram muito restritas: "Art. 35. Reputar-se-ha praticado em defesa propria ou de terceiro:
§ 1.º O crime commettido na repulsa dos que á noite entrarem, ou tentarem entrar, na casa onde alguem morar ou estiver, ou nos pateos e dependencias da mesma, estando fechadas, salvo os casos em que a lei o permitte;
§ 2º O crime commettido em resistencia a ordens illegaes, não sendo excedidos os meios indispensaveis para impedir-lhes a execução" (Faria, 1913a, p. 132-133).

O Código optou por elencar as circunstâncias agravantes e atenuantes em rol taxativo.[16] Há Códigos que as elencam de modo exemplificativo, porém, é preciso reconhecer a insegurança jurídica que seria ocasionaria. Do mesmo modo, a falta de menção a essas situações também poderia complicar a determinação da quantificação das penas em concreto. Ao mesmo tempo, reconhece-se a importância da discricionariedade do juiz para conseguir chegar à melhor solução para cada caso concreto. [17]

Algumas situações que anteriormente afastariam a punição, agora foram elencadas como circunstâncias atenuantes. Dentre elencadas pelo legislador, ressaltam-se "Ter o delinquente commettido o crime em defesa da propria pessoa ou de seus direitos, ou em defesa das pessoas e direitos de sua familia ou de terceiro" (Soares, 1910, p. 124) (art. 42, § 3º). Note-se que o artigo não menciona a defesa da honra, apenas das pessoas.[18]

Contudo, o instituto é mencionado como possível agravante no art. 41, § 3º: "Quando o mal do crime fôr augmentado, ou por circumstancia extraordinaria de ignominia, ou pela natureza irreparavel do damno" (Soares, 1910, p. 118). Entende-se que essa agravante poderia ser aplicada aos crimes sexuais – e assim ocorreu na condenação de alguns casos de estupro em que houve o defloramento da vítima, tanto na vigência do CCrim/1830, quando do CP/1890.[19]

Na doutrina, essa interpretação recebia o mesmo respaldo. Por exemplo, Silva também incluía o defloramento como consequência irreparável: "[...], resta saber o que deve se entender por *damno irreparaveL* No Código ha caso em que o mal resultante do delicto póde determinar damno irreparável, tal é, por exemplo, o defloramento da filha pelo pae, da irmã pelo irmão, delicto monstruoso para o qual não ha satisfação possível" (Soares, 1910, p. 120, grifos do autor).

---

[16] Para visualizar um quadro em que as circunstâncias agravantes e atenuantes são classificadas com base em causa, pessoa, lugar, tempo, qualidade, quantidade e evento, consultar: Siqueira, 1932, p. 479.

[17] Sobre a ponderação entre as vantagens e as desvantagens de como abordar as situações agravantes e atenuantes, bem como alguns dos países de aplicação, ver: Silva, A., 1930, p. 279-282.

[18] E, havendo um conflito entre situações, propõe Faria: "A circunstancia attenuante da defeza propria, de direito os de familia, prevalece sobre a aggravante da superioridade em armas.
N'esse caso deve ser imposta a pena entre os gráos médio e mínimo, tomando-se o termo medio" (Faria, 1913a, p. 136).

[19] Conforme três casos elencados por Araujo, com a ressalva de que não se deveria violar o art. 37 do CP/1890:
"No caso dos crimes de estupro e defloramento, este crime serve de circumstancia aggravante daquelle. (Sentença de 20 de fevereiro 1877).
Crime de estupro praticado cm menor de 12 annos, sendo casado o autor — art. 268 combinado com o art. 273 do codigo penal. No caso é aggravante a circumstancia prevista no art. 41, § 3º do código penal, isto é o defloramento aggrava o estupro: Accórd. do Supremo Tribunal Federal, 17 fevereiro 1897 — com os votos **vencidos** dos ministros Figueiredo Júnior, Manoel Murttnho e Ribeiro de Almeida.
No crime de estupro, quando fôr virgem a offendida, esta circumstancia constitue a aggravante do art. 41, § 3 do codigo penal. Sentença do Dr. Pereira Lins, juiz na cidade de Minas, 30 de. julho 1898" (Araujo, 1901, p. 339-340, grifos do autor).

Apesar de se acreditar atualmente que toda violência sexual ocasiona danos irreparáveis, com ou sem defloramento, a interpretação do dispositivo deve levar em consideração a época de sua aplicação. Por isso, entende-se que o autor delimitou o exemplo a essas situações por serem casos em que não seria possível a casamento da vítima com o agente, o que levaria a consequência sociais de grande dano por possivelmente impedir futuro casamento da mulher numa época em que esse instituto era tão importante para as pessoas do sexo feminino.[20]

Além, dessa situação, dentre os exemplos da natureza irreparável do dano, inclui-se a perda de um casamento (Soares, 1910, p. 118). Contudo, essa interpretação exige cuidado para não violar o art. 37, segundo o qual se uma circunstância for elemento constitutivo do crime, não pode influir como agravante da pena.

Outras agravantes relevantes ao tema estudado são: motivação frívola ou reprovada (art. 39, § 4º), a superioridade do agressor quanto a sexo, força ou armas, dificultando ou impedindo a defesa da vítima (art. 39, § 5º), bem como o fato de o crime ter sido cometido "contra ascendente, descendente, conjuge, irmão, mestre, discipulo, tutor, tutelado, amo, domestico,[21] ou de qualquer maneira legitimo superior ou inferior do agente" (Soares, 1910, p. 110) (art. 39, § 9º). Apesar da intenção do legislador em valorizar todas essas relações com o mesmo grau,

---

[20] O autor discorre melhor sobre a aplicação dessa agravante e menciona outra decisão em que houve teve incidência reconhecida: "Se o *damno for irreparaoel,* torna-se um *mal,* que, augmentando o *mal do crime,* aggrava a penalidade. *Vide* João Vieira, *Cod, Pen. comm.* v. II, p. 165, p. 105, commentario a este paragrapho. Na *Rev. de Jurisprudencia* de Setembro de 1898, n. XI. p. 56. Sentença do dr. Edmundo Pereira Lins, juiz de direito da cidade de Minas, considerando no estupro de mulher virgem o defloramento como aggravante do art 44 § 3, fundado no texto do art. 268 do Cod. Pen.: — Estuprar mulher virgem ou não, no Aviso n. 512 de 5 de Novembro de 1862, no Acc. do Supr. Trib. de Just. de 28 de Junho de 1875, na opinião de C. Perdigão commentando este accordão na *Gazeta Juridica* n. 12, p. 757, e finalmente no Acc do Supr. Trib. Fed. de 17 de Fevereiro de 1897. Não está isenta de critica esta doutrina, porque: 1°, o § 3 do art. 41 refere-se só á ignominia e ao damno irreparável; 2º, o defloramento constitue figura distincta (art. 267) do estupro (arts. 268 e 269). No estupro de mulher virgem o defloramento é elemento constitutivo do crime, não pode ser aggravante, á vista do disposto no art. 37. No estupro de mulher virgem o defloramento não constitue *ignominia* e só produz *damno irreparavel* no caso de ser commettido pelo pae, ou pelo irmão. Seria este o único caso de poder ser considerado aggravante, mas ainda assim tornava-se necessário que a isso não se oppuzesse o art. 37" (Soares, 1910, p. 120, grifos do autor).

[21] Sobre a quem se dirigem as expressões doméstico, amo e servo, explica Soares: "A expressão — *domestico* — quer dizer o que pertence á casa, ao interior da familia. *Domesticos* — são os criados da casa. *Domesticidade* — condição de uma pessoa que está ao serviço de outrem. Collectivamente: Todos os domésticos de uma casa; creadagem. Familiaridade; convivência na mesma habitação (Fr. Domingos Vieira). [...] A' idéa de *domestico* se oppõe a de *amo.* Segundo Fr. Domingos Vieira: *Amo:* no sentido antigo, aio, pedagogo; marido da mulher que cria ao peito alguma criança; no sentido usual, no século XVIII, vendeiro, estalajadeiro. No sentido moderno, senhor, patrão,dono de casa, que sustenta familia e criados; especialmente, senhor de escravos (em outros tempos), e também denominação dada aos reis e principes pelos camaristas, secretarios, embaixadores e officiaes da casa e tambem, por distincção ás pessoas de superior gerarchia. [...] Para o effeito da aggravante do § 9.º não se considera *domestico* o que presta serviços de outra natureza ainda que mediante paga; ex.: o portador de uma carta, o carregador de volumes, o pedreiro, o carregador, o pintor, o operário, que trabalha nas obras de uma casa por empreitada ou salário. A expressão — *ou de qualquer maneira legitimo superior ou inferior do agente* — é uma formula generica, que abrange todo aquelle que estiver em seryiço em que existam laços de dependência *legitima* entre superior e inferior na hierarchia. administrativa; taes são, os empregados de uma repartição publica" (Soares, 1910, p. 110-111, grifos do autor).

havia críticas doutrinárias sobre a opção de elencar no mesmo parágrafo relações familiares e vínculos de serviços.[22]

Nessa relação familiar, o tipo de vínculo não seria discriminante ou impeditivo, fossem a relação com os ascendentes ou descendentes de filiação natural, adulterina, incestuosa ou de espúrio. Todavia, apesar de o crime contra irmão ser hipótese agravante, o mesmo não era extensível aos sobrinhos: "A circumstancia do homicida ser sobrinho da victima não é aggravante do crime commettido. Tal circumstancia não está incluída no art. 39 § 9.º do Cod. pen. Acc. Supr. Trib. Fed., 31, Julho, 1901, *Dir*., v. LXXXVI, p. 563" (Soares, 1910, p. 111).

Quanto ao § 4º, sobre a motivação frívola, compreendia-se que essa reprovação deveria ser avaliada não pelo viés ético, mas sim jurídico e social, considerando a periculosidade do agente (Silva, A., 1930, p. 312). Por outro lado, em decisão da Câmara Criminal de São Paulo em 1903, foi considerado que "o motivo reprovado é elementar no crime de estupro", de modo que não consistiria em agravante (Faria, 1913a, p. 141; Siqueira, 1932, p. 510). Especificamente acerca da agressão de homens contra mulheres, já se conferia alto grau de reprovação da conduta:

> Egualmente, o que aggride uma mulher, sem consideração pela natural fraqueza do seu sexo, é, perante a consciencia publica, merecerdor do mais severo castigo do que aquelle que offende a outrem, nas mesmas condições de idade, desenvolvimento e força physica. [...] Taes delinquentes apresentam maior gráo de temibilidade que se demonstra pela indole perversa (Faria, 1913a, p. 141).

Todavia, reconhecia-se a possibilidade também a mulher ser a agressora, hipótese em que não seria aplicável a agravante[23], ou em casos práticos quando não se verificasse a "fragilidade" da mulher[24].

---

[22] Assim fundamenta Silva: "Entendeu o legislador patrio que, praticado o crime contra pessôas ligadas ao delinquente por certas relações de parentesco, superioridade ou subordinação, devia a pena ser aggravada. O desrespeito a taes relações, aos laços de amor, amizade, superioridade ou dependencia mantidos entre essas pessôas, pareceu-lhe motivo bastante para a aggravação. E a **essa idéa, por demais justa, nada se póde objectar**. Mas, por outro lado, foi o legislador muitissimo infeliz: – collocou na mesma paveia a relação do pae para com o filho, fundada em um dos sentimentos mais vehementes e imperecedores do coração humano, e a que se estabelece ephemeramente, como resultado de mera convenção, entre o amo e o criado, simples assalariado que passa, na bella phrase de·Scipio Sighele; emmolhou, como cousas de identico valor ethico e juridico, a relação estabelecida entre duas criaturas de sexos differentes pelo mais intimo e delicado dos élos –a communhão de affectos e de destinos, base moral do casamento, e a que se crea, por uma simples locação de serviços, entre o mestre e o discípulo. **Andou mal, reunindo em um mesmo paragrapho, como aggravantes, circumstancias de valor tão desigual**" (Silva, A., 1930, p. 329, grifos nossos).

[23] Segundo reconhece Silva, "A mulher é naturalmente mais fraca do que o homem. Ha, todavia, excepções, e não muito raras. Cumpre, pois, quando occorrer differença de sexo entre a victima e o autor do crime, averiguar de que lado se acha a mencionada superioridade. E' uma questão de facto. Deve ser -resolvida em cada caso particular" (Silva, A., 1930, p. 316).

[24] Por exemplo, no caso dessa decisão: "Não occorre a circumstancia aggravante da superioridade em sexo desde que a offendida é o que se chama uma *virago,* provocadora de rusgas e andando sempre armada. O que caracterisa a aggravante da superioridade em sexo é a fragilidade natural da mulher, que ocasiona inferioridade numa luta de

Por isso, cada caso deveria ser avaliado para se determinar a pena mais adequada, pois se trata de uma circunstância de natureza subjetiva[25]. Nos crimes que denominou de "violência carnal (arts. 266 e 268)", Silva compreende que "A superioridade em sexo e força constitue circumstancia elementar" (Silva, A., 1930, p. 318).

No concurso de várias agravantes e atenuantes, o art. 38 oferecia algumas regras sobre quais hipóteses deveriam prevalecer para o cálculo da pena final, norma sem correspondência no CCrim/1830, o que poderia levar a diferentes penas em situações semelhantes por falta de uma maior precisão das regras.

Além das causas denominadas dirimentes e as justificativas, o CP/1890 previa a possibilidade de extinção da punibilidade. Conforme Siqueira, segundo a doutrina francesa essa denominação do instituto também poderia ser chamada de escusa legal peremptória ou causa de impunidade, e, "Nestes casos especiaes, a lei impede a condemnação e escusa o agente, não porque não mereça ser punido, e sim por motivos ou razões de política criminal, [...]" (Siqueira, 1932, p. 353). Tratam-se de situações bem limitadas em que, mesmo se houver a condenação, o réu ficará isento de cumprir a pena que caberia ao crime que cometeu.

A fundamentação para tal regulamentação era o interesse social da família, de modo que não haveria como o agente reparar o dano se não fosse ele mesmo quem se casasse com a vítima. Ainda com relação à limitação dos crimes a que esse instituto se aplicava, pondera Siqueira que ao se reconhecer o interesse público e a função social da família, o certo seria aplicar esse benefício a todos os crimes sexuais, visando a reparação do dano da ofendida. Contudo, conforme se estudará, não foi essa a opção legislativa.[26]

---

modo a impossibilitar a defesa com probabilidade de repellir a offensa (**Accórdão do Sup. Tribunal de Justiça da Amazonas***,* de 4 de outubro de 1927)" (Siqueira, 1932, p. 516, grifos do autor).

[25] A esse respeito, Siqueira também explica a importância da análise concreta para que se verifique a aplicação ou o afastamento da agravante: "A mulher offendida póde, não obstante o seu sexo, repellir com vantagem o seu aggressor, e então não se comprehende que o sexo aggrave sempre o crime. Se o sexo colloca a offendida em posição inferior á do criminoso, como regularmente succede, dá-se uma circumstancia aggravante, mas bem se vê que a questão é de facto, e, por isso. só decidida em cada caso concreto (JOÃO BRAULIO DE VILHENA, MACEDO SOARES, JOÃO VIEIRA, etc.). E' a interpretação que tem prevalecido em nossos tribunaes" (Siqueira, 1932, p. 511-512).

[26] Explica Siqueira a correlação entre a família, os crimes sexuais e a extinção da punibilidade pelo casamento: "A razão eximente admittida na generalidade dos Codigos Penaes, isto é, a razão pela qual o casamento exclue a responsabilidade penal está na predominancia do interesse de familia, que é interesse publico prevalescente em relação á funcção social de tal instituto, e na vantagem politica de circumscrever o damno, incitando á reparação. Sendo taes os motivos que aconselham e justificam a eximente, bem se vê que ella deve ser applicada em todos os casos de delictos sexuaes (defloramento, estupro e corrupção de mulheres menores, em suas modalidades) e também nos de rapto de mulher honesta, pois que, por effeito de qualquer delles, soffre a mulheir egual damno na sua honra ou reputação — e não só para evitar a imposição da pena, como para impedir a sua execução. E, de facto, assim acontece na generalidade das legislações penaes. O Código pátrio, embora se refira explicitamente tão só *á imposição* da pena e aos delictos de *defloramento* e de *estupro,* não constitue excepção.
[...] (*Accord. da* 1.ª *Cam. da Corte de Appellação, de* 12 *de novembro de* 1929)" (Siqueira 1932, p. 486, grifos do autor).

A prática e as alterações sociais colocam em evidência alguns pontos de defasagem das normas. Em alguns momentos, as modificações bastam. Em outras situações, cogita-se a substituição de um Código por outro. E foi isso que ocorreu em 1941.

Já havia propostas de reforma do Código Penal pouco tempo após a entrada em vigor do CP/1890, a exemplo do Projecto n.º 250/1893[27] e de uma emenda remetida ao Senado em 1899. Araujo já comentava, porém, com ceticismo sobre quando essas alterações seriam efetivamente implementadas, comparando com a demora da aprovação de um Código Civil nacional. [28] Nesse movimento de atualização,

> Varias tentativas têm sido feitas para dotar o nosso país de outro codigo penal. Os projectos organizados em 1893 (proj. João Vieira) 2), em 1899 (proj. da Camara dos deputados) 3) e em 1913 (proj. Galdino) não lograram satisfazer as exigencias da opinião. Em 1910, em seu relatorio, escreveu o ministro Esmeraldino Bandeira: – "Dada a moderna orientação do direito criminal e a atentos os avanços da penologia contemporanea, não é possivel protrahir por mais tempo a elaboração de um novo codigo penal e a reforma do regimen penitenciario existente. Distanciado de muitos annos do aetual momento, o codigo que ainda vigora no Brasil carece urgentemente de ser substuido ..." (Silva, A., 1930, p. III).

Assim como imaginava Araujo, a substituição do Código Penal demorou, apesar das críticas, ocorrendo apenas em 1940. Na própria exposição de motivos já se referenciava a necessidade de modificação do CP/1890 desde logo.[29]

Desde então, o CP/1940 continua vigente, apesar das diversas modificações, com inclusão e supressão de crimes, bem como alteração de penas e novas privisões de causas de aumento e diminuição de pena. Embora se reconhecesse à época de sua positivação que muitos países codificados também adotavam leis especiais para melhor se adaptarem às políticas criminais, ainda não se considerava a suplantação completa de um Código Penal.[30]

---

[27] Este, também, não imune a críticas, com parecer atestado vícios de forma, de classificação, de doutrina, de penalidade e de inconstitucionalidade. Exemplifica-se um desses problemas mal escritos com o seguinte comentário quanto à redação: "Os arts. 189 e 190 foram tão obscuramente redigidos que, si não fossem as disposições similares do código de 1830, seriam indecifráveis" (Moraes; Santos; Monteiro, 1984, p. 33).

[28] Assim ponderou o autor sobre essas propostas normativas: "O plano do presente livro visando o estado do nosso direito criminal actual constltairá um commentarlo **antecipado** do faturo codigo nesta parte, si porventura, o Senado converter em lei o referido projecto [aprovado e remetido em 1899].
Não cremos, porém, que isto tão cedo aconteça, preterindo-se outras exigencias da tarefa legislativa, inclusive a do **código civil** que é obra muito mais urgente" (Araujo, 1901, p. III, grifos do autor).

[29] Conforme o primeiro parágrafo do referido documento: "Com o atual Código Penal [CP/1890] nasceu a tendência de reformá-lo. **A datar de sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e falhas**. Retardado em relação à ciência penal de seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as idéias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos puniveis" (Campos, 1941, p. [III]).

[30] Tema que, em decorrência da divergência doutrinária e por fugir ao objeto principal de análise, não será desenvolvido.

4.2 Hipóteses legais: o casamento como condição para não aplicação da pena

Existem algumas situações em que não há a sanção criminal mesmo após a realização de uma conduta que, em tese, constitui crime. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando há o perdão pelo ofendido nos crimes processados por meio de ação penal privada, o que extinguia a punibilidade. A graça e a anistia são institutos que decorre de um ato público (respectivamente, do Poder Legislativo ou do Presidente da República) em que há o perdão do crime ou ao agente, afastando a punição previamente estabelecida. Outro importante (e muito aplicado) meio de se afastar a punição do criminoso ocorria quando houvesse o casamento do agente com a vítima, o que ocorria nos crimes contra os costumes de viés sexual.

A extinção da punibilidade é um instituto previsto em lei a partir da qual o Estado deixa de exercer a pretensão punitiva. Ou seja, reconhece-se que há uma conduta antijurídica, sem a incidência de uma das causas da excludente de ilicitude, mas que por discricionariedade do legislador pode-se eximir o autor do crime de receber a sanção prevista pelo ato praticado. Por se tratar de situação especial, depende de regulamentação expressa.

A extinção de punibilidade já estava prevista nas Ordenações. A exemplo. O.F., L. V, T. XXXVI, § 1, sobre as "penas pecuniárias dos que mataõ, ferem, ou tirão arma da Côrte":

> E **estas penas não haverão lugar** no que tirar arma, ou ferir em defensão de seu corpo e vida, nem nos escravos captivos[31], que com pão, ou pedra, ferirem, nem na pessoa, que fôr de menos de idade de quinze anos, que com qualquer arma ferir, ou matar, ora seja captivo, ora fôrro, nem nas mulheres, que com pão, ou pedra ferirem, nem nas pessoas, que tirarem armas para estremar, e não ferirem acidentalmente, nem em quem castigar criado, ou discípulo, ou sua mulher, ou seu filho, ou seu scravo, ne, em Mestre, ou Piloto, que castigar marinheiro, ou servidor do Navio, em quanto stiverem sob seu mandado.
> Porém, se em castigando ferirem com arma, **não serão relevados das ditas penas** (Almeida, 1870c, p. 1187).

Ao invés de "extinção de punibilidade", diz-se que não haveria aplicação de pena, o que é a consequência da aplicação do instituto. A análise das Ordenações foi feita em capítulo próprio. Posteriormente, com relação à legislação portuguesa, o consentimento da vítima enquanto elemento de exclusão da punibilidade também se aplicava nos casos expressamente previstos em lei, conforme previsão expressa do art. 29.º, n.º 5.º do Código Penal português de 1886.

[31] O autor questiona que não haveria razão para distinguir os escravos cativos dos demais (Almeida, 1870c, p. 1187).

Nesse sentido, Caetano compreende que a fundamentação por essa opção legislativa não leva em consideração a finalidade da pena: “Esta doutrina perdia de vista o caráter público da punição: a pena aplica-se, não para vingar uma ofensa individual, mas por necessidade social em ordem à realização da Justiça” (Caetano, 1939, p. 299). Ou seja, o papel preponderante do Estado enquanto garantidor da ordem social se direcionava à reparação da honra. No mencionado Código, como exemplo de aplicação havia a previsão do benefício aos crimes de estupro (art. 392.º), rapto de mulher virgem com menos de 18 anos (art. 396.º), dentre outros (Caetano, 1939, p. 229).

O instituto da extinção de punibilidade não foi sistematizado desde o início, de modo que as hipóteses eram localizadas de modo esparso pelo Código. Além da influência religiosa nos casamentos, outra decorrência de questões morais e de bons costumes levaram à repressão e à tipificação de condutas chamadas crimes de carne, decorrentes de atos de pecado. Em alguns países, como na França, a criminalização ocupou-se de atos que lesionasse a sociedade produzindo danos visíveis e apreciáveis, embora se excetuasse a inclusão adultério por ferir a sociedade conjugal, a qual deveria ser regida pelo dever de fidelidade. Desse modo, inicialmente, notou

> LISZT que o Estado só presta attenção ás relações sexuaes fóra do casamento, quando e em tanto quanto se dá invasão, que importe offensa ou perigo, no circulo jurídico dos indivíduos. Isto póde dar-se em duas direcções: ou protegendo a *liberdade sexual,* a livre disposição da própria pessoa no tocante ao commercio sexual da violência, a que se equipara o abuso da inexperiência sexual, ou protegendo o *sentimento moral* do indivíduo (isto é, as idéas moraes associadas com o sentimento) contra a offensa resultante de acções de ontrem impudicas e escandalosas. A affinídade dos dois bens jurídicos, *liberdade sexual* e *sentimento moral,* e a homogeneidade das acções que offendem um e outro justificam a reunião de todos os crimes contra a moralidade em um só grupo (Siqueira, 1932, p. 422, grifos do autor).

Nota-se que à época não se considerava a possibilidade de que mesmo as relações sexuais dentro do casamento (e de outras formas de união de um casal) também poderiam se enquadrar em condutas tipificadas, notadamente, o estupro, quando a relação sexual ou outro tipo de ato libidinoso[32] fosse praticado sem o consentimento da outra parte.

No Brasil, a primeira sistematização da legislação penal ocorreu com o Código Criminal de 1830. A idade mínima prevista para responsabilização penal passou de 15 para 14 anos (art. 10, § 1º). Percebe-se, à época, como o escravo era visto como propriedade do senhor, o qual estava isento de pena (em regra) por castiga-lo. Ainda sobre relações de trabalho, situação

[32] Ou, nas palavras de Siqueira (1932, p. 422), o ato de cópula ou atos análogos à cópula ou de mera depravação moral.

semelhante se estendia os pilotos dos barcos com relação aos marinheiros. Já no âmbito familiar, fica nítido o poder do homem/pai/marido com relação à esposa e aos filhos.

A essas situações, aplicava-se o § 6º do art. 14, para o qual seria justificável o crime e não haveria punição "Quando o mal consistir no castigo moderado, que os pais derem a seus filhos, os senhores á seus escravos, e os mestres á seus discipulos; ou d'esse castigo resultar, huma vez que a qualidade d'elle, não seja contraria ás Leis em vigor" (Brasil, 1831, p. 3).

Na organização do CCrim/1830, os crimes praticados contra particulares eram tipificados após os crimes contra a ordem pública, o que nos demonstra o pensamento do Império em primeiro se ocupar dos crimes contra: o próprio Império, o livre gozo e exercício dos poderes políticos, a segurança pública e do Império, bem como a boa administração pública e atentados ao tesouro e ao patrimônio público.

Dentre as condutas que infligiam diretamente outros cidadãos, havia um capítulo específico para aqueles que atentassem a honra, o qual incluía: estupro, rapto, calunia e injúria. A seção III, sobre calúnia e injúria, se volta principalmente ao âmbito de autoridades públicas e em nenhum dos casos há previsão de extinção da punibilidade por meio do casamento, motivo pelo qual não será analisada.

Quanto ao estupro, havia distintas penas dependendo da idade da vítima, se houve cópula ou sedução, se se travada de mulher virgem ou não, ou de prostituta. Como visto, o CCrim/1830 não abordava na parte geral o uso do casamento como meio de extinção de punibilidade, contudo, na parte geral, era possível encontrar essa previsão legal.

Para melhor visualização da comparação entre os artigos que compõem as seções I (estupro) e II (rapto) dos crimes contra a segurança da honra, elaborou-se o seguinte quadro comparativo conforme a redação original:

Quadro 5 - Análise dos crimes contra a honra no CCrim/1830 (continua)

Art.	Ato cometido	Mulher virgem	Menção a deflorar	Pena de desterro	Pena de prisão	Pena de dote	Extinção pelo casamento?
219	Estupro (defloração)	Sim, menor de 17 anos	Sim, intrínseco ao tipo penal	1 a 3 anos (fora da comarca da vítima)	Não	Sim	Sim (art. 219)
220	Estupro (defloração)	Sim, vítima sob guarda ou poder do réu	Sim, implícito com a pena	2 a 6 anos (fora da província da vítima)	Não	Sim	Omisso, mas pela interpretação

							do art. 221, é cabível

Quadro 6 - Análise dos crimes contra a honra no CCrim/1830 (conclusão)

Art.	Ato cometido	Mulher virgem	Menção a deflorar	Pena de desterro	Pena de prisão	Pena de dote	Extinção pelo casamento?
221	Estupro (defloração)	Sim, parente que não admita casamento	Sim, intrínseco ao tipo pena	Degredo: 2 a 6 anos (para a província mais remota da qual reside a vítima)	Não	Sim	Sim
222	Estupro (com violência ou ameaça)	Não (mulher honesta)	Não	Não	3 a 12 anos	Sim	Sim, pelo art. 225
		Não (prostituta)			1 mês a 2 anos	Não	
223	Estupro sem cópula	Não	Não	Não	1 a 6 meses + multa	Não	Sim, pelo art. 225
224	Estupro (sedução)	Não necessariamente (mulher honesta menor de 17 anos)	Não	1 a 3 anos (comarca)	Não	Sim	Sim, pelo art. 225
225	Casamento extinguindo pena						Arts. 222, 223 e 224
226	Rapto com violência	Não (mulheres em geral)	Não	Não	2 a 10 anos + trabalho	Sim	Sim, pelo art. 228
227	Rapto por fraude	Sim, menor tutelada	Não	Não	1 a 3 anos	Sim	Sim, pelo art. 228
228	Casamento extinguindo pena						Arts. 226 e 227

Fonte: elaborado pela autora

Embora tenha redação diversa do art. 219 que já menciona como tipo penal "deflorar mulher virgem"[33], é implícita essa condição da vítima ao se interpretar a parte final do *caput*: "Art. 220. Se o que commetter o estupro tiver em seu poder, ou guarda, a defflorada" (Brasil, 1831, p. 28), bem como na redação da pena, considerando a expulsão para local diverso da província de deflorada. O mesmo se aplica ao art. 221, o qual tipifica o estupro cometido por parente da deflorada e que não se admita o casamento por vedação legal. Para a verificação se houve ou não a defloração, poderia ser realizado exame de corpo de delito, bem como outros elementos do conjunto probatório.[34]

O referido art. 220 é omisso quanto à extinção da punibilidade em caso de superveniente casamento entre a vítima e o agressor que exercesse poder ou guarda sobre ela. Contudo, o art. 221 trata do estupro em casos em que esse casamento não é possível: "Art. 221. Se o estupro fôr commettido por **parente** da deflorada em gráo, **que não admittta dispensa para casamento**" (Brasil, 1831, 28, grifos nossos). Desse modo, apesar da omissão normativa, deve-se interpretar as duas normas em conjunto para se atingir a *mens legis*.

Atualmente, aplicar-se-ia a interpretação ampliativa visando o resultado mais benéfico ao réu. Apesar de se considerar que, à época, ainda não havia ainda essa consolidação interpretativa[35], acredita-se, pelo contexto, que o art. 220 permitisse a extinção da punibilidade

---

[33] Um caso com condenação foi compilado por Tinôco, em uma situação em que o réu era casado, não podendo, pois, se beneficiar da extinção da punibilidade por meio do casamento com a vítima: "... A promotoria publica tem competência para dar queixa pelo crime de estupro commettido na pessoa de uma menor de 17 annos, orphã, que tem tutor. **O deflorador de mulher menor de 17 annos, sendo casado, é condemnado nas penas do art. 219 do Cod. Crim**. Sup. Trib. de Just. Rev. Crim. n. 2374. Ac. De 4 de Setembro de 1880. Recorrente — Frederico Eugenio Lossio Seiblitz, e Recorrida — a Justiça. Direito, vol. 23" (Tinôco, 1886, p. 400, grifos nossos).

[34] Um caso em que se verificam os outros elementos de análise foi julgado em 1878: "... Julgam improcedentes as razões do juiz de direito, para confirmar, como **confirmam, a sentença que absolveu o réo**, porquanto, se bem de bastante peso sejam taes razões, do processo resultam outras que podem ter conduzido o jury á decisão unanime. Assim, sendo o objecto da queixa, libello e pronuncia, o crime de defloramento, **o auto de exame e corpo de delicto prova de mais**; prova que Felicidade estava prenhe de sete mezes pouco mais ou menos. **E outra prova não ha de defloramento**. As **testemunhas**, referindo-se ao pai da paciente, a Eliseu, á Bemvinda e por fim á Jacyntha, são por estas contrariadas. **Accresce que não parece natural que Felicidade, moça honesta, como apresenta o processo, se deixasse violar pelo réo, homem casado e pobre, que não lhe podia reparar o mal pelo casamento ou pelo dote**, circumstancias que ella conhecia pela vizinhança e intimidade em que viviam as familias; **e no mesmo dia em que a mulher do réo deu á luz um filho**, como declarára Felicidade. Rel. da Côrte. Appel. Crim. n. 712. Ac. de 13 de Agosto de 1878. Appellante — o Juízo, e Appellado — Antônio de Azevedo Monteiro. Direito, vol. 17" (Tinôco, 1886, p. 400-401, grifos nossos).

[35] Nesse sentido, pondera Ramos Junior sobre a interpretação das leis penais: "Quaes são porem, ou devem ser, as regras de interpretação do direito penal?
Em nosso Codigo nenhum principio se encontra relativo a tão importante assumpto.
A necessidade da existencia de um titulo preliminar que regule matéria de tão transcendente valor para a jurisprudência, e que ainda hoje abstorve a attenção de eruditos escriptores, é conseguintemente intuitiva.
Não é esta uma questão de nossos dias. No seculo III as escolas dos Proculianos e dos Sabinianos por ella se debatiam, não admittindo aquella outa interpretação que não a grammatical, emquanto esta, acreditando que a razão da lei deve estar acima de seus textos, pugnava heroicamente pelo triumpho completo da interpretação logica.

pelo casamento, posto que quando houvesse vedação expressa à essa união, a hipótese aplicada seria a do art. 221, mais gravosa ao réu.

Por isso, a diferença da pena de desterro, embora mantenha o mesmo período, muda a distância: se é possível o casamento, significa que haveria menos proximidade entre vítima e réu, de modo que esse crime menos grave exige apenas que o agressor mude de província. Já no caso do art. 221, se não é possível o casamento, significa que o parentesco é muito próximo, o que seria visto como mais gravidade; por isso, a mudança do autor do crime deveria ser para o mais longe possível da vítima, o que visaria maior proteção à mulher.

Contudo, há outra diferença nessa sanção de afastamento. Assim consta na redação original das penas: art. 220: "desterro para fóra da Provincia, em que residir a defflorada"; e art. 221: "degredo [...] para a Provincia mais remota, da qual residir a defflorada" (Brasil, 1831, 28). Usam-se os termos "desterro" e "degredo". Contudo, essa distinção era aplicada especialmente na regulamentação portuguesa com uma diferença substancial. Afinal, o desterro era aplicado a crimes menos graves em que o condenado deveria ir para outra localidade dentro do país (mudança apenas de comarca ou província), enquanto que o degredo era uma sanção mais grave, geralmente para que a mudança ocorresse para fora do Império, normalmente para as terras ultramarinas. Desse modo, essa separação não teria como ser aplicada na legislação nacional, posto que o Império do Brasil não possuía colônias ultramarinas para execução dessa pena. Assim, acredita-se que a interpretação deva ser feita como instituto herdado das Ordenações, considerando-se, apenas, o afastamento mais severo, para o mais longe possível, embora dentro do próprio país.

Dentre os crimes de estupro, o art. 223 é o único que aborda qualquer ato libidinoso diferente da relação sexual. Nos demais casos, a diferença é quanto a característica da vítima (virgem, mulher honesta ou prostituta). A descrição do tipo penal, no primeiro caso, aborda apenas a "defloração", enquanto que no segundo e terceiro tipificações deixam clara a atitude

---

Se estudamos no direito Romanos qual foi a regra por elle seguida, ficava averiguado e fóra de toda a duvida ter vingado o principio adoptado por esta ultima escola, [...]. Assim Paulo escrevia a conhecida regra – *in penalibus causis benignus interpretandium est*. Hermogeneo a reproduzia do seguinte modo – *in interpretatione legum, pence molliendoe sunt potius quam esperandoe, e Ulpiano* ensinava que – *in ambiguis rebus, humaniorem sententiam sequi oportet*, bem como – *si utrius que legis crimina objecta suny, mitior lex erit sequenda*.
Desde porem que se estuda cuidadosamente semelhantes textos reconhece-se que tinhão elles por objecto não a interpretação das leis penaes, mas sim a applicação das penas, o que é sem contestação cousa essencialmente diferente" (Ramos Junior, 1875, p. VXI-XVII). Por isso, fez-se a observação da regra atualmente aplicada, embora se reconheça que já se buscava, por outros meios, consequências que fossem mais próximas à intenção do legislador, sem prejudicar o réu no âmbito criminal além do que fosse delimitado legalmente.

do autor:[36] “ter cópula carnal por meio de violencia, ou ameças, com qualquer mulher honesta” (art. 222) e “seduzir mulher honesta menor de dezessete annos, e ter com ella cópula carnal” (art. 224), este último com pena menor se, ao invés da mulher honesta (prisão de três a doze anos, mais sanção de dote) a vítima for prostituta (prisão de um mês a dois anos, sem a condenação por dote) (Brasil, 1831, p. 29).

O art. 223 encontra-se na seção do estupro e possui a seguinte redação: “Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dor, ou algum mal corporeo á alguma mulher, sem que verifique a cópula carnal” (Brasil, 1831, p. 29). Percebe-se que o legislador já reconhecia como estupro outras condutas diversas do ato sexual, utilizando de algum outro meio a vítima para satisfação da vontade libidinosa e ilícita do autor.[37]

Todavia, apesar da ausência da cópula carnal e de não se categorizar a vítima (deflorada, mulher honesta ou prostituta), ainda assim era permitida a possibilidade de extinção da punibilidade por meio do casamento pela previsão expressa do art. 225. O casamento deveria ser feito entre a vítima e o ofensor (Siqueira, 1932, p. 484).

Acredita-se que tal postura foi adotada por haver igualmente dano à mulher no âmbito moral (tanto no sentido atual, de atingir o psicológico ao invés do físico, mas também por atingir a moral adotada no código enquanto idoneidade), de modo que a conduta do autor poderia causar futuros danos à mulher no sentido de atrapalhar o casamento com algum outro homem em decorrência desse acontecimento.

---

[36] A violência é elemento essencial do tipo, conforme se depreende dos questionamentos feitos: “O juiz de direito deve formular os quesitos da maneira seguinte:
1.° O réo F... no dia ... e lugar ... deflorou a F... que era mulher virgem?
2.° A offendida era menor de 17 annos?
3.º O réo assim procedeu, empregando violência (ou ameaças) contra a offendida? Parece-me indispensável o 3.º quesito; porque, sem elle, negando o jury o 2.°, estaria o réo absolvido, quando podia estar incurso nas penas do art. 222, sendo aggravante a circumstanciado defloramento, na fórma do art. 17 do código, como déclarou o Aviso n. 512 de 5 de Novembro de 1862” (Tinôco, 1886, p. 400). Conforme a redação do art. 17, acredita-se que o autor remetia à terceira hipoótese: “Art. 17. Também se julgarão aggravados os crimes:
1.° Quando, além do mal do crime, resultar outro mal ao offendido, ou á pessoa de sua familia.
2.° Quando a dór physica fôr augmentada mais que o ordinario por alguma circunstancia extraordinaria.
3.º Quando o mal do crime fôr augmentado po alguma circunstancia extraordinaria de ignominia.
4.° Quando o mal do crime for augmentado pela natureza irreparável do damno.
5.° Quando pelo crime se augmentar a afflicção ao afflicto” (Brasil, 1831, p. 4).

[37] A exemplo da criticada desproporcionalidade de penas encontradas no CCrim/1830, menciona Araujo: “Aquelle primeiro codigo [o CCrim/1830] executado com jurisprudencia melhor não teria salientado na pratica os defeitos reaes que possue, sendo os mais notaveis a inutilidade das penas em alguns casos dos que nos occupa, a ponto de punir o attentado ao pudor (art. 223) com um a seis mezes de prisão simples (detenção) e não definir de modo mais harmônico com a sciencia medico-juridica e as conveniências da repressão crimes torpes e odiosos.
Si o codigo vigente [CP/1890] suppriu em parte as alludidas lacunas, o que poderia ter feito uma pratica inteligente sem prejuízo mesmo dos famosos *favorabilia amplianda, in dubio pro reo,* etc..., entretanto, fel-o de modo a justificar censuras fundadas em relação á doutrina, e, o que é imperdoavel, e em relação ás penas, o que é iniquo” (Araujo, 1901, p. 308).

Por fim, quanto aos crimes de rapto, o ato condenado é a retirada para fins de realização de atos libidinosos. Contudo, há duas situações distintas: no art. 226, a retirada da mulher pode ser de sua residência ou de onde se encontre com o emprego de violência; já no caso do art. 227, a característica da mulher é ser virgem ou reputada como tal, tirada da residência "de seu pai, tutor, curador, ou outra qualquer pessoa em cujo poder ou guarda estiver" (Tinôco, 1886, p. 409) por meio de afagos e promessas.

Em ambos os casos se inclui a pena de dotar a vítima. No segundo tipo penal, a vítima pode ser compreendida como mais vulnerável *per se*, mas com uma casa protegida por algum responsável e raptada por meio menos gravoso. Por isso, o legislador optou por prescrever pena menor a esse raptor (um a três anos de prisão, sem obrigação de trabalho).

Por outro lado, no primeiro crime, não se delimita qual o tipo da mulher vítima (se virgem, honesta, prostituta, etc.), mas não se pressupõe a segurança de onde se encontra (sua casa ou qualquer outro lugar) e considera-se um emprego de meio violento para esse rapto, motivo pelo qual a pena designada era mais gravosa (dois a 10 anos de prisão com trabalho).

Nesse caso, a situação pessoal da vítima não foi o elemento fundamental na delimitação da pena (afinal, em condições de igualdade, poderia se pressupor que, caso houvesse diferentes sanções, o legislador da época poderia tender a ser mais rigoroso com o rapto de mulher virgem e/ou menor), mas sim circunstâncias mais fáceis de serem verificadas, como o local de realização do ato e a atitude do criminoso, se foi mais ardiloso (promessa) ou violento.

Como críticas, menciona-se uma lacuna significante: a omissão às condutas de atentado ao pudor e de lenocínio, que foram tipificadas no Código seguinte (Siqueira, 1932, p. 423). Antes mesmo da substituição, alguns autores já se preocupavam com a necessidade de aproximação entre as normas positivadas e a aplicação feita pelos órgãos julgadores.[38]

Com a proclamação da república em substituição à monarquia, vide Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889 (Brasil, 1890b), iniciou-se um processo de reforma das antigas instituições e legislações imperiais, o que inclui a substituição do Código Criminal do Império de 1830 pelo Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil de 1890 (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890). Embora se buscasse em alguns momentos a ruptura com o sistema anterior vigente, muitas instituições foram mantidas, como a extinção de punibilidade para alguns crimes por meio do casamento com a vítima.

[38] Nesse sentido, reconhecendo a necessidade de atualização, justifica Ramos Junior a importância dos Códigos comentados, "[...] procurando, ao mesmo tempo harmonisal-o com a intelligencia que ao codigo têm dado juízes e tribunaes" (Ramos Junior, 1875, p. IX-X).

O CP/1890 manteve os valores patriarcais e moralistas e continuou o movimento de consolidação das causas de extinção de punibilidade, por exemplo, ao continuar a valorizar a restauração da honra das vítimas de crimes sexuais por meio do casamento. A fundamentação desses delitos são

> de ordem sociologica e psychologica, oriundas da necessidade de conservação da especie, da indeclinavel necessidade de defender aquelles principios que formam o que se póde chamar o *residuo* moral indispensavel filtrado através do *utilitarismo* collectivo e, bem assim, de razoes conceituaes de justiça no tempo e no espaço, [...] (Gusmão, 1921, p. 230, grifos do autor).

A sistematização dos crimes seguiu um roteiro semelhante ao do Código imperial, iniciando com crimes políticos e contra a ordem pública, posteriormente passando aos crimes cometidos contra particulares.

O título com os crimes contra a honra e boa fama se limitou a englobar calúnia e injúria, de modo que os crimes sexuais foram separados para outro título, "dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das familias e do ultraje publico ao pudor"[39]. O termo "estupro" foi substituído por "violência carnal" (arts. 266 a 269), manteve-se o crime de rapto (arts. 270 a 276) e acrescentou-se o de lenocínio. (arts. 277 e 278) Esses crimes possuem as seguintes características:

Quadro 7 - Análise dos crimes contra a honra no CP/1890 (redação original) (continua)

Art.	Ato cometido	Violência	Mulher virgem	Menção a deflorar	Pena de prisão	Pena de dote	Extinção pelo casamento?
266	Atentar contra o pudor	Sim, ou ameaças	Omisso	Omisso	1 a 6 anos	Não	Omisso/não (art. 276)
	Corrupção de menor (libidinagem)	Omisso					
267	Defloração de menor de idade	Não (sedução, engano ou fraude)	Sim, intrínseco ao tipo penal	Sim, intrínseco ao tipo penal	1 a 4 anos	Sim	Sim, pelo art. 275
268	Estupro	Implícito	Indiferente (honesta)	Não	1 a 6 anos	Sim	Sim, pelo art. 275 se mulher honesta
			Mulher pública ou prostituta		6 meses a 2 anos		

[39] Adotou-se o nome mais utilizado e encontrado em versões oficiais, embora houvesse variações nas versões consultadas, como a denominação "dos crimes contra os bons costumes e a ordem na família" empregada por Araujo (1901, p. 305).

269	Estupro	Sim	Indiferente	Não	3 a 12 anos	Sim	Sim, pelo art. 275 se mulher honesta
					1 mês a 2 anos	Não	
270	Rapto (fim libidinoso)	Sim, ou sedução ou emboscada	Indiferente (honesta)	Não	1 a 4 anos	Não	Omisso/não (art. 276)
			16-21 anos com consentimento	Se sim, pena + 1/6	1 a 3 anos		

Quadro 8 - Análise dos crimes contra a honra no CP/1890 (redação original) (conclusão)

Art.	**Ato cometido**	**Violência**	**Mulher virgem**	**Menção a deflorar**	**Pena de prisão**	**Pena de dote**	**Extinção pelo casamento?**
271	Rapto (fim libidinoso) e restituição	Omisso	Não necessariamente (mulher honesta menor de 17 anos)	Não	6 meses a 1 ano	Não	Omisso/não (art. 276)
					1 a 12 anos se não devolver		
272	(Presunção de violência)		Indiferente, menor de 16 anos				Arts. 266 a 271
273	(Causas de aumento de pena)				+ 1/6 ou + 1/4		Arts. 266 a 271
274	(Procedimento)						
275	(Prescrição da queixa)						
276	(Casamento extinguindo pena)						Arts. 267 a 269
277	Lenocínio	Não	Omisso	Omisso	1 a 2 anos	Não	Não
278	Lenocínio	Intimidação ou ameaça	Omisso	Omisso	1 a 2 anos + multa de 500$ a 1:000$000	Não	Não

Fonte: elaborado pela autora

Inicialmente, percebe-se a supressão da pena de desterro prevista no CCrim/1830. Em segundo lugar, pode-se parecer estranho a quem está acostumado com a sistematização de Hunrgria, a partir da qual se iniciam com os crimes mais graves, que o primeiro ato de violência carnal condenável seja o atentado contra o pudor, e não o estupro. Convém, então, averiguar a

crítica feita aos diferentes crimes de estupro e o modo como foram tipificados. Isso porque, segundo Araujo,

> Em relação aos crimes de **estupro** o parecer não attendeu que todos os projectos, calcados aliás sobre o primitivo, definem nitidamente as varias figuras, confusas e diffusas no código vigente, que confunde até com o **genero** as **especies** ou antes figurando estas sem genero que as comprehenda e de modo tão desordenado que o **attentado** ao pudor, a **offensa** ao pudor e o que lhe aprouve chamar e definir de *estupro* se confundem, parecendo que especies mais graves são punidas com penas menores e vice-versa, artigos 266 a 268.
> O codigo vigente considera como violenta a offensa ao pudor de pessoa de menor idade, sem duvida menor de 21 annos.
> E refere-se ainda à essa menoridade como extremo do defloramento.
> Quasi tudo isso está notado com as lacunas preenchidas no projecto de 1893 (Araujo, 1901, p. 315, grifos do autor).

Aqui se percebe o que alguns doutrinadores mencionavam como um dos problemas do CP/1890: a desproporcionalidade das penas. Isso porque a maioria das situações dos crimes de estupro tinham sanções iguais ou menores do que o ato de atentado ao pudor, o qual não pressupunha a conjunção carnal - que, se houvesse e fosse sem o consentimento da vítima, se enquadraria no tipo penal do estupro, sujeita a uma sanção menos grave. Essa crítica manteve-se pertinente às propostas legislativas, pois, segundo Araujo:

> Em relação aos crimes de **estupro** *o* parecer não attendeu que todos os projectos, calcados aliás sobre o primitivo definem nitidamente as varias figuras, confusas e diffusas no codigo vigente, que confunde até com o **genero** as **espécies** ou antes figurando estas sem genero que as comprehenda e de modo tão desordenado que o **attentado** ao pudor, a **offensa** ao pudor e o que lhe aprouve chamar e definir de **estupro** se confundem, parecendo que especies mais graves são punidas com penas menores e vice-versa, artigos 266 a 268 (Araujo, 1901, p. 315, grifos do autor).

No caso de defloramento e estupro, era possível se reconhecer a tentativa. Contudo, o mesmo não se aplicava ao atentado ao pudor, pois, "o simples começo de execução fere e attaca logo a dignidade da mulher" (Soares, 1910, p. 541).

Assim dispunha o referido art. 266: "Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencia ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral" (Faria, 1913b, p. 326). A violência ou a ameaça deveriam ser efetivas, e não presumidas, fossem de natureza física ou moral.

Desse modo, então, o CP/1890 distinguia em duas diferentes gravidades: o estupro é a conjunção carnal ilícita, nos mesmos moldes do CCrim/1890, e, apesar disso, sujeito na maioria dos casos a penas iguais menos altas; por outro lado, a conduta de realização de qualquer outro ato libidinoso, por supostamente se restringir ao constrangimento do pudor da vítima, em sujeitaria o autor a uma pena mais gravosa, mas não é o que se percebe. Desse modo, o elemento

fundamental a ser verificado, nesses critérios, é se houve ou não a cópula consumada, posto que o legislador não previu a sua modalidade tentada (Araujo, 1901, p. 320).

Acredita-se que esse seja o motivo de se considerar tamanha importância quanto aos meios de provas, visando maior segurança da comprovação da consumação da conjunção carnal:

> Nos delictos contra a segurança da honra a materialidade do facto deve ser verificada pela inspecção em exame, [...], e não por declarações da offendida.
> As declarações d'esta, consideradas suspeitas, não constituem prova da autoria do delicto, que só pode resultar das provas colhidas no processo (Acc. do Trib. de Justiça de S. Paulo, de II de Novembro de 1892. Gazeta Juridica de S. Paulo vol. 1, pag. 45.) (Faria, 1913b, p. 374).

Embora o estupro possa ser cometido contra homens ou mulheres, o CP/1890 restringiu-se a tipificar nos arts. 268 e 269 o estupro contra mulheres.[40] Por conta dessa restrição, entendia-se que "A **superioridade em fôrça** é elementar nos crimes previstos nos arts. 266 e 268, do Código Penal (**Accórdão do Sup. Tribunal de Justiça de São Paulo***,* de 16 de outubro de 1900)" (Siqueira, 1932, p. 515, grifos do autor), não constituindo, pois, circunstância agravante da pena. Do mesmo modo, era considerado elementar a superioridade do sexo no crime de defloramento.[41] Explica Siqueira a origem do termo empregado:

> Defloramento ou desfloramento, defloração ou desfloração vêm do verbo deflorar ou desflorar, por sua vez derivado do latino *deflorare,* que cm sentido próprio significa tirar a flor, e translato: violar a virgindade ou desvirginar uma donzella. Neste sentido, como effeito da acção do homem pela copula, o defloramento é o attentado contra a honra de uma mulher virgem, em virtude do qual ella perde essa qualidade (Siqueira, 1932, p. 439).

Por isso, tecnicamente e de acordo com a intenção do legislador da época, o art. 267 não se trata de estupro, mas sim da relação sexual com mulher virgem cujo consentimento foi viciado por meio de sedução, fraude ou engano.[42] Percebe-se a linha tênue da intervenção do

---

[40] Em comparação com outras legislações, adotou-se o mesmo que alguns outros países, "[...], seguindo assim o cod. portuguez art. 392 e a sua fonte o cod. francez, art. 332, imitado pelo cod. belga, art. 375, ao contrario do cod. ital. que comprehende um e outro sexo.
Conforme Blanche, o estupro, *viol,* consiste no facto de abusar de uma mulher sem a participação da sua vontade. Ou, como dizem Chauveau e Hélie, este crime contém em si mesmo a sua própria definição. Entende-se por *viol*, segundo Jousse, toda conjuncção illicita commettida por força e contra a vontade de uma pessoa. Os dous elementos do crime são pois o commercio illicito e a violência" (Araujo, 1901, p. 320).

[41] Conforme decisão: "A circumstancia da **superioridade em sexo** não póde ser aggravante no crime de defloramento: é circumstancia elementar (**Accórdão da Câmara Criminal de São Paulo***,* de 4 de fevereiro de 1904)" (Siqueira, 1932, p. 515, grifos do autor).

[42] Assim explica Soares: "Defloramento, define o dr. Viveiros de Castro, *Delictos contra a honra da mulher,* p. 37, é a copula completa ou incompleta com mulher virgem, de menor edade, tendo, na grande maioria dos casos, como conseqüência o rompimento da membrana hymen, **obtido o consentimento da mulher por meio de seducção, fraude ou engano**. São elementos do crime: 1° a copula com mulher virgem; 2º que esta virgem seja de menor edade; 3º que o seu consentimento fosse obtido por meio de seducção, fraude ou engano. Os dois primeiros elementos são materíaes, o terceiro é moral" (Soares, 1910, p. 536, grifos nossos).

Estado nas condutas pessoais: o ato sexual consentido poderia constituir crime caso a vítima fosse virgem e alegasse que, naquela situação, que houve vício no seu consentimento.

Trata-se de uma situação que cruza a linha do estupro, mas foi tipificado de modo separado em decorrência da relevância atribuída à virgindade da mulher.[43] Considera-se que houve um consentimento, mas que não teria ocorrido caso a verdadeira intenção do réu fosse conhecida pela vítima. Desse modo, mais importante que a situação da mulher (virgem ou não), é o consentimento (sua ausência ou vício) que definiria atribuição do tipo penal entre defloramento e estupro. [44]

De modo semelhante, a depender do resultado, diferente tipificação poderia ser estendida: "Si a corrupção com actos de libidinagem, e ofensas ao pudor equiparaveis (art. 287)[45] (c. p. art. 266) dão lugar a lesões ou a morte, já não se trataria de taes figuras, mas de estupros e attentados ao pudor (arts. 284 e 285) (c. p. arts. 266 e 268)" (Araujo, 1901, p. 312). Considera-se relevante o fato de já se reconhecer que o crime de atentado ao pudor poderia ser cometido nas relações conjugais (Faria, 1913b, p. 328).

A menção de alguns crimes quanto à menoridade ou não da vítima se fundamenta em saber se era possível que ela consentisse com o ato ou não. Caso fosse menor e não tivesse atingido a idade para se requerer o suplemento de idade, seria o caso de estupro. Trata-se de presunção legal (*juris et de jure*) de que "Taes pessoas são consideradas inconscientes, como não se podendo defender, devido á fraqueza intellectual e incompleto desenvolvimento physico" (Faria, 1913b, p. 340).

---

[43] Para não fugir ao escopo do trabalho, recomenda-se que possa ser aprofundada em Siqueira a discussão sobre como comprovar e considerar se houve o defloramento ou não, quais características devem ser consideradas e quais os desafios práticos. Como conclui o autor, "'As lições medico-legaes sobre-o defloramento convencem apenas que de um elemento tão duvidoso não se deveria ter feito condição constitutiva do crime. Entre nós, o sábio professor de medicina legal na Faculdade de Medicina da Bahia, o DR. NINA RODRIGUES, tem provado quanto são difficeis de resolver as questões que se ligam ao defloramento pela propria complexidade dellas. mesmo sob o ponto de vista anatomico, conforme as interessantes publicações do insigne autor, no paiz e no extrangeiro. Mada disto, porém, suffraga a interpretação centraria, porque o objectivo, o escopo do crime é a defloração; o coito, a conjuncção carnal é o meio que póde acarretar aquella completa *consummação,* incompleta, *tentativa,* ou nem incompleta, pelo menos sem prova certa da pericia.' Fundamentam este modo de encarar o texto legal, argumentos de valia. Sustentamos que o nosso legislador de 1830 tomou a defloração na acepção material, como ruptura do hymen. inspirando-se na intuição popular, que imperava como ainda impera" (Siqueira, 1932, p. 442-443).

[44] Segundo explica Soares, "Esse conceito, a falta de vontade na mulher, assignala a differença entre o defloramento e o estupro. No defloramento a mulher consente, ainda que esse consentimento fosse obtido pela seducção, pela fraude, pelo engano. No estupro a mulher é subjugada, *violata non domita,* [...]. Demais o defloramento, somente se dá em mulheres virgens, de menor edade. O estupro, o goso á força, poda realizar-se em mulheres maiores, virgens, casadas, viuvas, até mesmo prostitutas. A subjugação dá mulher pode ser effectuada pela violência physica, pela violencis moral, pela fraude, no somno, pela sua incapacidade em consentir, pelo emprego de meios que aniquilem a vontade" (Soares, 1910, p. 540).

[45] A consideração de ato libidinoso ou não dependeria da análise concreta. Segundo Faria, "O acto ou actos de libidinagem consideram-se todos aquelles que forem proprios a offender o pudor do menor, a alterar a sua innocencia, quer como victima, quer como instrumento" (Faria, 1913b, p. 329).

A partir dos 16 anos, o consentimento da vítima poderia ser considerado na análise do crime. A prova da idade poderia ser feita por meio de "certidões ecclesiasticas ou de registro civil, de justificações ou do exame medico-legal" (Faria, 1913b, p. 331). Desse modo, é possível considerar que a maioridade em âmbito penal para as vítimas seria atingida aos 16 anos completos, e não aos 21.[46] Conforme Soares,

> Assim, porem, se deve entender, nos termos do Codigo, isto é, não haverá criminalidade, se a mulher fôr maior de 21 annos, pois a menor edade, a que se refere ao art. 267, é até 21 annos. Dessa edade em diante, salva a hypothese do estupro, presume-se o consentimento. Aos 16 annos, porem, é permittida à mulher requerer supplemento de edade. N'esta hypothese, deflorada a mulher, deve ser punido o seu deflorador?
> Pela negativa, responde o dr. Viveiros, porque o Cod. penal teve em vista proteger a inexperiencia, a ingenuidade dos menores contra as seducções, o engano, as fraudes do homem. Ora, estas mulheres que obtêm supplemento de edade, nem são menores, nem precizão da protecção da lei, porque dispensaram-na' (Soares, 1910, p. 358).

Pela ótica atual, discorda-se da parte final, pois mesmo que a mulher obtenha o suplemento de idade e mesmo que seja maior de idade, não seria dispensável a proteção legal no caso de atos sexuais sem consentimento – o que, aliás, não deve ser restrito às mulheres, aplicando-se também aos homens quando houver a violação de seu consentimento.

Essa sedução era dividida em ordinária, quando se ofereciam presentes ou se implorava pelo suposto consentimento, e criminosa, sendo o exemplo mais comum a promessa de casamento com alguns requisitos: essa promessa deveria ser "formal e séria, anterior ao concubito, segundo ensinão os práticos; nenhum valor tem se foi feita no acto deste para o fim de obtel-o, ou depois deste, porem, antes do concubito, que produzio a fecundação da mulher" (Soares, 1910, p. 358).

Afinal, caso a promessa posterior, por incoerência lógica, não seria possível alegar que a relação ocorreu de modo viciado sob a justificativa da falsa promessa de matrimônio. Nesse sentido, a simples realização de um ato religioso ou a simulação de um casamento civil poderiam configurar o engano ou fraude (Faria, 1913b, p. 333).

Enquanto o art. 269 trazia a definição legal de estupro[47], o art. 268 diferenciava as penas quando se tratava de "mulher virgem ou não, mas honesta" (prisão de um a seis anos) ou de "mulher publica ou prostituta" (prisão de seis meses a dois anos).

---

[46] Esse mesmo entendimento é compartilhado por Siqueira (Siqueira, 1932, p. 446-447).

[47] Assim dispunha em sua redação original: "Art. 269. Chama-se estupro o acto pela qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.
Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcóticos" (Soares, 1910, p. 540).

Sobre as prostitutas, justificava-se o fato de já terem realizado atos sexuais como algo que não consistiria em tamanha gravidade na consideração da pena. Afinal, segundo explica Araujo, "[...], o crime apresenta menor intensidade criminosa, si a pessoa sujeita á libidinagem, por ter já antes feito mercado do seu corpo, é considerada privada do pudor e da honra — cod. pen. art. 268, § 1" (Araujo, 1901, p. 319).

Na mesma linha compreendia Castro, em que delimita o estupro como o ato cometido contra mulheres virgens ou viúvas de conduta honesta que foram seduzidas com a expectativa e a promessa de casamento.[48] Inclusive, essas mulheres nem foram levadas em consideração em todos os crimes:

> No § 1° do mesmo art. 268, o cod. contempla, ao contrario, outro caso, em que a estuprada for uma mulher publica ou prostituta, mas esqueceu também de applical-a ao art. 266, talvez suppondo que uma meretriz não seja passivel de tal crime, caso em que então elle entre nós é impune, o que constitue uma immoralidadc da parte do legislador, attento o alcance da disposição (Araujo, 1901, p. 324).

Quanto aos crimes de rapto[49], a existência de violência era presumida sempre que a vítima fosse menor de 16 anos (art. 272). Caso ela tivesse entre 16 e 21 anos, mesmo que consentisse com essa fuga/rapto (rapto consensual, em contrariedade ao denominado rapto impróprio) (Soares, 1910, p. 544), o réu também estaria sujeito ao cumprimento de pena, embora menor (art. 270, redução de um ano na pena máxima em relação à regra geral do *caput*). A pena estabelecida abrangia apenas o ato do rapto, pois se houvesse também o defloramento ou estupro da vítima, a pena seria à correspondente a esse crime cometido com o aumento de 1/6 (art. 270, § 2º).

Do mesmo modo, se houvesse apenas o rapto, mas não se cometesse nenhum outro crime sexual (que atentasse contra o pudor ou a "honestidade" da mulher), estabelecia-se pena

---

[48] Castro, 1897, p. XI.

[49] Araujo pondera sobre a opção legislativa do título no qual os crimes de rapto foram inseridos: "[...] a que se refere á sua **classificação** a respeito da qual os escriptores e as legislações não estão muito de accordo. Em dous partidos se dividem os contradictores. Um é o daquelles que pretendem collocar o rapto entre delíctos que **offendem o pudor**, e esta opinião apoia-se sobre o critério de que este delicto lesa a integridade moral do sujeito passivo, tira-lhe sem o seu consentimento a castidade corporea, pois que, dizem elles, para ser punivel deve realizar-se com o fim da libidinagem.

O outro partido o colloca entre os crimes **contra a liberdade individual**. Estes sustentam não se poder collocal-o entre os delictos contra o pudor, porque si de facto foi praticado com o fim de matrimônio, nenhum pudor fica offendido, e si o fim fosse a libidinagem, não seria sinão uma aggravante da violência carnal. Não póde ser collocado entre os crimes contra a ordem das famílias, porque não é necessario que a raptada não seja livre por si mesma ou não tenha família para que o crime exista. Não póde estar emfim entre os crimes contra a moralidade individual, porque para ter-se o crime, não é necessária violação alguma da pudicicia ou do pudor, como seu elemento, nem o facto somente da abducção ou da retenção implicam uma violação de tal natureza. Depois de todas estas exclusões, concluem pela collocação delle entre os crimes que offendem a liberdade individual, quando o pudicicia não tenha sido offendida, ou a integridade moral da mulher não tenha sido violada" (Araujo, 1901, p. 345-346, grifos do autor).

menor no caso de libertação dessa vítima, seja com a recondução à residência de onde foi retirada ou sua colocação em lugar diverso, porém seguro (art. 271).

Por outro lado, pela redação conferida aos dispositivos, somente a mulher honesta que fosse raptada levaria à condenação do autor, posto que se reconheceu a omissão legislativa com relação às prostitutas. No caso dessas mulheres, o rapto não era condenável, apenas possíveis atos de estupro estariam sujeitos à penalização, com base no art. 268, § 1º (com pena reduzida com relação ao estupro de mulher honesta).[50]

O art. 273 estabelecia um rol taxativo (Soares, 1910, p. 551) para incidência do aumento da pena para os crimes dos arts. 271 e 272:

> Art. 273. As penas estabelecidas para qualquer destes crimes serão applicadas com augmento da sexta parte:
> 1º, si o criminoso for ministro de qualquer confissão religiosa;
> 2º, si for casado;
> 3º, si for criado, ou domestico da offendida, ou de pessoa de sua familia.
> E com augmento da quarta parte:
> 4º, si for ascendente, irmão ou cunhado da pessoa offendida;
> 5º, si for tutor, curador, encarregado da sua educação ou guarda, ou por qualquer outro titulo tiver autoridade sobre ella.
> Paragrapho unico. Além da pena, e da interdicção em que incorrerá tambem, o ascendente perderá todos os direitos que a lei lhe confere sobre a pessoa e bens da offendida (Araujo, 1901, p. 358).

O maior aumento foi conferido a pessoas mais próximas da vítima, o que significaria que abusaram da confiança que essa lhes depositava ao cometer esse ato. Segundo Faria, essa autoridade do § 5º não era derivada da lei, mas de circunstâncias pessoais, como a relação entre padrasto e enteada, do amasiado em relação às filhas de sua concubina e o tio com relação à sobrinha (Faria, 1913b, p. 341). Soares reconhece, ainda, uma lacuna: em que pese a menção ao irmão no § 4º, o incesto, por si só, não era considerado crime, de modo que havendo o consentimento, não seria um ato jurídico ilícito.[51]

---

[50] Acerca desse tema, analisou Araujo que: "O nosso Codigo Penal, não referindo nunca o rapto á meretriz, como fizeram os projectos de revisão, de 1899, art. 284, tornou impune o facto e talvez de modo absoluto, porque, tratando-se de fim libidinoso e não estando previsto o caso neste titulo, entrará em duvida si poderá ser classificado no titulo dos crimes contra a liberdade pessoal praticados por outros moveis ou com outros escopos que não os do presente titulo.
A lacuna sciente e consciente não se justifica ante a doutrina, como acabamos de vêr, e é simplesmente immoral.
A solução do caso pelo Codigo é esta sobre a meretriz: Si uma meretriz fôr raptada, o autor do facto não commette crime algum. Si entretanto seguir-se o estupro, elle incorrerá no art. 268 com a attenuante do § 1º do mesmo artigo" (Araujo, 901, p. 360, grifos nossos).

[51] Acerca dessa lacuna, o autor explica que "o incesto não constitue isoladamente um crime, pois se a mulher for maior, se a copula effectoar-se sem o emprego de violencias, de seducção, engano ou fraude, e sim com o seu consentimentolivre e espontaneo, a lei não se preoccupa desta aberração. [...] Não se diga, porem, que a figura do incesto não existe, porque ella surge como forma aggravada do defloramento ou do estupro quando commettido por pessoas em que existe laços de sangue e parentesco que impedem o casamento, tanto pela lei civil, como pela lei canonica. Mas **o incesto, só apparece punivel pelo nosso Codigo, quando a offendida for menor de 21**

Os arts. 274 e 275 tratavam de aspectos processuais. No primeiro caso, elencavam-se as situações em que haveria "logar o procedimento official de justiça", o que poderia ser interpretado nos moldes atuais como situações em que haveria a participação do Ministério Público: se a vítima fosse pessoa miserável[52] ou acolhida em instituição de caridade (1º), se a violência sexual resultasse em morte, risco à vida ou comprometimento sério da saúde da vítima (2º), ou se o crime fosse cometido com abuso da autoridade paterna ou do poder conferido ao tutor, curador ou educador (3º).

No primeiro caso, reconhecia-se que a falta de meios financeiros para processar não poderia ser impedimento, afinal, já bastava ter sido vítima do crime. No segundo caso, há situações em que a própria vítima não poderia se defender e continuar com a persecução penal. Já no terceiro caso, como o agente exercia autoridade sobre a vítima, pressupõe-se que não haveria um responsável legal que poderia auxiliá-la, posto que a quem incumbia essa defesa era justamente a pessoa processada.

Já o art. 275 estabelecia o prazo prescricional da queixa privada em seis meses, com o termo inicial no dia do acontecimento do crime. Ou seja, não aplicava aos crimes de ação penal pública, cuja denúncia era de incumbência do Ministério Público.

Quanto ao modo de sua atuação, Soares menciona divergência doutrinária se deveria ser *ex officio* ou se caberia à vítima decidir se o processo deveria prosseguir, especialmente por conta das consequências como o interesse das famílias, a dificuldade de provas e a decisão da vítima. Por outro lado, havia a defesa de que deveria ser sempre uma ação penal pública, e não um mero direito da ofendida (Soares, 1910, p. 552-553). Pela interpretação da lei, entende-se que seriam situações de ação penal privada limitadas aos casos explicitamente elencados pelo Código (ex. arts. 275, 277, parágrafo único, e 281, abordado no tópico sobre adultério).

---

annos no caso de defloramento, ou no de estupro, seja ella menor ou maior de 21 annos" (Soares, 1910, p. 551, grifos nossos). Em que pese a parte final, se o incesto era apenas punível nos casos de defloramento ou de estupro, mas sem qualquer restrição de idade, a condenação não ocorreria pelo incesto, mas pelo tipo penal cometido - defloramento ou estupro, afinal, não seria legítima a tipificação de uma conduta que não fosse positivada por meio de uma interpretação ampliativa que prejudicasse o réu.

[52] Acerca da miserabilidade, Faria explica como deveria ser interpretada: "Vide Aviso n. 377 de 30 de Agosto de 1865. **Considera-se pobre** (miseravel), **em sentido juridico, toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer em Juizo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despezas do processo, sem privar-se de recursos pecuniarios indispensáveis para as necessidades ordinarias da propria manutenção ou da familia** (Dec. 2.457 de 8 de Fevereiro, de 1897 art. 2.) O sentido juridico da miserabilidade não é, pois, o de indigencia, e, sim, o de pobreza, na fórma do citado decreto de 1897 e do Aviso n. 377 de 30 de Agosto de 1865, sob consulta do Conselho de Estado, firmado por Nabuco. A prova da miserabilidade incumbe ao offendido, que a allega em seu proveito, podendo ser impugnada pelo accusado, nos termos do citado aviso de 1865. A prova pode ser de qualquer genero, tanto para a allegação da miseria pela offendida, como para a impugnação pelo accusado. **A miserabilidade da offendida é questão de facto e deve ser submettida em quesito ao Conselho de sentença** (Acc. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 17 de Agosto de 1898. Gaz. Jur. de S. Paulo vol. 19 pag. 320.)" (Faria, 1913b, p. 342, grifos nossos).

Por fim, o art. 276 estabelecia que nos crimes de defloramento e de estupro de mulher honesta caberia, além das penas já mencionadas, a condenação pela dotação da vítima. O modo do dote foi tema regulamentado em legislações específicas para alguns casos:

> Av. n. 464 de 23 de Outubro de 1860—O menor de 14 annos, que deflora virgem menor de 17 annos, apenas póde soffrêr a pena correccional do Art. 13 do Cod. Crim.; quanto ao *dote,* o menor de 17 annos, com mais de 14 annos, está obrigado á satisfazel-o integralmente.
> Lei n. 1217 de 7 de Julho de 1864—Estabelece a *dotação* de Suas Altezas Impperiaes, quando houver de realisar-se o seu consórcio.
> Av, n. 262 de 17 de Julho de 1865—Sendo o *dote* uma verdadeira satisfação do mal causado pelo delicto do Art. 219, e outros do Cod. Crim., o modo de tornal-o effectivo é o do Art. 68 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, explicado pelo Av. de 18 de Outubro de 1854; recorrendo-se, no caso da deficencia do réo para pagamento do *dote,* ao que estabelece o Art. 32 do citado Cod.
> Lei n. 1904 de 17 de Oatubro de 1870—Estabelece para Sua Alteza D. Izabel, nos termos do respectivo contracto matrimonial, um *patrimônio* em terras nas Provincias de Santa-Catharina e Sergipe.
> Lei n. 1905 da mesma data—O mesmo para Sua Alteza D. Leopoldina, sendo o *patrimonio* em terras nas Províncias do Paraná e Espirito-Santo (Freitas, 1876, p. 101).

Apesar de o cumprimento da pena criminal ser pessoal, foi reconhecido que a repração por meio do dote poderia ser realizada pelos herdeiros do ofensor.[53] Embora o CP/1890 não restringisse o estado civil, mencionando as mulheres defloradas ou honestas, há parte da doutrina que entendia que as destinatárias dessa norma seriam apenas as solteiras ou viúvas[54]. Não estendeu o legislador essa dotação ao crime de rapto:

> O nosso código, entretanto, sem razão alguma, exclue o **raptor** da obrigação de dotar a offendida; o que só faz o direito portuguez.
> O Codigo Criminal anterior, fonte próxima do actual estendia a mesma obrigação ao rapto.
> A fonte do codigo anterior foi o antigo direito portuguez, isto é, a Orden. do Liv. 5º tit. 23 e Alvará de 6 de outubro de 1784 § 9º (Araujo, 1901, p. 365, grifos do autor).

Segundo Faria, não se tratava de pena, mas sim um meio de satisfação do dano, e por isso mesmo, o procedimento de exigibilidade do cumprimento deveria ser feito em ação civil, já que se tratava de coisa julgada, sem possibilidade de rediscussão da indenização (Faria,

---

[53] Nesse sentido, decidiu-se: "Si no caso de defloramento, o dote é a reparação do damno especial causado por esse delicto, a quem ficam sujeitos os bens do delinquente, não ha razão para affirmar-se que a obrigação de dotar a offendida não passe aos herdeiros do offensor. A indemnisação do damno e, portanto, do dote, não é pessoal, não desapparece com a pessoa do delinquente, tanto que a lei penal manda regulal-o pelo direito civil (*Sentença, pasada em julgado, do Juiz de Direito de São Luis* (Maranhão), *de 2 de Julho de 1898*)" (Costa, E., 1916, p. 228).

[54] Essa restrição é analisada por Araujo: "O dote tem logar quando a mulher offendida é solteira ou viuva. Isto se concebe bem. Sendo casada, seria repugnante que se fallasse de dinheiro entre seu marido e o offensor. Quiçá poderá haver, quiçá haverá n'outras sociedades, congratulamo-nos que na nossa não haja-a" (Araujo, 1901, p. 368).

1913b, p. 345). Embora não restitua o *status* da virgindade à mulher e restaure sua honra, buscava-se reparar o prejuízo financeiramente, o único modo que seria possível.[55]

Além disso, o parágrafo único do referido art. 276 elencava a possibilidade de ser reconhecida a extinção de punibilidade por meio do casamento. Apesar da omissão legislativa, compreendia a doutrina se referir somente ao casamento entre a vítima e o ofensor, embora se houvesse partícipes, a extinção da pena seria atribuída a estes também (Siqueira, 1932, p. 484).

Afinal, permitir que o casamento fosse realizado com terceira pessoa permitiria que pessoas mais ricas e poderosas se utilizassem dessa exceção mais de uma vez, conquanto conseguissem o consentimento da vítima e dessa outra pessoa em se casarem. [56]

Nesse sentido, reconheceu-se que se houvesse o casamento da vítima com terceira pessoa, não seria justificativa suficiente para afastar a atuação do Ministério Público (nos casos cabíveis) e a continuidade das investigações.[57]

---

[55] Pera compreender a intenção do legislador, elucida Castro: "Uma moça solteira, honesta e digna, é acatada e considerada na sociedade, convive com as familias, impõe-se no respeito dos homens, mantem justas e legitimas aspirações ao casamento, póde mesmo, se tem habilitações, dedicar-se ás profissões liberaes, aos empregos publicos. Seduzida, deshonrada, perde todas essas considerações e vantagens, aspera e difficilima se lhe torna a luta pela vida; e tudo isto é devido·á culpa de um homem. Obrigando pois o seductor a dotar a seduzida, o Codigo Penal não consagrou uma medida immoral, o preço e pagamento da honra, como diz o dr. Souza Lima; e sim a justa e devida reparação do mal causado; a indemnisação do prejuízo·soffrido, o meio de minorar os soffrimentos e as difficuldades que a seducção traz á seduzida.
Não é possível fixar regras para o valor do dote. Como muito bem diz Pacheco, esse valor varia segundo o caso occorrente. Os tribunaes devem ter principalmente em consideração a· fortuna do seductor, a classe e as circunstancias da mulher seduzida" (Castro, 1897, p. 270-271).

[56] Essa foi a fundamentação utilizada em decisão de 1919: "O paragrapho unico do art. 276 do Cod. Penal não deve ser entendido em sentido lato para se julgar que fique isento de pena o offensor porque outro se casa com o offendido. Isto seria simplesmente autorisar a corrupção, por que aos ricos e poderosos se permittiria então, a pratica constante desses crimes, porque teriam meios de achar quem se casasse com suas victimas. E não se argumente com as expressões — 'a aprazimento do representante legal da ofendida'— do final do referido paragrapho, porque casos haverá em que, apesar de quererem os offensores casar-se com as offendidas, isso não se deverá permittir, attentas as suas desegualdades.
Se o casamento da offendida com outrem que não o offensor, extinguisse a acção penal ou a condemnação, o Codigo teria enumerado entre os factos de que se occupa nos seus arts. 71 e 72. Tambem não tem valor a affirmativa de que com o casamento posterior da offendida se deve pôr termo ao processo contra o offensor para não devassar o lar doméstico do marido, porque se effectivamente isto é um mal, muito maior é o mal resultante da impunidade dos offensores que alarmam a sociedade e põem em grande risco a honra e o socego das famílias, se não acoroçoados por essa impunidade que os atira a novos attentados (*Accord. do Sup. Trib. de Just. de Pernambuco, de 8 de abril de* 1919)" (Siqueira, 1932, p. 488, grifos nossos).

[57] Desse modo foi decidido e fundamentado em 1920: "O facto da victima, no crime de defloramento, haver contrahido casamento, logo ás primeiras investigações contra o accusado. com terceira pessoa, não faz cessar o direito de intervenção do M.P. Não procedem as allegações: 1) de que a representação da offendida passou a fazer-se legalmente pelo marido desta, sem cujo consentimento não póde continuar o processo; 2) de existir a presumpção de que, com o casamento, sobrevieram recursos á offendida, tomando-se insustentavel a actuação do representante da Justiça, sem a apresentação de novo attestado de miserabilidade requerido pelo marido; 3) de, além da situação nova e delicada creada para o casal com a continuação da acção crime, **o réo ficaria privado, com o procedimento da offendida, de eximir-se das penas previstas no Codigo, como este lhe permittia, casando-se com ella**.

Seu consentimento era fundamental, caso fosse maior de idade (21 anos), ou, quando fosse o caso de dar ou suprir o consentimento, deveria haver a concordância de seu representante legal[58] ou do juiz dos órfãos.[59] Além do consentimento dos nubentes, os demais requisitos legais deveriam ser observados (Siqueira, 1932, p. 487). Tratava-se, efetivamente, de uma disposição moralizadora, conforme Soares elucida:

> O casamento apaga o delicto, restituindo á mulher a posição que occupava na sociedade. Mas é precizo que a offendida consinta livre e expontaneamente no casamento. E' precizo que ambas as partes consintam; pois se qualquer dellas se oppuzer, o casamento não se realisa. Não basta ainda que o réu declare que quer casar-se, é precizo que o casamento se realise (Soares, 1910, p. 561).

Todavia, a aplicação da lei penal também deve observar a legislação cível. De acordo com a lei do casamento civil, era proibido o casamento das menores de 14 anos e dos menores de 16 anos (art. 7º, § 8º). Desse modo, caso o casamento fosse realizado com menores nessa faixa etária sem o suprimento/consentimento do pai, deveria prosseguir o processo criminal.[60] Contudo, o parágrafo único do art. 17 trazia como exceção à observação dessas idades mínimas caso a finalidade do casamento fosse, precipuamente, a da extinção da punibilidade criminal do agente. Assim dispunha a lei em sua redação original:

> Art. 17. A menor de 14 annos ou o menor de 16 só poderão casar-se para evitar a imposição, ou o cumprimento de pena criminal, e o juiz de orphãos poderá ordenar a separação dos corpos, emquanto o nubente menor não completar a idade exigida para o casamento, conforme o respectivo sexo.
> Paragrapho unico. A prova da necessidade de evitar a imposição de pena criminal deve ser a confissão do crime, feita por um dos contrahentes em segredo de justiça, na fórma do art. 8º, mas ouvida a outra parte, ou, não sendo possivel, os seus representantes legítimos (Brasil, 1890a, p. 171).

A acção do M.P., nos termos do art. 274, n. 1 do Cod. Penal é official ou publica, e movimentada, não póde o representante da Justiça, e não das partes, encontrar embaraços ou obstaculos á sua actividade num acto de vontade da victima. Não assiste mais á offendida o direito de desistir da accusação ou perdoar a offensa.
Também não influencia sobre o processo o facto do seu casamento com outra pessoa que não o offensor, neni a superveniencia de recursos á offendida. A lei só manda extinguir estas causas se o offensor reparar o mal causado com o casamento. O desejo mesmo sincero, de reparação, alliado á impossibilidade de proval-a por acto da offendida, não foi considerado pelo legislador como obstáculo á imposição de pena nestes casos, e é impossível acreditar que o legislador não cogitasse na eventualidade de recusar-se a offendida, depois do delicto, ao casamento com o seu offensor (*Accord. da* 3.ª *Cam. da Corte de Appellação, de 24 de abril de* 1920)" (Siqueira, 1932, p. 485, grifos nossos).

[58] A exemplo de uma manifestação da mãe da vítima: "« O casamento da menor de 14 annos com o seu offensor não tem logar, si a mãe da offendida lhe recusa o seu consentimento por motivos ponderosos. Intelligencia dos arts. 17 e 94, da lei n. 181, de 24 de janeiro de 1890, e 276 paragrapho unico do cod. penal. » Sentença de 2 de março de 1895" (Araujo, 1901, p. 373).

[59] A importância do consentimento é também reforçada por Faria (Faria, 1913b, p. 346)

[60] Nesse sentido, decidiu-se: "Não pode extinguir-se a acção penal pelo facto do casamento, desde que o mesmo é impugnado pelo pae da offendida, não tendo o offensor obtido o supprimento do consentimento para dito fim (Acc. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 4 de Fevereiro de 1904; S. Paulo Judiciario vol. 4 pag. 124.)" (Faria, 1913b, p. 346).

Esse dispositivo encontrou norma semelhante no CC/1916, art. 214, *caput*. A diferença entre os parágrafos únicos das regras é que enquanto a Lei do casamento civil exigia a confissão do crime, o CC optou por uma determinação que podemos extrair no sentido de proteção dessa vítima: nesse casamento excepcional dos menores, era possível determinar "a separação de corpos, até que os conjuges alcancem a edade legal" (Brasil, 1916, p. 116). Por outro lado, houve o aumento da referida idade núbil: 16 anos para as mulheres e 18 para os homens (art. 183, XII).

Apesar de não se mencionar outras idades, no momento de decisão as circunstâncias da vítima deveriam ser levadas em consideração. Nesse sentido, destaca-se uma decisão sobre uma vítima de 9 anos em que não se permitiu essa possibilidade em decorrência da falta de desenvolvimento intelectual da menor.[61]

Entende-se que essa extinção da punibilidade por meio do casamento não era extensível a todos os crimes do Título VIII. Em primeiro lugar, se restringia apenas aos capítulos I e II - violência carnal e rapto, e não ao capítulo III - lenocínio. Em segundo lugar, dentro desses artigos, havia outras restrições: no crime do rapto, caso sobreviesse o casamento com a vítima, haveria a extinção da punibilidade relativamente aos crimes de estupro ou defloramento, mas o autor continuaria a responder pelo rapto. Nesse sentido, explica Soares:

> O fim do casamento e o procedimento do delinquente excluem absolutamente na espécie o intuito libidinoso — a offensa ao pudor, e, entretanto, o crime de rapto estará ahi consummado; porque a sua essência jurídica, de que depende a sua consummação, reside na *necessitas ímposita contraria voluntatis,* isto é, na offensa á liberdade pessoal da victima, quer seja essa offensa constituida pelo constrangimento physico (*vis absoluta*) quer pelo constrangimento moral (*vis compulsiva*) real ou presumida, *para um fim* de casamento ou *para um fim* libidinoso (Soares, 1910, p. 543, grifos do autor).

Ou seja, são condutas diferentes com penas e requisitos próprios. Nesse sentido, considera-se lógica e proporcional essa medida, posto que mesmo com o consentimento, ainda pode-se atribuir sanção ao crime de rapto.

Em 1862, o então presidente da Relação de Pernambuco e ministro do Supremo Tribunal de Justiça, Conselheiro D. Francisco Balthasar da Silveira foi questionado sobre a utilização do casamento como meio de extinção de punibilidade, especificamente com relação aos arts. 219 e 225, o que se manifestou em parecer:

---

[61] Assim foi julgado em 1898: "Sendo essencial para a validade do casamento o consentimento dos contrahentes, não se pode effectuar si a menor for da tenra idade de 9 annos e nenhum desenvolvimento intelectual tiver (Acc. da Rel. do E. do Rio, de 8 de Julho de 1898; Rev. de Jurisprudencia vol. 5 pag. 46.)" (Faria, 1913b, p. 346; Siqueira, 1932, p. 487). Essa mesma decisão foi elencada por Araujo, ressaltando que a revista de jurisprudência Petrópolis incluiu a "contra minuta do Juiz, cujo despacho aliás foi confirmado nesse Accordão" (Araujo, 1901, p. 373).

> O art. 225 do Cod. Crim. não pode ser entendido e applicado isoladamente; sua disposição é relativa, é subordinada á ultima parte do art. 219, com o qual harmonisa-se o art. 228.
> [...]
> Não basta, pois, que o réo diga que quer casar-se; **é necessário, é essencial, que siga-se o casamento**.
> Mas ha de seguir-se **observando-se em tudo os principios de direito, as prescripções positivas e certas de nossa legislação, que regulam a materia**.
> **Deve a victima declarar livremente, si concorda em semelhante união**, que mãos fructos promette, sendo o resultado do crime
> **E além do consentimento da infeliz deve havel-o de seu pai, ou tutor, ou curador, ou do juiz, que paira tanto tem jurisdicção** (Tinôco, 1886, p. 406-407, grifos nossos).

Além disso, na versão comentada por Tinôco em 1886, consideram-se graus variados de penas (mínimo, médio e máximo), bem como a possibilidade de punição para os casos de cumplicidade. Assim pondera o autor sobre o art. 228 do CCrim/1830, sobre a extinção de punibilidade se ocorrer o casamento após um dos crimes de rapto:

> A disposição deste artigo aproveita aos complices? Parece-me que sim. A complicidade é a existência de um laço que liga vários agentes em um mesmo delicto e que no castigo também deve ligal-os. O casamento, fazendo cessar o crime de rapto e por conseguinte á punição do autor desse delicto, implicitamente faz desapparecer a necessidade da punição dos complices; e não havendo união no delicto, como haver união no castigo? Se não ha delicto a punir-se, porque o casamento lavou-o. como haver co-participação sujeita á punição? Esta opinião conforma-se com o aphorismo juridico —*Socius delicti non intelligitur sine auctore delicti*[62] (Tinôco, 1886, p. 410).

Ou seja, o casamento para fins de punibilidade tinha sua extensão até mesmo ao cúmplice.[63] Com relação ao período para realização do casamento, foram encontradas decisões divergentes, assim como as opiniões doutrinárias. Em um dos julgados, estabeleceu-se que para a aplicação do parágrafo único do art. 276, o casamento deveria ser realizado antes de imposição da pena criminal.[64] Por outro lado, em outras decisões foi permitido o benefício da extinção da

[62] Em tradução livre, compreende-se como: "O cúmplice do delito não se concebe sem o autor do delito".
[63] Segundo decisão de 1913, poderia ser também aplicada a extinção de punibilidade no crime de atentado ao pudor, embora o julgador fale em extinção da ação, e não da pena: "[....] o § unico do art. 276 não se refere exclusivamente aos crimes de defloramento e aos de estupro de mulher honesta a que allude aquelle artigo, mas ainda aos de rapto, pois que 'si o Codigo nega reparação pecuniaria á raptada, não póde sem absurdo negar-lhe a mais completa que póde haver no caso, a plena reparação moral do casamento'. Pela mesma razão, deve concluir-se que o alludido § refere-se também aos crimes de attentado contra o pudor da mulher. E assim, si praticado este delicto o accusado casar-se com a offendida, fica extincta a ação penal intentada (*Sentença do Juiz da 5ª Vara Criminal, de 18 de Julho de 1913*)" (Costa, E., 1916, p. 228).
[64] Nesse sentido foi decidido: "Nos casos de violencia carnal (arts. 267 e 268 do Cod. Pen.) o casamento impede a applicação da pena. **Depois, porém, de imposta a pena, o réu (condemnado) della não se liberta pelo casamento: o Codigo Penal derrogou nessa parte a lei anterior do casamento civil**. Não basta que o réu queira casar, o casamento só póde effectuar-se a aprasimento da offendida ou de seus representantes legaes. Si menor de 14 annos a offendida, póde intervir o Juiz de Orphãos para ordenar a separação dos corpos (O Direito vol. 89 pag. 300.)" (Faria, 1913b, p. 346, grifos nossos).

punibilidade ao culpado mesmo após a sentença ter sido proferida.[65] A essa segunda corrente nos filiamos, por parecer se assemelhar mais à intenção do legislador. Nesse sentido, conforme defende Araujo:

> a moralidade publica fica satisfeita, a lei recobra o seu imperio e impõe que tudo e para sempre se vote ao esquecimento.
> Não ha duvida alguma que o casamento é a melhor reparação que o culpado possa offerecer á victima do delicto e o legislador quiz com esta sabia disposição encorajal-a o mais possível (Araujo, 1901, p. 372).

Os crimes de lenocínio foram tipificados na sequência pelos arts. 277 e 278, sem aplicabilidade da extinção da pena por meio do casamento com a vítima. Tratam-se de condutas condenadas pelas Ordenações que não foram incluídas no CCrim/1830, de modo que o CP/1890 introduziu o lenocínio ao direito brasileiro (Araujo, 1901, p. 375). Conforme a definição de Faria,

> O lenocinio ou proxonetismo é hoje exercitado em larga escala, em proveito de centenares de ociosos, que auferem do corpo da mulher prostituida o maximo da renda de antemão calculada pelo lucro provavel que pode fornecer diariamente o gozo do seu corpo ou da sua belleza. A mulher é importada como mercadoria e sujeita como escrava ao commercio da sua propria carne (Faria, 1913b, p. 347).

Assim, o elemento principal é o fato de haver o pagamento pelo corpo da mulher sem a sua escolha.[66] Destaca-se a situação do parágrafo único do art. 277, o qual estabelecia sanções mais graves caso o autor do crime fosse "ascendente em relação á descendente, por tutor, curador ou pessoa encarregada da educação ou guarda de algum menor com relação a este; pelo marido com relação á sua propria mulher".

Nessas situações, além da pena de prisão, eram os condenados impostos a sanção de perda dos direitos sobre a vítima e seus bens (se fosse autor o pai ou a mãe), suspensão do

---

[65] Assim consta uma decisão: "A dirimente do art. 276 paragrapho unico do Cod. Penal aproveita ao delinquente, mesmo depois da sentença (*Acc. do Trib. de Just. de S. Paulo, em 14 de fevereiro de 1908*)" (Siqueira, 1932, p. 487; Faria, 1913b, p. 346).

[66] Esses elementos são fundamentais para se delimitar se as condutas eram simplesmente amorais ou se constituiriam o crime de prostituição: "Cumpre, entretanto, verificar o que se deve entender por prostituição, aliás confundida geralmente com o desregramento dos costumes (Vide: Tammeo *La prostituzione*, pag. 47). O conceito da palavra, escreve Carrara, é necessário divisal-o na liberdade do accesso promiscuo (Progr. § 2979). Assim, **a mulher que engana o marido, embora com vários amantes, será uma dissoluta, mas não uma prostituta; uma rapariga que facilmente concede o gozo do seu corpo será corrompida e dissoluta, mas não pode ser considerada prostituída** (Calogero *Dei delitti contro il buon costume e contro l'ordine delle famiglia, in Cogliolo Complet*. trat. di dir. pen. vol. 2, part. 1 a pag 1191).
As casas de tolerancia, hoteis, hospedarias, mesmo n'esta cidade, são frequentadas por mulheres que, embora possam ser equiparadas a meretrizes pelos actos que ahi praticam, não podem ser, entretanto, consideradas prostitutas, em sentido juridico, salvo se entregam o seu corpo por paga e sem escolha. **O caracteristico da prostituição é o commercio do corpo purblicamente e sem escolha** (*palam et sine delecta*). (Vide: Yves Guyot *La prostitution*)" (Faria, 1913b, p. 350, grifos nossos).

múnus no caso do tutor ou curador, a proibição de participar de instituição de instrução (no caso do educador), ou até mesmo a perda do poder marital (se o agente fosse o marido).

Nessa última hipótese, havia um prazo prescricional de três meses para que a esposa prestasse queixa. Considerando que a regra geral estabelecia como terno inicial para contagem do prazo a data do crime, entende-se que esse prazo era extremamente exíguo, posto que a mulher poderia demorar até ter condições (e coragem) de realizar a denúncia, o que se pressupõe que ocorresse apenas após conseguir se esquivar do poder do marido.

Todavia, à época, esse prazo era considerado razoável, sob o seguinte fundamento: "não é logicamente presumivel, que um marido ou uma mulher, que por tres mezes ficaram inertes sob o peso d'uma injuria tão grave, sejam induzidos depois a agir pela razão somente de reivindicar o seu amor proprio ou a sua dignidade ofendidos" (Araujo, 1901, p. 398).

Em 1932 foi aprovada a denominada Consolidações das leis penais, elaboradas por Vicente Piragibe. Conforme o art. 1º, parágrafo único, do Decreto de sua aprovação e adoção (Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932): "A Consolidação, assim aprovada e adotada, não revogará dispositivo algum da legislação penal em vigor, no caso de incompatibilidade entre os textos respectivos" (Piragibe, 1938).

A fundamentação de sua elaboração foi auxiliar no acesso ao conhecimento da legislação criminal vigente à época, incluindo legislação esparsa, considerando as tentativas de reforma do Código Penal e "[...] que, não sendo licito invocar a ignorancia do direito, devem as leis estar ao alcance de todos, já pela clareza, já pela divulgação, o que com rigor maior cumpre seja observado em relação ás leis penais, em virtude da particular incidencia destas sobre a liberdade individual" (Piragibe, 1938, p. [V]).

Não se trata, então, de um novo Código. Constitui um elemento normativo compilatório de atualização e sistematização da lei penal para facilitar a consulta, o que auxiliou na transição do CP/1890 para o CP/1940. Tratou-se de instrumento intermediário sem o ensejo de alterar a legislação, Contudo, as alterações relevantes aos arts. 266, 277 e 278[67] foram feitas anteriormente, pela Lei n. 2992, de 25 de setembro de 1915 (Brasil, 1917, p. 242-243). Para melhor visualização, destacam-se as diferenças no seguinte quadro:

Quadro 9 - Comparação entre o CP/1890 e a Lei n. 2292/1915 (continua)

Redação original do CP/1890	Redação da Lei n. 2992, de 25 de setembro de 1915

[67] Com base nas prescrições do CP/1890, alcovitaria (L. V, t. XXXII das OF) corresponde ao crime de lenocínio do art. 277; já o lenocínio do art. 278 se assemelha ao rufianismo (L. V, t. XXXIII, OF).

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencia**s** ou ameaça**s**, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: Pena - de prisão cellular por **um a seis annos**. Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de **menor idade**, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.	Art. 266 - Attentar contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo, por meio de violencia ou ameaça, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: PENA – de prisão cellular por **um a tres annos**. **§ 1.º – Excitar, favorecer ou facilitar a corrupção de pessoa de um ou de outro sexo, menor de 21 annos, induzindo-a á pratica de actos deshonestos, viciando a sua innocencia ou pervertendo de qualquer modo o seu senso moral**: **PENA – de prisão cellular por seis mezes a dois annos**. **§ 2.º – Corromper pessoa menor de 21 annos, de um ou de outro sexo, praticando com ella ou contra ella, actos de libidinagem:** **PENA – de prisão cellular por dois a quatro annos.**
Art. 277. Excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição de alguem para satisfazer desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem: Pena - de prisão cellular por **um a dous annos**. [...]	Art. 277 - **Induzir alguem, por meio de enganos, violencia, ameaça, albusos de poder, ou qualquer outro meio de coacção, a satisfazer os desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem;** Excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição de alguem, para satisfazer os ditos desejos e paixões de outrem: PENA - de prisão cellular por **dois a tres annos**. [...]

Quadro 10 - Comparação entre o CP/1890 e a Lei n. 2292/1915 (conclusão)

Redação original do CP/1890	Redação da Lei n. 2992, de 25 de setembro de 1915
Art. 278. Induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constragendo-as por intimidações ou ameaças, a empregarem-se no tratico da prostituição; prestar-lhes, por conta propria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, assistencia, **habitação e auxilios para auferir, directa ou indirectamente, lucros desta especulação**: Penas - de prisão cellular por **um a dous annos** e **multa de 500$ a 1:000$000**.	Art. 278 - **Manter ou explorar casas de tolerancia, admittir, na casa em que residir, pessoas de sexos differentes ou do mesmo sexo, que ahi se reunam para fins libidinosos**; induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constrangendo-as por intimidação ou ameaças a entregarem-se á prostituição; prestar, por conta propria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, qualquer assistencia **ou auxilio ao commercio da prostituição**: PENAS – de prisão cellular por **um a tres annos** e **multa de 1:000$ a 2:000$000**. **§ 1.º – Alliciar, attrahir ou desencaminhar, para satisfazer as paixões lascivas de outrem, qualquer mulher menor, virgem ou não, mesmo com o seu consentimento; alliciar, attrahir ou desencaminhar, para satisfazer as paixões lascivas de outrem, qualquer mulher maior, virgem ou não, empregando para esse fim, ameaça, violencia, fraude, engano, abuso de poder, ou qualquer outro meio de coacção; reter, por qualquer dos meios acima referidos, ainda**

	mesmo por causa de dividas contrahidas, qualquer mulher maior ou menor, virgem ou não, em casa de lenocínio, obrigal-a a entregar-se á prostituição: **PENAS – as do dispositivo anterior.** **§ 2.° – Os crimes de que tratam este artigo e o seu § 1.º serão puniveis no Brasil, ainda que um ou mais actos constitutivos das infracções nelles previstas tenham sido praticados em paiz estrangeiro.** **§ 3.° – Nas infracções de que trata este artigo haverá logar á acção penal:** ***a)* por denuncia do Ministerio Publico;** ***b)* mediante queixa da victima ou de seu represenante legal;'** ***c)* mediante denuncia de qualquer pessoa.**

Fonte: elaborado pela autora

As principais alterações foram quanto ao período de prisão das penas e do valor das multas. Dentre os dispositivos atualizados, o art. 266 foi o menos alterado, com inclusão do favorecimento da corrupção de menores. As maiores modificações ocorreram nos crimes de lenocínio, descrevendo melhor as condutas de se aproveitar das vítimas para prostituição, além de os §§ 2º e 3º do art. 278 disporem sobre regras de direito processual.

Com relação ao art. 266, já se reconhecia a possibilidade de a esposa ser vítima do atentado violento ao pudor cometido pelo seu marido. Apesar de a fundamentação utilizar elementos questionáveis (ex. que o pudor da esposa é diferente de uma virgem), deve-se reconhecer a importância do reconhecimento de uma situação do abuso do poder marital e do dever de o Estado coibir essa situação, oferecendo amparo jurídicoa essa violência.[68]

Nos crimes de lenocínio, no art. 277 aumentou-se a possibilidade de se penalizar também quem induzisse alguém de algum modo ilícito à prostituição. Do mesmo modo, aquele que mantivesse ou explorasse as pessoas que fariam trabalhos sexuais, estaria sujeito às penas do art. 278.[69]

---

[68] Assim fundamentou Siqueira: "Tratando-se de um acto contrario ao fim legitimo do casamento, **a esposa não póde ficar sem o amparo da protecção legal, entregue ao excesso do poder marital**. Se essa protecção lhe é outorgada, ponderam CHAUVEAU e HÉLIE, em casos de vias de facto e de violencias praticadas pelo marido, **por que deixar impune uma só espécie de violencia**, e a mais odiosa? Não ha duvida que se deve distinguir o pudor de uma virgem e o pudor da esposa, mas este não tem tambem seus limites e sua reserva? **O poder do marido é restricto pelo fim mesmo do casamento, e desde que o excede, commette um abuso de poder, de força, um crime que não poderia encontrar excusa**. 'Não ha poder, notava o Procurador Geral DUPIN, que não tenha seus limites, **o direito o mais explicito não deve jamais degenerar em abuso**, e quanto maior o abandono de si próprio para tudo o que é livre e conforme ao voto da natureza, menos é permittido, por isso mesmo, se autorisar chegar a conseqüências, que longe de serem a execução do pacto, o destroem era sua essência e revoltam a humanidade'" (Siqueira, 1932, p. 429, grifos nossos).

[69] Acerca do histórico-normativo do lenocínio no Brasil: "Também a Igreja no direito canonico, que se mostrara piedosa e benigna para com as meretrizes, foi severa e violenta para aquelles que por dinheiro se tornavam

Uma das alterações do art. 278 consta no *caput*, com a supressão da exigência de se auferir de modo direito ou indireto os lucros da prostituição, passando a ser punível o mero auxílio a esse ato. Segundo Siqueira, uma das maiores dificuldades era para se obterem as provas necessárias para comprovar a consumação do crime:

> Sob o ponto de vista jurídico, a figura do delicto não deixa de ser completa sem aquelle elemento [o lucro ou a remuneção]. Por outro lado, a pratica de julgar demonstra que é muitissimo difficil e, ás vezes, impossível fazer a prova da existência do lucro, muito embora, para a comprehensão deste "seja suffícíente a esperança, de uma vantagem qualquer próxima ou remota." Seria, por isso, melhor considerar a círcumstancia do lucro como uma aggravante e não como uma condição elementar do crime." Tal o alvitre que predominou, e como a lei não previsse especialmente essa aggravante, vigora o dispositivo do art. 39, § 4.º, o intuito de lucro consistindo um motivo reprovado (1932, p. 497).

A referida agravante do §4º do art. 39 do CP/1890 é a motivação reprovada ou frívola, previamente estudada. Logo, são elementos fundamentais para se aferir o crime a habitualidade nessa intermediação do auxílio à prostituição, bem como a intenção dolosa de que essa situação satisfaria a lascívia de outrem. O crime de lenocínio é autônomo e não se pode ser julgado na modalidade tentada, sendo cabível a cumplicidade.

A transição do CP/1890 para o CP/1940 foi um reflexo das mudanças políticas, sociais e jurídicas, incluindo as posições doutrinárias. Enquanto o primeiro estava ainda fortemente marcado pela moralidade e faltava maior sistematização e proporcionalidade nas penas, o segundo, encabeçado por Nélson Hungria, se inspirava em doutrinas positivistas, o que refletia em maior vigor técnico.[70] Apesar dos avanços, o fato de ter sido publicado durante o Estado Novo refletiu no tom autoritário da legislação, que constitui o último e atual Código Penal brasileiro, com diversas modificações.

Embora seguisse a mesma divisão em parte geral e parte especial, neste segundo já se percebe a nítida transformação refletida na organização dos crimes: aqueles que se destinavam contra o Poder Público não mais iniciam os crimes em espécie, papel que coube aos crimes

---

intermediarios da prostituição, fulminando-os com a excommunhão, e com penas temporaes, mesmo, do açoite, prisão, confiscação e morte.
As Ordens, de Portugal, liv. 5º, tit. 25, 32 e 33 puniam com açoites, degredo e em alguns casos com a morte os rufiões e alcoviteiros.
O nosso Código Criminal de 1830 desprezou neste ponto o elemento histórico portuguez e, ao contrario dos Codigos então existentes, não incriminou o proxenetismo ou lenocinio,
que o Código Portuguez de 1852, art. 406, adoptou, reproduzido pelo de 1886, arts. 405 e 406.
Foi o nosso Codigo Penal vigente de 1890 que pelos arts. 277 e 278 do texto deu entrada no direito brazileiro ao lenocinio." (Araujo, 1901, p. 375).

[70] Segundo contextualizou Fragoso: "Foi ele [Hungria], entre nós, o mais destacado representante do tecnicismo jurídico, que representou, sobretudo, retificação metodológica dos desvios e da confusão introduzidos no estudo do direito penal pela Escola positivista, que teve, em nosso país, enorme repercussão, desde o início do século" (Fragoso, 1976, p. 12).

contra a pessoa. Além disso, dentre as demonstrações do vigor e da lógica aplicadas nessa sistematização, que inclui o destaque de subtítulos com os temas abordados na sequência, os primeiros artigos são aqueles com maiores penas, o que vai se reduzindo de modo inversamente proporcional ao aumento do número dos artigos.

Determinou-se a idade de 18 anos para o início da responsabilidade penal (art. 23). A emoção ou a paixão não foram considerados motivos aptos a excluírem a responsabilidade criminal (art. 24, I).

Dentre as circunstâncias agravantes, há grande relação com o CP anterior. Segundo o art. 44, II, destacam-se: motivação fútil ou torpe (a), meios que dificultem a defesa da vítima (d), emprego de meio insidioso ou cruel (e), se a vítima for ascendente, descendente, irmão ou cônjuge (f), abuso da autoridade das relações domésticas, de cohabitção ou trabalho (g), se a vítima for criança (i).

Por outro lado, consideravam-se hipóteses atenuantes (art. 48): ter entre 18 e 21 anos ou mais de 70 anos (I), ou ter o agente (IV) "cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral" (Brasil, 1941, p. 195).

Já as situações de extinção de punibilidade foram elencadas em rol taxativo de modo organizado em um único artigo, o 108. Desde a exposição de motivos, esclarecia-se reconhecer que não se tratava da extinção do crime, mas sim do "próprio direito de punir por parte do Estado. [...] Deve dizer-se, portanto, com acerto, que o que cessa é a *punibilidade* do fato, em razão de e certas contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade política" (Campos, 1941, p. XXV, grifos do autor).

Desse modo, ao ser transportado da parte especial para a parte geral, amplia-se a possibilidade de aplicação aos demais crimes. Contudo, no caso do casamento do agente com a vítima, delimitou-se o escopo aos "contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial" (Brasil, 1941, p. 195) (art. 108, VIII).

A primeira consideração a respeito do disposto é a clara menção ao sujeito passivo do crime: mulheres. Afinal, o inciso VIII não buscou sequer mencionar a expressão "vítima", nem há menção subentendida com o termo "pessoa". Enquanto substantivo comum do sexo feminino, a expressão empregada "ofendida" [71]. estabelece que são mulheres as destinatárias dessa norma enquanto vítimas dos crimes cometidos no mencionado Título VI da Parte Especial, o qual disciplina os denominados "crimes contra os costumes", reconhecidos como crimes sexuais (Campos, 1941, p. XXXIX).

[71] Pelo inciso VIII do art. 108, decorre do "casamento do agente com a ofendida" (Brasil, 1941, p. 209).

Contudo, ao se estudar os crimes em espécies, percebe-se que alguns podem ser cometidos contra qualquer sexo, enquanto outros se limitam a vitimas mulheres. Desse modo, conclui-se que as destinatárias principais desse dispositivo eram mulheres, mas não exclusivamente.

Essa distinção foi retirada pela Lei n.º 7.209/1984, responsável pela revisão e alteração de toda a parte geral do CP/1940, desde revisões à teoria do crime até a generalização de situações que antes se encontravam na parte especial, seja renumerando artigos ou até mesmo criando disposições, com a finalidade de oferecer maior rigor técnico.

Nesse último caso, destaca-se a modificação da redação do artigo sobre ação penal pública ou privada (antigo art. 100, e posteriormente art. 102), denominando-as ação pública e de iniciativa privada.

Na redação original do CP/1940, constava no art. 108, inciso VIII, a extinção da punibilidade em decorrência do casamento realizado entre a ofendida e o agente. Contudo, em 1977, a Lei nº 6.416 passou o então inciso IX, sobre o ressarcimento do peculato culposo, para o inciso X. Acrescentou-se ao novo inciso IX a seguinte disposição: extinguia-se também a punibilidade "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" (Brasil, 1977a).

A inclusão do casamento com terceiro pacificou discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a sua possibilidade ou não para fins da extinção da punibilidade. Embora houvesse certo consenso de que se esse terceiro fosse partícipe o benefício seria lícito, havia divergência no caso de terceiros estranhos ao crime. Nesse sentido, por todos, explica Carvalho Filho:

> Mesmo os escritores que não aceitam, como escusa, o casamento da vítima com terceiro, reconhecem, no caso, que o "participante" no crime não é um "estranho", e lícito lhe será oferecer, por si, a reparação da ofensa, em que outros consigo cooperaram, e, às vezes, até, em ação mais decisiva. A solução ainda mais se impõe em face do Código atual, que não distingue autores e cúmplices, incorrendo nas penas do crime quem, de qualquer modo, concorra para êle (art, 25) (Carvalho Filho, 1955, p. 293).

Com o acréscimo do inciso do casamento com terceiro, permitiu-se interpretar mais facilmente a intenção do legislador. Ao invés de utilizar as conjunções "salvo" e "se", a positivação é mais direta: seria aplicável a extinção da punibilidade caso a vítima se casasse com terceiro após incidência dos crimes contra a honra, desde que não houvesse violência ou grave ameaça, e que a ofendida requeresse o prosseguimento do inquérito ou da ação dentro do prazo estabelecido em lei.

O fato de não se permitir a utilização do instituto quando houvesse violência ou grave ameaça afastava sua aplicação quando se realizasse o casamento com terceiro após os crimes de estupro, atentado violento ao pudor e rapto violento. Contudo, segundo Noronha, seria cabível nos crimes de "posse sexual mediante fraude, a sedução, a corrupção de menores e o rapto mediante fraude ou consensual" (Noronha, 2001, p. 378).

A modificação foi na redação, mas pode ser interpretada como importante: ao substituir as palavras "ofendida" por "vítima", não há mais a obrigatoriedade de consideração de vítima do sexo feminino. Desse modo, homens também poderiam ser considerados vítimas dos crimes contra os costumes e, caso se cassassem com a agressora (afinal, ainda não havia o reconhecimento de união homoafetiva) ou terceira pessoa mulher, também seria cabível a extinção da punibilidade, mas dessa vez em benefício de mulher, não apenas de homem autor dos crimes delimitados no Título VI. Contudo, essa interpretação é prejudicada com a leitura da segunda parte do inciso VIII. É possível que o legislador apenas substituiu "ofendida" por "vítima" na parte inicial, mantendo o condicionamento da exclusão de punibilidade atrelado à manifestação da ofendida.

Segundo Noronha, poder-se-ia reconhecer a extinção da punibilidade quando houvesse matrimônio posterior, pois haveria, nesse contexto, a reparação do dano, assim como nos casos em que houvesse retratação (Noronha, 2001, p. 376). Afinal, explica o autor que "É o casamento a maior reparação que o agente pode conceder à ofendida, nos delitos contra os costumes. Dando-lhe o nome, ele a protege, pondo-a a salvo do menosprezo social, ou, pelo menos, da desconfiança, tributo invariável que lhe é cobrado, na desgraça que a aflige" (Noronha, 2001, p. 377-378).

Nesse mesmo sentido, Carvalho Filho defende que a condenação do autor, apesar de responder "[...] à exigência social da punição, não produz resultados tão cabais. Alguma coisa resta, carecendo de proteção legal, e é a virgindade da mulher, conspurcada, a sua honra, poluída. Perdeu ela a reputação social, e certo não a readquire, por efeito miraculoso da condenação" (Carvalho Filho, 1955, p. 286) do autor do crime. Interpreta-se que a defesa dos autores tem alto cunho moral, valorizando a conduta do criminoso em retirar o estigma que recairia sobre a vítima por conta da violação que ocorrera.

O avanço mais significativo com relação a esse dispositivo ocorreu com a Lei nº 11.106/2005, que revogou os dispositivos que permitiam a extinção da punibilidade pelo casamento, adequando o sistema penal aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade de gênero, consagrados na Constituição de 1988. Além disso, suprimiu o termo "mulher honesta" da legislação e fez outras alterações nos crimes contra a honra.

Na exposição de motivos do Projeto de Lei 17/2003 alegou-se que não havia a compatibilidade dessas normas com a Constituição, nem com os movimentos de luta pela igualdade entre homens e mulheres:

> Este momento, marcado pelas expectativas de mudança e pelas inovações introduzidas pelo novo Código Civil, é propício para que se reivindique a imediata reformulação do Código Penal de 1940, com sua parte geral modificada em 1984. A peça contempla anacronismos, estereótipos, preconceitos, discriminação, logo, inconstitucionalidades em relação às mulheres. Exemplos são os dispositivos que aludem à mulher honesta como sujeito passivo dos crimes de "posse sexual mediante fraude" e "atentado ao pudor mediante fraude", crimes previstos no título referente aos "crimes contra os costumes", não contra a pessoa.
> É inadmissível a manutenção de tais dispositivos, que não se coadunam com os valores sociais contemporâneos e violam os princípios constitucionais da igualdade entre os gêneros e da dignidade humana (Brasil, 2003, p. 2).

A partir de 28 de março de 2005, data da entrada em vigor da Lei n.º 11.106/2005 (art. 4º), retirou-se a previsão legal da utilização do casamento como meio de extinção de punibilidade – apesar de a supressão dessa possibilidade ter sido extirpada do ordenamento jurídico brasileiro apenas com a supressão do art. 1.520 do CC/2002 pela Lei n.º 13.811/2019.

Com relação à parte geral do CP/1940, percebe-se a alteração da denominação: de “os crimes contra a segurança da honra” (CCrim/1830), passou-se a “crimes contra a segurança da honra e honestidade das familias e do ultraje publico ao pudor” (CP/1890) para, então, alterar a honra por costumes.

O Título IV é composto por seis livros: crimes contra a liberdade sexual, sedução e corrupção de menores, rapto, disposições gerais e lenocínio. No Capítulo I (“Dos crimes contra a liberdade sexual”), há a tipificação dos crimes de estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214), posse sexual mediante fraude (art. 215) e atentado ao pudor mediante fraude (art. 216).

No Capítulo II (“Da sedução e da corrupção de menores”), há a previsão dos crimes de sedução (art. 217) e corrupção de menores (art. 218). Já o Capítulo III (“Do rapto”), prevê o crime (art. 219), a hipótese de consensualidade no rapto (art. 220), causas de diminuição de pena (art. 221) e como proceder no caso de concurso com outro crime (art. 222).

Apenas aos crimes dos três primeiros livros pode-se aplicar o instituto estudado. Assim como no CP/1890, por disposição expressa, não se permitiu aos casos de lenocínio. A sedução de menores ganhou mais destaque com essa organização. Analisando os principais elementos, propõe-se o seguinte quadro:

Quadro 11 - Análise dos crimes contra os costumes no CP/1940 (redação original) (continua)

Art.	Ato cometido	Violência	Mulher virgem ou honesta	Menor de idade	Pena de reclusão	Extinção pelo casamento?
213	Estupro	Sim, ou grave ameaça	Indiferente	Omisso	1 a 6 anos	Sim (art. 108, VIII)
214	Atentado violento contra o pudor	Sim, ou grave ameaça	Indiferente	Indiferente	1 a 3 anos	Sim (art. 108, VIII)
			Virgem	Entre 14-18 anos	2 a 6 anos	
215	Posse sexual mediante fraude	Não (fraude)	Honesta	Não	1 a 2 anos	Sim (art. 108, VIII)
			(Pressupõe ao menos honesta)	Entre 14-18 anos	2 a 4 anos	
216	Atentado ao pudor mediante fraude	Não (fraude)	Honesta	Não	1 a 2 anos	Sim (art. 108, VIII)
			(Pressupõe ao menos honesta)	Entre 14-18 anos	2 a 4 anos	
217	Sedução	Não (sedução)	Sim	Entre 14-18 anos	2 a 4 anos	Sim (art. 108, VIII)
218	Corrupção de menores	Não	(Pressupõe ao menos honesta)	Entre 14-18 anos	1 a 4 anos	Sim (art. 108, VIII)

Quadro 12 - Análise dos crimes contra os costumes no CP/1940 (redação original) (conclusão)

Art.	Ato cometido	Violência	Mulher virgem ou honesta	Menor de idade	Pena de reclusão	Extinção pelo casamento?
219	Rapto violento mediante fraude	Sim, ou grave ameaça ou fraude	(Pressupõe ao menos honesta)	Indiferente	2 a 4 anos	Sim (art. 108, VIII)
220	Rapto consensual	Não	(Pressupõe ao menos honesta)	Entre 14-21 anos	1 a 3 anos	Sim (art. 108, VIII)
221	(Diminuição da pena)	Não	(Pressupõe ao menos honesta)	Indiferente	- 1/3	Não
					- 1/2	
222	(Concurso de rapto e outro crime)	Omisso	Indiferente	Indiferente	Cominação dos crimes	Não
223	(Formas qualificadas)	Sim	Indiferente	Indiferente	4 a 12 anos	Não
					8 a 20 anos	

224	(Presunção de violência)	Sim (presumida)	Indiferente	Menor de 14 anos (a)		Não
225	(Ação penal)					
226	(Aumento de pena)	Indiferente	Indiferente	Indiferente	+ 1/4	Não

Fonte: elaborado pela autora

Na coluna do ato cometido, manteve-se a denominação do próprio Código (Brasil, 1941). Algumas considerações iniciais: não se prevê mais a condenação a dotar a vítima e as condenações a prisão, que constavam nos Códigos anteriores, foram alteradas para reclusão. A principal diferença é que esses presos são separados; o recluso fica restrito dia e noite ao estabelecimento prisional (art. 30), o que só se aplica ao detento no período noturno (art. 31).

O crime do art. 214 passou de mero atentado ao pudor para atentado violento ao pudor e não há mais crimes específicos para a conduta de defloração. Os casos que mencionam mulheres virgens (art. 215, parágrafo único e art. 217) possuem apenas a prescrição de penas maiores, mas não são crimes autônomos em decorrência exclusiva dessa característica, como era o caso do defloramento nos Códigos anteriores.

O crime de estupro não mais distinguia as vítimas virgens, honestas ou prostitutas, mas se limitava às mulheres como sujeito passivo. Ao contrário do que nos parece atualmente, Gusmão defendia que dentro do casamento, a esposa não poderia ser estuprada pelo marido, por considerar a conjunção carnal um dos deveres conjugais.[72] Atualmente, compreende-se que, mesmo quando há um relacionamento amoroso entre as partes, todas os atos sexuais devem ser consentidos livremente, senão pode incidir a conduta em algum crime.

A resistência ao estupro teria certos limites razoáveis, conforme se verifica nesse exemplo provido por Faria: a lei exige a resistência, mas não ao extremo de prolongamento excessivo que possa ensejar trauma ou ate mesmo o sacrifício de sua própria vida. Desse modo,

> É necessário considerar também que a agressão produz, geralmente, na vítima, mêdo de um mal maior.
> Uma tímida e fraca donzela, em lugar êrmo, após debater-se e lutar com o ofensor, pode, ainda com fôrças para resistir, aterrar-se ante a sua disposição e entregar-se por temer perder a vida.
> Neste caso, ninguém, certamente, afirmará, tratar-se de coito lícito e não ter sido ela estuprada (Faria, 1961, p. 8-9).

[72] Assim justificava o autor, apesar de criticar a conduta do marido que se utiliza da violência para ter conjunção carnal com a esposa: "O marido que prefere a violência a outros meios para obter a satisfação dêle e de outros devêres, falta aos mais comezinhos principios de cavalheirismo, constata e revela um temperamento animal não refreado pela edução, pelo sentimento e pela moral, mas o ato, na hipótese, **é da esfera moral e não do Direito Penal** e fazemos a restrição porque tal fato, pelas circunstâncias que possa assumir, pela sua reiteração, brutalidade estulta e injustificável, poderá, **quiçá**, bem é de ver, **assumir aspectos atinentes ao Direito Civil**" (Gusmão, 1954, p. 146, grifos nossos).

Caso a violência tivesse cessado antes da conjunção carnal, ou, caso não oferecesse risco e a vítima não tivesse tentado pedir ajuda, a decisão ficaria sujeita a provas do que ocorreu, bem como ponderar a força do homem com relação à mulher.

Disso decorria delicada situação, especialmente quando houvesse poucas provas de como ocorreu o crime. Por isso, o autor concordou com Nélson Hungria que "Quando a queixosa, isenta de qualquer lesão corporal, afirma ter sido violentada por um homem, suas declarações devem ser recebidas com a máxima reserva ou desconfiança" (Faria, 1961, p. 10).

Caso o estupro decorresse de ameaça, alguns requisitos deveriam ser observados: seriedade da ameaça, ser o perigo imediato ou atual, e a constância dessa situação. Apesar de se exigir esses requisitos, permitia-se reconhecer o estupro (ou seja, a falta do real consentimento da vítima no ato) mesmo se a ameaça fosse dirigida a outra pessoa, pois "a violência moral pode subsistir ainda quando praticada contra pessoa cara à mesma vítima". Seria necessário, então, analisar o conjunto probatório e relação de afinidade entre a pessoa ameaçada e a vítima que teve seu consentimento tolhido.

Há duas diferenças entre os arts. 213 e 214, quanto ao ato e quanto à vítima: este último engloba atos libidinosos diferentes da relação sexual, embora também reconheça o constrangimento da vítima em decorrência de violência ou grave ameaça, e o agente passivo do crime não se resume a mulheres ao empregar a expressão "alguém"[73].

Após o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990[74]), acrescentou-se um parágrafo único a ambos os artigos estabelecendo pena mais grave quando as vítimas fossem menores de 14 anos: ao invés da regra geral da reclusão de três a oito anos (art. 213) ou dois a sete anos (art. 214), passou-se para reclusão de três a nove anos, com novo aumento para o intervalo entre seis e dez anos pela Lei n.º 8.071/1990[75]. Dentre as principais alterações realizadas por essa lei, sistematiza-se o seguinte quadro:

Quadro 13 - Alteração dos crimes contra dignidade sexual pela lei dos crimes hediondos (continua)

Redação original do CP/1940	Redação do CP cf. Lei n.º 8.072/1990 e a Lei n.º 10.224/2001 (art. 216-A)	Alteração pela Lei n.º 12.015/2009

[73] Situação já que vinha sendo interpretada e defendida judicialmente pelo menos desde 1918 (Gusmão, 1954, p. 149-150).
[74] Cf. disposto no art. 263 com as demais alterações no CP/1940 (Brasil, [2024b]).
[75] Cf. art. 5º da Lei (Brasil, [2025b]).

Estupro Art. 213 - Constranger **mulher** à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito anos.	Estupro Art. 213 - Constranger **mulher** à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito anos. Parágrafo único. Se a **ofendida** é menor de catorze anos: Pena - reclusão, de seis a dez anos	Estupro Art. 213. Constranger **alguém**, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal **ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso**: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. **§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:** **Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.** **§ 2º Se da conduta resulta morte:** **Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.**

Quadro 8 - Alteração dos crimes contra dignidade sexual pela lei dos crimes hediondos (conclusão)

Redação original do CP/1940	Redação do CP cf. Lei n.º 8.072/1990 e a Lei n.º 10.224/2001 (art. 216-A)	Alteração pela Lei n.º 12.015/2009
Posse sexual mediante fraude Art. 215 - Ter conjunção carnal **com mulher honesta**, mediante fraude: Pena - reclusão, de **um a três anos**. Parágrafo único - Se o crime é praticado **contra mulher virgem**, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de dois a seis anos.	**Violação** sexual mediante fraude Art. 215. Ter conjunção carnal **ou praticar outro ato libidinoso com alguém**, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, **de 2 (dois) a 6 (seis) anos**. **Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.**	Violação sexual mediante fraude Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.
	Assédio sexual Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter	Assédio sexual Art. 216-A. [...]

	vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.	**§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.**

Fonte: elaborado pela autora

A Lei n.º 12.015/2009 revogou os arts. 214 e 216 do CP, que tipificavam, respectivamente, o atentado violento ao pudor e o induzimento à realização de atividades libidinosas diversas da cópula carnal mediante fraude. A diferença entre ambos os crimes está no meio empregado para obter o suposto consentimento da vítima - que, se tivesse real conhecimento da situação, não teria aquiescido com a cópula. Por isso, explica Faria que a ausência da violência ou da grave ameaça impediriam o reconhecimento de prostitutas como sujeito passivo do crime enquanto ainda se limitada o tipo penal à mulher honesta.[76]

Dentre os exemplos de como poderia ser ardil o engado realizado, descreve Faria: "a simulação do casamento, substituir-se ao marido na escuridão da alcova, etc. (Vêde: *Exposição de Motivos*, nº 70), ou ainda casar-se sòmente pela igreja, convencendo a vítima de ser tal casamento o único válido" (Faria, 1961, p. 25).[77]

Com a alterção promovida pela Lei n.º 12.015/2009, os atos de constrangimento para realização de ato sexual mediante grave ou ameaça, seja para conjunção carnal ou outros atos libidinosos, passaram a todos serem enquadrados como estupro. Contudo, esse crime se aplica, atualmente, aos casos de vítimas maiores de 14 anos.

Quando o sujeito passivo é menor de 14, a partir da inclusão do art. 217-A pela Lei n.º 12.015/2009, aplica-se o crime específico de estupro de vulnerável (seja para a conjunção carnal

[76] Nesse sentido, complementa Faria que são prostitutas aquelas "[...], que mantém, pùblicamente, o comércio da sua carne.
Mulheres tais não são – honestas.
Não seria possível fraudar uma honestidade que não existe.
Mas, desonestas não são ùnicamente elas, mas também as que, sem exercer tal ocupação ou profissão, mas por devassidão ou mesmo por interêsse, embora casadas, freqüentam os *rendez-vous*, ou os *casinos* ou *boites* (modalidades estilizadas), ou outras *reuniões*, de idêntica moralidade, para se oferecerem à conquista dos moços bonitos ou dos velhos que disponham de dinheiro ou de... *fichas*.
Umas e outras, jungidas à mesma infelicidade, devem fiacar niveladas, no caso, em frente ao dispositivo ora apreciado" (Faria, 1961, p. 26, grifos do autor).

[77] Em outro caso ao qual não se reconheceu o crime: "Não ocorre fraude, para configurar o delito em aprêço, quando a mulher maior de 21 anos se entrega a seu noivo ou namorado pelo simples fato de haver êle duvidado da sua virgindade e para que o mesmo tal verificasse mediante conjunção carnal (*Revista Forense*, vol. 99, pág. 513)" (Faria, 1961, p. 27).

ou outros atos libidinosos), não sendo cabível a discussão de eventual consentimento da vítima que, em virtude da tenra idade, é ignorado, presumindo-se a ausência de tal consentimento.

No sujeito passivo do art. 215, a designação "mulher honesta" passou a ser apenas "mulher" com a Lei n.º 11.106/2005 (a mesma a que revogou os incisos VII e VIII do art. 107). A honestidade não pressupõe virgindade, mas sim uma "vida regular e uma conduta digna" (Faria, 1961, p. 26).[78] Em 2009 houve novo aumento das possíveis vítimas ao não mais se limitar às mulheres nem esse crime, nem o estupro (embora a lei já previsse que todos poderiam ser vítimas de atentado violento ao pudor - art. 214 - desde a redação original do CP/1940).

Além disso, com a Lei n.º 12.015/2009 o parágrafo único do art. 215 substituiu a pena maior no caso de vítimas virgens ou menores entre 14 e 18 anos para a previsão de multa em caso de ter sido obtida vantagem econômica com o crime.

O art. 216-A, incluído pela Lei n.º 10.224/2001, inicialmente tinha um parágrafo único estabelecendo mais duas situações a que se aplicaria a mesma pena. O Presidente da República vetou esse dispositivo utilizando o fundamentou elaborado pelo Ministério da Justiça:

> No tocante ao parágrafo único projetado para o art. 216-A, cumpre observar que a norma que dele consta, ao sancionar com a mesma pena do caput o crime de assédio sexual cometido nas situações que descreve, implica inegável quebra do sistema punitivo adotado pelo Código Penal, e indevido benefício que se institui em favor do agente ativo daquele delito.
> É que o art. 226 do Código Penal institui, de forma expressa, causas especiais de aumento de pena, aplicáveis genericamente a todos os crimes contra os costumes, dentre as quais constam as situações descritas nos incisos do parágrafo único projetado para o art. 216-A.
> Assim, no caso de o parágrafo único projetado vir a integrar o ordenamento jurídico, o assédio sexual praticado nas situações nele previstas não poderia receber o aumento de pena do art. 226, hipótese que evidentemente contraria o interesse público, em face da maior gravidade daquele delito, quando praticado por agente que se prevalece de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade (Brasil, 2002c).

O mencionado art. 226 regulamenta as hipóteses de aumento de pena nas disposições gerais sobre crimes contra a liberdade sexual, sedução e corrupção de menores e rapto. Desde a redação original do CP/1940, já se reconhecia aumento em 1/4 da pena "se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela" (Brasil, 1941, p. 237).

Ou seja, incluía as mesmas pessoas designadas nos dois incisos do parágrafo único do art. 216-A, de modo que os dispositivos seriam incompatíveis: ou seria a mesma pena para o

---

[78] Essa honestidade deveria ser averiguada no momento anterior ao crime, não importando a conduta posterior da mulher. Dentre os parâmetros de verificação dos locais frequentados para atestar ou não a honestidade da mulher, veja-se: "Foi julgado que não exlclui a – *honestidade* – da vítima o fato de freqüentar *gafieiras*, que não podem ser consideradas centros de perdição, mas apenas clubes de dança de gente pobre. (*Revista Forense*, vol. 109, pág. 210.) Ninguém ignora, entretanto, o que sejam êsses *templos*" (Faria, 1961, p. 26, grifos do autor).

assédio sexual, ou haveria o aumento de 1/4. Defendemos que, acertadamente, reconheceu-se essa antinomia real antes da publicação do texto, sendo fundamental o veto exercido pelo Presidente da República para que não influenciasse em casos julgados ou aguardando a tramitação processual.

Essa maior penalização foi mais uma vez reforçada em 2005, quando a Lei n.º 11.106 elevou o aumento de 1/4 para metade "se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela" (Brasil, 2005), o que foi mantido pela Lei n.º 13.718/2018 (Brasil, 2018).

O capítulo contra a sedução e corrupção de menores foi renomado para crimes sexuais contra vulneráveis pela Lei n.º 12.015/2009, a qual incluiu o referido art. 217-A, bem como os arts. 218-A, 218-B e 218-C, que não serão analisados por serem posteriores à revogação da extinção da punibilidade pelo casamento.

Inicialmente, o estupro de menores era denominado como "sedução" (art. 217), o qual correspondia ao defloramento no CP anterior.[79] Era descrito como realização da conjunção carnal com o abuso de confiança ou em decorrência da inexperiência das vítimas, que se limitavam a mulheres virgens entre 14 e 18 anos.[80] Já o art. 218 se destinava a atos libidinosos diversos da conjunção carnal, denominando-se "corrupção de menores", sem distinção da idade dessa menor.

Note-se que havia situações que mencionavam menores, sem especificação, e outras que delimitavam entre 14 e 18 anos. Na parte geral, estabelecia o art. 44, II, i), que era circunstância agravante ser o crime cometido contra "criança, velho ou enfermo" (Brasil, 1941, p. 194). Em regra, aos crimes sexuais, aplicava-se a presunção de violência prevista no art. 224, a), para as vítimas menores de 14 anos.

Contudo, isso não era convertido, necessariamente em aumento de pena, posto que na maioria dos crimes com menção a violência esse elemento era característico do tipo, e não causa de aumento de pena. Nesses casos, caberia a regra geral do art. 44, II, i). Com a reorganização da parte geral em 1984, a previsão passou para o art. 61, II, h). Houve uma pena diferenciada

---

[79] Segundo Faria, a substituição do termo ocorreu porque a nomenclatura anterior fazia "[...] supor como imprescindível condição material do crime a ruptura do hímen (*flos virgineum*), quando, na realidade, basta que a cópula seja realizada com mulher *virgem*, ainda que não resulte nessa ruptura, [...]" (Faria, 1961, p. [31]).

[80] Sobre essa limitação máxima de idade, justificou Faria: "[...], a menoridade, do ponto de vista da proteção penal, termina aos 18 anos. Fica, assim, dirimido o ilogismo em que incide a legislação vigente, que, não obstante reconhecer a *maioridade política* e a *capacidade penal* aos 18 anos completos (Constituição, art. 117, e Código Penal, modificado pelo Código de Menores), continua a pressupor a imaturidade psíquica, em matéria de crimes sexuais, até os 21 anos" (Faria, 1961, p. [31]). Afinal, à época estava vigente o CC/1916, o qual estabelecia que a maioridade civil era alcançada aos 21 anos completos (art. 9º).

apenas no estupro e atentado violento ao pudor, diretamente para os menores de 14 anos, a partir da Lei n.º 8.069/19090 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por os reconhecerem como vulneráveis.

Na sequência, elencavam-se os crimes de rapto. O art. 219 se destinava às mulheres honestas capturadas para fins libidinosos a partir de uma conduta violenta ou de grave ameaça ou fraude do agente. No caso do art. 220, estabelecia-se uma pena menor caso a raptada tivesse entre 14 e 18 anos e consentisse com a situação.

Conforme a interpretação sistemática com o art. 183, X, do CC/1916, não poderiam se casar "O raptor com a raptada, emquanto esta não se ache fóra do seu poder e em lugar seguro" (Brasil, 1916, p. 109). Assim, entende-se que essa restrição se aplicaria ao art. 219, mas não ao 220, em que a raptada consentiu com a fuga e, portanto, bastaria verificar se há novo consentimento para a realização do casamento, assim como de seu representante legal para não haver vício no negócio jurídico.

Se houvesse o concurso com outro crime, seriam aplicadas as penas dos crimes cumulativamente (art. 222). Além disso, o art. 221 estabelecia a seguinte causa de diminuição de pena: "**É diminuida de um terço a pena, se o rapto é para fim de casamento**, e de metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitue à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família" (Brasil, 1941, p. 236).

Trata-se de uma situação inversa da estudada: o casamento não seria realizado com a finalidade de impedir a imposição ou o cumprimento da pena, mas sim era o motivo da realização do crime que, por alguma circunstância (ex. falta de consentimento dos pais) foi realizado para que acontecesse o matrimônio. Contudo, percebe-se que não houve o engano da vítima simulando ou prometendo o casamento para que o agente se aproveitasse e praticasse com ela atos libidinosos.

Até este art. 220, aplicava-se a previsão do art. 108, VIII. Para Noronha, o casamento poderia ocorrer a qualquer tempo da instrução criminal em proveito do agente: "antes da ação, a impedirá; durante a ação, a deterá; e, depois da condenação, evitará seu cumprimento. Na última hipótese, só a pena se extingue, permanecendo a condenação para o efeito da reincidência e negação do *sursis*" (Noronha, 2001, p. 378). Percebe-se, então, que era uma causa comum de extinção do processo ou da pena, dependendo apenas do momento em que ocorresse.

Se houvesse a morte da vítima antes da celebração do casamento em decorrência da violência empregada no próprio crime, o processo seguiria normalmente, "não podendo o acusado alegar, em seu favor, como impedimento à vontade de casar, o evento da morte da vítima. Admitir-se a desculpa seria fraudar-se o aumento de penalidade, que a morte, por si só,

acarreta" (Carvalho Filho, 1955, p. 290). Permitir essa escusa afrontaria diretamente as disposições penais: ao invés de aumentar a pena, levaria à extinção da punibilidade, sem que se tivesse qualquer ônus decorrente do casamento, como o pagamento de eventual dote e os direitos inerentes da sociedade conjugal.

De modo diverso, se houvesse o casamento e a vítima falecesse enquanto ainda não tivesse prescrita a pretensão de julgamento do crime cometido, não se reverteria e extinção da pena reconhecida, pois, teria havido o matrimônio conforme a prescrição do legislador (desde que válido).

Se do crime resultasse como consequência à vítima lesão corporal, sem o resultado da morte, "se a ofendida, apesar de tudo, aceita casar, não haveria razões a desaconselharem o casamento" (Carvalho Filho, 1955, p. 291).

Por fim, o título dos crimes contra a honra elenca os crimes de lenocínio. Em virtude do maior número de tipos penais a que são cabíveis a extinção da punibilidade pelo casamento e pelo fato de esse instituto não ser aplicado a esses crimes, optou-se por não serem analisados. Contudo, alguns pontos relevantes são mencionados.

Nesses crimes de lenocínio, além de maior subdivisão entre as condutas de mediação para lascívia de outrem (art. 227), favorecimento de prostituição (art. 228), manutenção de casa de prostituição (art. 229) e rufianismo (art. 230), destaca-se a criação do tipo penal visando o combate ao tráfico de mulheres (art. 231) – posteriormente, ampliou-se para tráfico de pessoas (Lei n.º 11.106/2005). Este último implica em conduta transnacional, pois a vítima tem a entrada ou a saída facilitada do Brasil para fins de prostituição. Inicialmente, a vítima era mulher, mas a partir dessa alteração em 2005 passou a entender que qualquer pessoa poderia ser agente passivo.

Quanto ao procedimento, a ação penal para apuração dos crimes contra a liberdade sexual dependia, em regra, da apresentação de queixa, a qual deveria ser apresentada em até seis meses a contar da identificação da autoria, conforme disposição do art. 38[81] do CPP/1941. A ação penal seria pública nas hipóteses estabelecidas taxativamente no § 1º do art. 225, quais sejam:

> Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

[81] Conforme prevista na seguinte regra geral: "Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.
Parágrafo único. Verificar-se-á a decadência do direito de queixa ou representação, dentro do mesmo prazo, nos casos dos arts. 24, parágrafo único, e 31" (Bevilaqua, [1941], p. 8).

> § 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:
> I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;
> II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.
> § 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

A partir da Lei n.º 1 2.015/de 2009, a regra passou a ser ação penal pública para os crimes contra a liberdade sexual e os crimes sexuais contra vulneráveis. Não há menção ao capítulo do rapto, pois esse já havia sido revogado pela Lei n.º 11.106/ 2005.

Percebe-se que os dois incisos do art. 225 estão inseridos no contexto familiar: pela a preocupação com que as despesas do processo prejudicariam a manutenção da família, ou por quando o agente possuísse pátrio poder sobre a vítima (ou seja, no caso de pai), ou figuras semelhantes como padrasto, tutor ou curador. Na primeira situação, trata-se de uma opção legislativa que pode ser interpretada como um meio de não onerar desproporcionalmente a pessoa ou a família de quem foi vítima do crime e, somado a esse fato, teria o ônus de arcar com os gastos processuais de modo a prejudicar a si ou os membros da família.

Já na segunda situação, reconhece-se a importância justamente em decorrência da situação da vítima: além de sujeito passivo do crime, ainda por cima teria sua manifestação dificultada justamente pela posição de poder do criminoso, que poderia ser seu representante legal necessário para realizar a queixa que ensejaria sua persecução penal. Depender da anuência do agente para sua investigação criminal obstaria a finalidade do processo, sendo, então, compreensível o afastamento da iniciativa da vítima para o início da persecução penal, tornado a ação pública. Contudo, ainda há o problema da condição de representação (art. 225, §2º). Afinal, condicionar a representação ao representante legal agente do crime não resolveria a situação.

Porém, o Código de Processo Penal (Brasil, 1942) estabelece expressamente a possibilidade de o ofendido (no caso, a mulher vítima) poder pessoalmente exercer o direito de queixa ou representação a partir dos 18 anos (art. 34[82]), ou por meio de representante legal (entre 18 e 21 anos, conforme o art. 34; se absolutamente capaz, com base no art. 39[83] com

[82] Assim dispõe: "Art. 34. Se o ofendido fôr menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de queixa poderá ser exercido por êle ou por seu representante legal" (Bevilaqua, [1941], p. 7).
[83] Desse modo dispõe a íntegra do artigo: "Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.
§ 1.º A representação feita oralmente ou por escrito, sem assinatura devidamente autenticada do ofendido, de seu representante legal ou procurador, será reduzida a têrmo, perante o juiz ou autoridade policial, presente o órgão do Ministério Público, quando a êste houver sido dirigida.
§ 2.º A representação conterá tôdas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria.

poderes especiais para essa finalidade; ou no caso de absolutamente incapaz sem representante legal ou havendo conflito de interesses entre o ofendido e o representante, como no caso em tela, a queixa poderia ser realizada por um curador especial, com fundamento no art. 33[84]).

A previsão legal do CPP/1941 foi reforçada pelo Supremo Tribunal Federal com a aprovação da Súmula 594 em 1997, a qual dispõe: "Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal" (Brasil, [1875c]).

No caso de mulher casada, só se dispensava a anuência do marido em caso de separação ou quando este fosse o acusado, conforme previsão expressa do art. 35[85] do CPP/1941. Contudo, apesar de o Estatuto da Mulher Casada (Brasil, 1962, p. 100-104) ter entrado em vigor 1962 com as modificações de que a mulher casada não era mais considerada relativamente incapaz, de não constar a permissão processual dentre os atos que a mulher não poderia realizar sem autorização do marido (art. 242), e, portanto, ser um ato de livre realização por não ter vedação legal (art. 28, VII), a revogação expressa no CPP ocorreu apenas com a Lei n.º 9.520/1997 (Brasil, 1997). Todavia, aplicando as regras de conflito aparente de normas, entende-se que desde o Estatuto da Mulher Casada, tal autorização do marido para a persecução penal era dispensada.

Analisado o contexto histórico-legislativo da extinção de punibilidade pelo casamento, há um outro instituto que convém ser analisado para diferenciar as teses. Embora não regulamentada pela legislação penal, a doutrina e a jurisprudência estudaram, em diversas situações, a aplicabilidade ou não da legítima defensa da honra como meio de exclusão da ilicitude. Por isso, pondera-se sobre os limites de alargamento da interpretação dessa possibilidade que beneficiaria os réus.

O CCrim/1830 estabelecia em seu art. 18, § 4º, como circunstância atenuante o crime ter sido cometido em desafronta de alguma injuria ou desonra contra si, seus ascendentes,

---

§ 3.º Oferecida ou reduzida a têrmo a representação, a autoridade policial procederá a inquérito, ou, não sendo competente, remetê-lo-á à autoridade que o fôr.
§ 4.º A representação, quando feita ao juiz ou perante êste reduzida a termo, será remetida à autoridade policial para que esta proceda a inquérito.
§ 5.º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias" (Bevilaqua, [1941], p. 8).

[84] Na disposição integral: "Art. 33. Se o ofendido fôr menor de 18 anos, ou mentalmente enfêrmo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses dêste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal" (Bevilaqua, [1941], p. 7).

[85] Até a revogação, assim dispunha o artigo mencionado: "Art. 35. A mulher casada não poderá exercer o direito de queixa sem consentimento do marido, salvo quando estiver dele separada ou quando a queixa for contra ele.
Parágrafo único. Se o marido recusar o consentimento, o juiz poderá supri-lo" (Brasil, 1942, p. 42).

descendetes, cônjuge ou irmãos. Além disso, estabelecia no art. 14, §§ 2º e 3º a falta de punição, ao se reconhecer como justificável, aos crimes em defesa da própria pessoa, de seus direitos, ou em defesa da família do criminoso.

Correlacionando esses artigos, elucida Barroso: "Entendemos, que o crime commettido em defeza da honra é justificado, mas comprehende-se nos §§ 2 e 3 do Artigo 14*;* e quando não concorrem os requisitos exigidos, é uma circumstancia atténuante do § 3 do Artigo 18" (Barroso, 1866, p. 167-168).

Pelo que foi estudado, os crimes sexuais ofendiam a honra da vítima, e não do ofensor. Desse modo, o casamento era o meio de reparação da honra da vítima. Não se compreende como um ato criminoso, especialmente os de natureza sexual, poderia ter como justificativa a defesa da honra do autor.

Já o CP/1890 e CP/1940 possuem disposições sobre a legítima defesa. Para o primeiro, estipulava-se que não era criminoso quem praticasse o crime em legítima defesa própria ou de terceiro, reforçando que não se restringia o instituto à proteção da vida, mas também compreendia a lesão a outros direitos (art. 32, § 2º).

No CP/1940, tornou-se excludente de ilicitude. Pela definição, trata-se de repulsão de agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro com emprego dos meios moderados e necessários de modo suficiente para afastar esse ataque (arts. 19, II, e 21 na redação original; arts. 23 e 25 após a reestruturação da parte geral com a Lei nº 7.209/1984). Não se previa mais, de modo abstrato, questões de honra como elemento para diminuição da pena, muito menos para afastar a antijuridicidade da conduta.[86]

Conclui-se, então, que em nenhum momento na nossa legislação pátria seria possível alegar a legítima defesa da honra em crimes sexuais. Contudo, com relação a outros bens jurídicos, era possível a análise no CCrim/1830.

Nesse sentido, pondera Soares, em cotejo da legislação criminal brasileira com a alemã, que "A lei não distingue entre os bens juridicos [sobre os quais se aplica a legítima defesa]. A legitima defesa e tão admissivel para protecção da *honra*, do sentimento moral ou religioso, dos direitos políticos, como contra o crime de moeda falsa, e de traição ao paiz, etc." (Soares, 1910, p. 126, grifos do autor). Todavia, essa assertiva deve ser analisada com ressalva para não se banalizar o instituto e relegar a segundo plano a intenção do legislador com as condutas criminalizadas.

[86] A honra era mencionada, nesse sentido, em poucos crimes específicos para a diminuição da pena, como no caso do infanticídio e do aborto (arts. 298 e 301, respectivamente, do CP/1890).

Inicialmente, percebe-se sua utilização com honra no sentido dos crimes de injúria e difamação, no sentido de se defender das acusações feitas à própria pessoa. Contudo, passaram a ser questionadas situações envolvendo a honra das mulheres e dos maridos, o que trouxe novas discussões e defesas divergentes.[87]

Desse modo, um dos principais crimes em que essa tese era alegada consistiam nas violências físicas (agressão e até mesmo homicídio) a mulheres, justificando que seus namorados/companheiros/noivos/maridos teriam cometido o ato criminoso em defesa de sua própria honra, muitas vezes utilizando como argumento a infidelidade da mulher.

No CP/1890, não era considerado criminoso quem praticasse crime "para evitar mal maior" (art. 32, § 1º). Contudo, para a previsão ser aplicada, três elementos deveriam ser observados (art. 33): certeza do mal que se propôs evitar, falta absoluta de outro meio menos prejudicial, probabilidade da eficácia do que se empregou.

A ausência de alternativa exigia quatro outras circunstâncias (art. 34): agressão ser atual, que seria inviável impedir a conduta e solicitar ou obter auxílio da autoridade pública, a utilização de meios compatíveis e necessários para repelir o mal, observando a proporcionalidade em relação à agressão sofrida, bem como a inexistência de comportamento anterior que pudesse ter incitado ou provocado a agressão.

Quanto a este segundo ponto, Faria apresenta a seguinte decisão: "Não póde invocar a circumstancia justificativa da defesa da honra o marido que mata a mulher depois de perpetrado o adulterio (V. de Castro – *Sent. e dec. em mat. crim. pag. 117*)" (Faria, 1913a, p. 130, grifos do autor).

Faltariam diversos elementos para afastar a condenação: o resultado (adultério) já teria acontecido, não sendo possível evitá-lo, não era o meio menos prejudicial ou o mais proporcional, de modo que haveria diversas alternativas menos gravosas.

Essa mesma fundamentação afastaria também a aplicação da legítima defesa prevista nos Códigos anteriores: mesmo em caso de flagrante adultério, não há como essa ação ser tentada, deve ser consumada. Desse modo, ou está na iminência de haver ou adultério e busca-se prevenir ou obstar a ação, ou já foi exaurida a conduta.

---

[87] Um exemplo em que a divergência doutrinária sobre esse tema pode ser encontrada: "O próprio tratadista italiano [Alimena] entretanto, abre excepções a esta regra [de evitar a evidente desproporção entre a ofensa e a repulsa], que diríamos geral, e à pergunta — se tem o direito de matar o inimigo o pai que o sabe na imminencia de publicar a deshonra da filha? — responde: *creio que sim.* Seria, na sua opinião, a ligitima defesa contra a diffamação. Deixando de lado o que a critica teria a objectar a estes conceitos, concluamos que ALIMENA é dos que, em these, reconhecem a legitimidade da defesa do injuriado que recorre a meios violentos para repulsar a injuria" (Soares, 1910, p. 126, grifos do autor).

Ainda que estivesse na iminência, poder-se-ia questionar se constituiria injusta agressão - talvez se fosse o caso de um estupro (*lato sensu*, já incluindo atos libidinosos mesmo que não fossem a cópula carnal), mas, nesse caso, não seria adultério e se buscaria salvar a vítima da injusta agressão, de modo que não seria lógico matar a vítima do ato sexual visado salvá-la. Por fim, faltaria proporcionalidade na medida: não há como alegar razoabilidade em matar (ou ter a intenção de matar) por conta da infidelidade. A essas considerações se coaduna a seguinte decisão:

> "**Jurisprudencia –** O adulterio não colloca o marido offendido em estado de legitima defeza, pois que a morte dada por esse motivo não é repulsa de uma agressão nem meio adequado para reparar o mal.
> O Codigo Penal, admittindo a circumstancia da justificativa da defeza da propria pessoa ou de seus direitos, exigiu como requisitos – aggresão actual ou imminente e o emprego de meios adequados para evitar o mal em proporção da aggressão – por onde se vê que sómente podem ser objecto de legitma defeza os direitos susceptíveis de lesão por meio de aggressão *ex-vi et armis* (*Acc. do Sup. Trib. Federal, em 6 de Fevereiro de 1895, O Direito, vol. 66, pag. 390*) (Faria, 1913a, p. 127, grifos do autor).

Em que pese a fundamentação para afastar a legítima defesa da honra ser a mesma para o CP/1890 e o CP/1940 (e, como vimos, não admitida como excludente de ilicitude nem mesmo no CCrim/1830), até recentemente ainda poderia ser encontrada sua alegação nos tribunais.

Tanto que em 2003 iniciou o Supremo Tribunal Federal o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 779. O processo, julgado de modo definitivo em 2003, proibiu expressamente a utilização dessa tese por inconstitucionalidade, pois feria princípios como a dignidade da pessoa humana, proteção a vida e igualdade de gênero (respectivamente, art. 1º, III, e os dois últimos pelo art. 5º, *caput*, todos da Constituição de 1988.[88]

[88] Assim dispõe a ementa: "O Tribunal, por unanimidade, julgou integralmente procedente o pedido formulado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental para: (i) firmar o entendimento de que **a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF)**; (ii) **conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa** e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento; (iv) diante da impossibilidade de o acusado beneficiar-se da própria torpeza, fica vedado o reconhecimento da nulidade, na hipótese de a defesa ter-se utilizado da tese com esta finalidade. Por fim, julgou procedente também o pedido sucessivo apresentado pelo requerente, de forma a conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 483, III, § 2º, do Código de Processo Penal, para entender que não fere a soberania dos vereditos do Tribunal do Júri o provimento de apelação que anule a absolvição fundada em quesito genérico, quando, de algum modo, possa implicar a repristinação da odiosa tese da legítima defesa da honra. Tudo nos termos do voto reajustado do Relator. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 1º.8.2023" (Brasil, 2023b, grifos nossos).

Após a analise normativa, doutrinária e de diversos julgados, conclui-se que o casamento como excludente da punibilidade tinha uma consequência lógica da reparação da honra – tanto que havia justamente a correlação entre os crimes sexuais e a honra. Por isso, em diversos desses crimes, as vítimas era mulheres, especialmente as virgens e as honestas.

Houve até a confusão do instituto entre excludente do crime com excludente de punibilidade, especialmente quando se considerava o momento de realização do crime e o possível impedimento de se ajuizar ou prosseguir a ação penal. Afinal, se sequer há instrução e muito menos um julgamento, não há que se falar em decisão condenatória com a imposição de uma pena. Sem isso, não haveria extinção da punibilidade, por não se poder afastar o cumprimento de uma pena que foi sequer imposta.

Contudo, a recepção dessa previsão era mista. Por um lado, reconhecia-se a importância do casamento (especialmente para as mulheres) e a consequência positiva de ele ter acontecido, apesar do crime que poderia levar à ruína da mulher (leia-se: atrapalhar o casamento com outra pessoa). Essa seria a reparação da honra, muito mais com um viés social do que efetivamente voltado à reparação da vítima pelo dano causado. Mais uma vez, tomamos o cuidado de não interpretar a norma com a lente atual, mas defendemos que, acima de tudo, havia o interesse da sociedade em não deixar esses crimes de evidência, apagando-os com o matrimônio.

Por outro lado, havia o reconhecimento de que se tratava de uma reparação ficta, e que, muitas vezes, poderia levar a sentimentos negativos dessas mulheres que, além de vítimas do crime, depois tinham que conviver com seus agressores sem a possibilidade de dissolução desse casamento antes da morte (a não ser que houvesse o descumprimento das normas no momento da união).

Apesar de reconhecida essa situação que configuraria, atualmente, uma revitimização, a doutrina evitava completar esse raciocínio, voltando o enfoque ao viés positivo. Por isso, cabe o questionamento que será analisado em tópico específico: enquanto negócio jurídico, um dos elementos fundamentais para a validade do casamento é a livre manifestação da vontade. Mas até que ponto a vontade da mulher em se casar com o seu agressor sexual realmente era a vontade de contrair o matrimônio?

Conclui-se, também, que há, com esse instituto, uma inversão de valores: enquanto se difunde o Direito Penal como a *ultima ratio*, ou seja, o último recurso da lei e do puder de punição estatal para as violações das normas, o verdadeiro "último argumento" é do Direito Civil, mais especificamente do Direito de Família. Afinal, o poder punitivo do Estado dependia, em última instância, do consentimento da mulher-vítima em se casar ou não com o agressor, permitindo ou não a persecução penal.

4.3 O crime de adultério

A fidelidade conjugal é tema que perpassa épocas, locais e instituições, de modo que diversos ordenamentos previam punição severa ao crime de adultério. Pela concepção histórica da origem do instituto, este nem sempre foi o fundamento para a tipificação. Explica Castro que:

> O marido tinha o direito de vender, offerecer, repudiar o alugar a mulher: mas esta, como cousa, como propriedade que era, não podia dispor do seu corpo sem o consentimento do seu senhor. O adulterio não era considerado uma affronta á honra conjugal, e sim uma espécie de roubo, um delicto contra a propriedade

Então, num primeiro momento, verificava-se como violação de propriedade. Com a influência do direito canônico, sobrepondo-se a religião cristã e a sacralidade do matrimônio, foi essa figura se aproximando do compromisso prestado entre as partes na união de serem fieis reciprocamente. Não apenas a moral religiosa incidiu sobre o adultério, mas como aos demais crimes sexuais, conforme aponta Araujo:

> E a isto se deve accrescentar o rigor com que o direito ecclesiaslico por influencia da theologia moral christã incriminou todas as formas de conjuncção carnal illegitima.
> Assim, não só o adultério foi punido severamente, mas também a **bigamia**, o **rapto**, o **lenocinio**, o **estupro**, o **incesto**, a **sodomia**, a *venus* **monstruosa** ou **nefanda** deram lugar a supplicios atrozes prescriptos pelos legisladores até á apparição dos novos códigos no século 19°.
> Neste ponto são celebres pela influencia do direito canonico as Ordens. do Liv. 5º Tits. 23 a 33 (Araujo, 1901, p. 308, grifos do autor).

O fato de a tipificação estar presente, em maior ou menor grau, em todas as Ordenações do Reino esclarece a importância concedida pela sociedade ao dever de fidelidade, a ponto de constar nas normas em diferentes séculos e a ponto de ser uma tipificação criminal. Nesse sentido, demonstra-se, segundo Brigas,

> [...] que o desvalor jurídico inerente ao adultério foi uma constante no pensamento dos séculos XV, XVI e XVII. Importante se afigura igualmente o facto de o legislador reconhecer o desvalor inerente à violação do dever de fidelidade, sancionando-o com uma pena, afastando a punição mais leve, associada à ordem jurídica civil (Brigas, 2019, p. 393).

Pode-se definir o adultério como a quebra da fidelidade conjugal, concretizada por meio de uma relação física que viola o compromisso do matrimônio, podendo ser cometida pelo marido ou pela esposa (Siqueira, 1932, p. 509). Apesar do crivo social de reprovação, a punição mais severa era destinada às mulheres. Dentre os motivos encontrados, pode-se elencar que “o

receio da ilegitimidade da filiação era seguramente um dos factores justivicativos da especial severidade com que o comportamento feminino era reprovado" (Brigas, 2019, p. 393, p. 393).

Como exemplos dessa reposta rigorosa, nas OA, além das sanções criminais, a conduta era considerada pecaminosa. Por isso, considerava-se que "[...] a licitude da morte da mulher adúltera e do homem com quem esta o pratica tem por fundamento o costume e não o direito comum" (Brigas, 2019, p. 393, p. 394).

Nas OF, o marido que flagrasse o adultério da esposa estava acobertado pela excludente de ilicitude ao assassina-la, em regra [89]. Pela gravidade dessas penas, percebe-se a hierarquia conferida ao adultério: "A honra parece ficar em segundo plano quando valores de ordem social surgem em colisão" (Brigas, 2019, p. 393, p. 401).

Embora não sejam situações em que o casamento permita a extinção da punibilidade por contrariedade lógica com o próprio tipo penal, convém estudar situações em que o perdão entre as pessoas casadas poderia extinguir a punibilidade. Isso ocorria no crime de adultério, tipificado no CCrim/1830, no CP/1890 e no CP/1940 até 2005.

O CCrim/1830 manteve a tipicidade da conduta nos arts. 250 a 253. Segundo Freitas, essas disposições são exceções à regra de que os direitos pessoais pertencem, em regra, à legislação civil. Isso porque trata-se o adultério da violação desses direitos pessoais.[90]

Além disso, considerava-se a possibilidade de o reconhecimento do adultério ser motivo que afrontaria a desonra do criminoso, de seus ascendentes, descendentes, ou irmãos e, por isso, poderia ter ensejado o autor a cometer o crime pelo qual estava sendo julgado e, portanto, haveria a classificação como elemento incidente na circunstância atenuante do crime (art. 18, § 4º).

Nesse Código, localizava-se nos crimes contra a segurança do estado civil e doméstico (capítulo III do título II - crimes contra a segurança individual). Ao marido, à esposa e às

---

[89] As exceções dependiam de a outra vítima, com quem a esposa tivesse cometido o adultério, fosse pessoa de classe superior à do marido traído: "[...], salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adulterio, não morrerá por isso mas será degradado para Africa com pregão na audiencia pelo tempo, que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que mater, não passando de trez annos" (Almeida, 1870a, p. 1188).

[90] Assim fundamenta Freitas sobre a penalização dessa conduta: "Este delicto [o adultério], pelo lado dos cônjuges entre si, importa a violação de um direito pessoal; pelo lado do adultero, corresponde á offensa do direito de segurança do estado civil. Póde-se também, contemplar o caso dos tutôres e curadôres, [...]. Nas relações dos contractos e quasi-contractos a regra é, que as faltas não constituem delicto, e regem-se pelos princípios peculiares das convenções. Todavia, essas faltas podem algumas vezes degenerar em delictos do Direito Criminal, [...]. Nas relações motivadas pelos delictos e quasi-delictos o não cumprimento das obrigações, que d'ahi resultão, não póde originar outros delictos. Entretanto o Art. 32 do Cod. Pen. e o Art. 226 do Cod. do Proc. Crim. mandavão condemnar á prisão com trabalho o delinqüente, que não tivesse meio para satisfação do damno causado. Mas esta disposição foi virtualmente revogada pelo Art. 68 da Lai de 3 de Dezembro de 1841. O Av. Circ. n. 183 de 18 de Outubro de 1854 dá uma intelligencia contraria, que nos parece insustentavel" (Freitas, 1876, p. LXVII-LXVIII).

pessoas com as quais cometeram ao adultério, previa-se pena de prisão com trabalho pelo período de um a três anos (arts. 250, 251 e 253). A acusação caberia exclusivamente ao cônjuge, o qual perdia o direito caso tivessem consentido anteriormente com tal adultério (art. 252).

Todavia, há uma distinção entre condutas: ao marido, exigia-se uma relação mais séria na traição, o que não constava no tipo penal da esposa. Conforme a redação original dos artigos: "Art. 250. A mulher casada, que commetter adultério, [...]", em oposição a: "Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda e manteúda, [...]" (Brasil, 1831, p. 31). Pode-se, então, interpretar que traições mais simples do marido seria criminalmente tolerável, condenando-se quando houvesse quase uma estrutura familiar paralela, diferente de qualquer conduta de traição da esposa que já seria penalmente relevante e condenável.

De modo semelhante, no CP/1890 tipificou o adultério[91], embora a manutenção do crime fosse questionada e até mesmo suprimida em projetos posteriores,[92] mas alterou a localização no Código para o mesmo título dos crimes sexuais.[93] O crime de adultério poderia extinguir todos os efeitos da acusação e da condenação (o que inclui o afastamento da punição) no caso de perdão ou reconciliação entre os cônjuges (art. 281, parágrafo único). Acerca da reconciliação, explica Faria que:

---

[91] Interessantes ponderações fez Viveiros questionando sobre a opção de política criminal em tipificar a conduta. Dentre os argumentos, questiona que não encontrava nenhum processo sob esse fundamento: "O legislador nâo deve edictar disposições inúteis e ociosas. Ora o art. do Código Penal que pune o adultério é letra morta, nunca foi applicado. Não conheço no Brazil um só exemplo de um processo desta ordem, apezar das informações que procurei colher. O marido que recorresse a semelhante meio para punir a infidelidade da mulher incorreria no desprezo da sociedade e tornar-se-ia objecto de ridiculo. (Isto Viveiros escrevia talvez em 1896, porque em 14 dé Agosto de 1897 teve occasiâo de julgar um caso de adultério, como se vê na *Jurisprudência criminal,* p. 266)" (Soares, 1910, p. 575).

[92] Dentre os críticos, apontam-se as considerações de Araujo: "[...] o divorcio que, uma vez admittido, impediria muitos crimes, de bigamia, **adulterio** e homicidio, invocando dados estatisticos interessantes, cuja apreciação confirma as observações psychologicas e da experiência.

O adulterio não é crime no direito inglez e outr'ora era sujeito aos tribunaes ecclesiasticos, que, conforme Stephen, podiam applicar penas **espirituaes** e também a detenção até seis mezes; mas depois esse mesmo foro especial deixou de se occupar delle.

[...]

O projecto não podia manter como crime um acto que, si para alguns é um peccado susceptível de penas-espirituaes, é para outros a infracção de um contracto a que deve corresponder sancção puramente civil.

[...]

Em summa, a eliminação do adulterio do quadro da criminalidade do projecto, si é uma originalidade, tem honrosos precedentes, [...] alem de que trata-se da abolição de um instituto imposta por motivos imperiosos de conveniências domesticas e de moralidade social" (Araujo, 1901, p. 387-388, grifos do autor).

[93] Acerca dessa alteração, explica Araujo sobre a opção feita pelo legislador: "A collocação do capitulo é que é differente nos nossos dous códigos, porque o de 1830 collocava tal crime no titulo correspondente ao do actual, relativo á segurança do estado civil, conforme a opinião hoje de Pessina e outros, que negam que seja um crime principalmente contra o pudor.

Nypels pensa bem que é não só um crime contra os costumes, mas também contra a ordem na família e por isso deve estar neste titulo, como fizeram os projectos de revisão do nosso código, tratando aqui do assumpto na respectiva exposição de motivos o de 1893" (Araujo, 1901, p. 389).

> A desistencia da acção pode ser expressa ou presumida. Expressa quando se manifesta por um acto formal; presumida quando resulta da reconciliação dos esposos. Se fôr antes da queixa obsta o seu recebimento; si depois, extingue a acção.
> Presume-se perdoado o adulterio, quando o conjuge innocente, depois de ter conhecimento d'elle, houver cohabitado com o culpado. (Dec. 181 de 24 de Janeiro de 1890, art. 84.) Todavia como esse facto não é o unico que possa fazer presumir a reconciliação, ao criterio dos juizes e Tribunaes é assegurada a faculdade de apreciar o caracter e o alcance dos factos allegados como prova da reconciliação (Faria, 1913b, p. 369).

A acusação cabia somente aos cônjuges (arts. 279, § 2º, e 280, portanto, devia-se comprovar o casamento válido por qualquer prova permitida em direito) (Faria, 1913b, p. 367), devendo a queixa ser procedida em até três meses da data do crime (arrt 281, *caput*) e exigia o flagrante delito ou documentos escritos resultantes do flagrante (art. 280), como uma confissão judicial ou o reconhecimento em cartório de filiação extraconjugal.

O tipo penal aborda no *caput* do art. 279 a esposa e o marido no § 1º, n. 1º. Porém, a conduta de traição do marido deveria ser reiterada, pois deveria ter "concubina teuda e manteúda", o que pressupõe uma relação contínua, e não uma ação pontual, que poderia ser imputada à esposa. Nas duas situações, porém, deveria haver conduta dolosa de violação da fidelidade conjugal. Por isso, algumas situações não configurariam adultério:

> a) Quando a mulher suppunha que seu marido estivesse morto;
> b) Quando foi constrangida por violencia physica ou moral;
> c) Quando foi enganada.
> Egualmente, não será responsavel o estranho (co-réo):
> 1.° Quando ignorava que a mulher fosse casada;
> 2.º Quando a mulher, podendo ser casada, era prostituta (Faria, 1913b, p. 363).

Embora o legislador previsse a mesma pena, havia maior destaque (ou maior importância) à traição cometida pela mulher, punindo qualquer conduta de violação do dever de fidelidade, enquanto que o marido seria punido apenas caso a traição se revelasse uma relação maior e duradoura, não bastando um único ato. Por consequência lógica, se o casamento fosse nulo (mas não anulável)[94], não seria imputável o crime (Faria, 1913b, p. 361).

Todavia, mera separação de corpos não era escusa, pois, apesar de a Lei do Casamento Civil regulamentar o divórcio (arts. 80 a 92), não se reconhecia a dissolubilidade da sociedade conjugal por meio dessa separação, apenas com a morte de um dos cônjuges (art. 93) (Brasil, 1890a, p. 179-180).

[94] Conforme explica Siqueira, "[...], deixa de haver crime se o casamento da mulher fôr *nullo,* por isso que não constitue um facto de exercício jurídico, nem estabelece vinculo jurídico de fidelidade; tratando-se, porém, de casamento *annullavel,* como subsistem taes condições emquanto não se verificar a annullação, é possivel o adulterio punivel" (Siqueira, 1932, p. 516, grifos do autor).

A exceção seria se a celebração do casamento fosse meramente religiosa, e não civil, posto que, para o Estado, não seria reconhecida legalmente essa união e, consequentemente, não haveria como se imputar o crime de adultério (Faria, 1913b, p. 362).

Ainda, em caso de julgamento de adultério, caso a mulher obtivesse a absolvição por ter alegado que não havia o casamento, não seria possível, posteriormente, se habilitar para ter participação no espólio daquele que negou ser seu marido. Afinal, se o casamento não foi reconhecido anteriormente, não seria possível fazê-lo agora para comprovar sua qualidade de herdeira.[95] Seria permitir um benefício pela própria torpeza, o que entendemos que acertadamente foi afastado.

Do mesmo modo, percebe-se que apesar da mesma punição, há o tratamento diverso com os termos utilizados para designar as pessoas com as quais as traições foram feitas: as mulheres foram denominadas concubinas, já os homens eram co-réus adúlteros (art. 279, § 1º, n. 2º e 3º). No caso de o crime de adultério ter sido julgado e as partes condenadas, o adúltero e o co-réu não poderiam se casar por força do disposto no art. 183, VII, do CC/1916 (Brasil, 1916, p. 109).

No CP/1940, a tipificação do adultério se encontrava nos crimes contra o casamento, que por sua vez compunha o título dos crimes contra a família juntamente com os crimes contra o estado de filiação, contra a assistência familiar, e contra o pátrio poder, tutela ou curatela.

Houve significativa redução da pena: detenção (ao invés de prisão) pelo período de 15 dias a seis meses (art. 240). De modo semelhante à legislação anterior, a mesma pena era aplicável ao co-réu envolvido nesse ato, sendo que a ação penal somente poderia ser intentada pelo cônjuge traído, desde que não estivessem desquitados ou se de algum modo expresso ou tácito esse cônjuge tenha perdoado ou consentido com o adultério.

A aplicação da pena poderia ser afastada, conforme o § 4º do referido art. 240, no caso da separação de corpos ("se havia cessado a vida em comum dos cônjuges") (Brasil, 1941, p. 240) ou se o cônjuge traído tivesse praticado algum dos atos previstos no art. 317 do CC/1916, ou seja, em caso de desquite, o qual era permitido em situações bem restritas:

> Art. 317. A acção de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:
> I. Adultério.
> II. Tentativa de morte.
> III. Sevicia, ou injuria grave.
> IV. Abandono voluntario do lar conjugal, durante dois anos contínuos (Brasil, 1916, p. 137).

[95] A vedação está disposta no art. 157 da CLC: "Se a molhér negar em Juízo seu casamento, sendo absolvida por esto motivo em acção de adultério, ou obtendo vencimento em qualquer demanda; não poderá depois da morte do marido têr parte nos bens deste, posto que pretenda provar a qualidade de casada" (Freitas, 1876, p. 149-150).

Nas duas situações, percebe-se a conclusão lógica: se o casal está desquitado ou de algum outro modo tivesse parado a convivência e o tratamento como cônjuges, não havia mais o sentimento de casamento entre as partes, motivo pelo qual acredita-se ter se pautado o legislador para excluir a punição pelo adultério, mesmo que não se permitisse a dissolução da sociedade conjugal por esse meio.

Este instituto foi profundamente alterado com a Lei n.º 6.515/1977, a denominada Lei do divórcio, que passou a elencar em seu art. 2º as situações em que se consideraria finda a sociedade conjugal: com a morte de um dos cônjuges, se houvesse anulação ou nulidade do casamento, após separação judicial, ou pelo divórcio. Contudo, em seu parágrafo, estipulou-se que o casamento válido apenas seria dissolvido (ou seja, haveria a dissolução da sociedade conjugal) "pela morte de um dos cônjuges pelo divórcio" (Brasil, 1977b).

O crime de adultério apenas foi expressamente revogado do CP/1940 com a Lei n.º 11.106/2005, sob a justificativa que esse tipo penal "ofende apenas a honra do cônjuge e não a sociedade como um todo, portanto, não deve ser tutelado pelo Direito Penal" (Brasil, 2004).

De certo modo, apesar de não haver mais a conduta ilícita do adultério em âmbito criminal, pode-se considerar que a reconciliação ainda pode ter influência na não aplicação da pena. Isso porque, nos termos da Lei Maria da Penha, quando o crime for processado em ação penal pública condicionada à representação da vítima, antes do recebimento da denúncia o juiz deve realizar uma audiência destinada especificamente para essa finalidade, sendo ouvido também o Ministério Público.[96]

Assim, caso a vítima retire a acusação, seja por reconciliação ou outro motivo, não haverá prosseguimento na ação penal e, em última instância, não há que se falar em aplicação da pena. Já nos casos dos crimes que seguem o procedimento de ação penal pública incondicionada, não há como a vítima desistir da denúncia ou impedir o prosseguimento da instrução criminal.

4.4 Consentimento

Apesar das diferentes regulamentações do casamento e a transformação histórico-jurídico do instituto, perpassando da celebração meramente religiosa, à sua proibição com a imposição do casamento civil, até a convivência de ambos, mas atribuindo os efeitos civis

[96] Cf. art. 16 (Brasil, [2025a]).

apenas aos casamentos que observem os requisitos legais, compreende-se o instituto como um contrato solene e formal

Por isso, enquanto espécie de negócio jurídico, a manifestação da vontade é compreendida, atualmente, como um dos elementos essenciais para a consequente validade e a possível eficácia. Contudo, sua importância já tem um longo histórico normativo.

Por influência do direito romano nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, desde antes do Concílio de Trento (1545-1563) já era compreendido o consentimento como elemento essencial para a celebração do casamento, embora alguns autores defendessem que além disso, haveria outro elemento fundamental para a concretização dessa união: a cópula carnal – e isso teria como uma das principais consequências a indissolubilidade do casamento (Brigas, 2018, p. 46).[97]

Um terceiro elemento, e aplicável atualmente assim como o consentimento, é a manifestação pública da intenção de contrair o matrimônio. Essa tramitação criada em 1215 pelo Concílio de Latrão era denominada *banhos*[98] e, além de se evitar uniões surpresa e que infringissem as regras de impedimento, "tratava-se da primeira tentativa de afastar os casamentos clandestinos, matéria que será novamente discutida no Concílio de Trento, no século XVI, atendendo à necessidade de distinguir os casamentos efetivamente celebrados das relações de concubinato" (Brigas, 2018, p. 47).

À época das OF, por exemplo, já era reconhecida a importância da expressão livre de consentimento pelas mulheres. Segundo Brigas, nesse regramento "[...], a manifestação da vontade feminina é considerada indispensável para a validade dos actos, afastando o temos feminino face ao marido e/ou progenitor" (Brigas, 2018, p. 54). Contudo, isso não era visto como contrariedade ao fato de a mulher ter muitas limitações no âmbito familiar em decorrência

---

[97] Condição aceita desde por muitos séculos: "O Concílio de Trento manteve a indissolubilidade do vínculo matrimonial, admitindo apenas a *separatio quod thorum ac mensam*, instituição aceite desde o século XIII. Deste modo, reconhecia-se a separação da vida em comum do casal, apesar de existir casamento. Isto é, deixa de haver coabitação e a exigência de débito conjugal" (Brigas, 2016b, p. 77).

[98] Podem ser definidos como a "[...] tramitação específica para a celebração do matrimónio, estabelecendo a obrigatoriedade de anúncio público da intenção de casamento" (Brigas, 2016b, p. 71). Equivale ao atualmente denominado proclamas: "Para dar publicidade, aconselhava-se a realização do casamento às portas da Igreja e, posteriormente, no século XII e XIII determinou-se, a exemplo do que ocorria na Igreja Galicana, os editais em três missas solenes, de domingo, indicando os nomes dos que iam contrair matrimônio. Eram os chamados *banna matrimonialia,* isto é, *edicta publica, quibus matrimonium proclamatura,* expressões pela primeira vez encontradas na Igreja Galicana, como informa GLÜCK, nas suas *Pandectas* (obra cit. L. C. XXIII, pág. 553, § 1.219).

A palavra banhos é empregada em sentido de proclamas, edital feito na Igreja, chegando mesmo a dizer-se banhos de igreja como sinônimo de casamento. Essa praxe aparece em seus primórdios em *Decretal* do PAPA INNOCÊNCIO III, dirigida ao bispo de Beauvais, no ano de 1212, na qual manda aplicar os editais *Secundum Consuetudinem Ecclesiae Gallicanae* (apud GLÜCK, obra citada, L. XXII, pág. 554).

Esse uso especial da igreja galicana foi proclamado lei geral pelo PAPA INNOCÊNCIO III, no 4.º Concílio de Latrão, no ano 1215 (GLÜCK, obra cit. L. XXIII**,** 555)" (ROCHA, 1974, p. 15-16).

da estrutura patriarcal vigente, a qual se pautava na diferença das atividades pelos diferentes sexos.[99]

Em legislações mais antigas, mas já sob dogmas cristãos, houve época em que a pena do sedutor condenado era se casar com a vítima, dotando a mulher se o pai não consentisse com o casamento. Ou seja: era situação diametralmente oposta à estudada, qual seja, a extinção da punibilidade por meio do casamento, pois havia uma condenação e, dentre as penas, impunha-se o casamento com a vítima. Se nenhuma das duas sanções fosse respeitada, as novas penas seriam de açoite, excomungação e prisão perpétua em um mosteiro (Castro, 1897, p. X). Posteriormente, outras opções foram surgindo. Segundo Castro,

> A pena variava segundo a gravidade das circumstancias que acompanhavam o facto. Se o seductor queria casar-se e o pai da offendida consentia no casamento, um comissario do Parlamento o conduzia todo algemado até á egreja; e ahi, sem publicação de banhos, sem o consentimento do cura, sem a permissão do bispo, procedia-se ao casamento pela unica autoridade dos juizes seculares. Este singular uso foi abollido pela declaração de 1730, registrada no Parlamento de Rennes. A pena era a de morte se o criminoso usou ele força physica brutal para violar a virgem ou se tinha alguma autoridade sobre ella, se era, por exemplo, seu tutor, seu medico, seu precéptor, seu mestre (Castro, 1897, p. XI).

Em ambos os casos, contudo, percebe-se que não há qualquer menção ao consentimento da mulher, no máximo do pai da vítima em concordar ou não com o casamento após o criminoso ter sido condenado. Além disso, outras formalidades, como os banhos (figura que se equipararia aos proclamas atuais) também poderiam ser dispensadas nessas situações.

Por outro lado, em alguns momentos já se previa algo que realmente se aproximava à proteção das mulheres, como o reconhecimento de que à violação ao corpo de qualquer mulher, prostituta ou não, com violência física ou coação moral seria imputado o crime de estupro.

No caso de menores, mesmo que houvesse o consentimento, no caso de sedução, engano ou fraude, poderia o réu ser condenado por defloramento. Percebe-se que esta última situação se assemelha à atual figura do estupro de vulnerável em que as vítimas são menores de 14 anos, crime para o qual o consentimento da vítima é irrelevante para seu enquadramento.

No CCrim/1830, nem nos crimes sexuais, nem nas causas permissivas de extinção de punibilidade por meio do casamento havia qualquer menção ao consentimento da mulher. Nos crimes sexuais descritos no CP/1890, o consentimento era elemento fundamental para distinguir se se tratava de defloração ou estupro, dependendo da idade da vítima e de sua situação íntima (virgem ou não), bem como se a situação seria considerada crime ou não.

---

[99] Além disso, a previsão normativa não significava, necessariamente, sua efetiva observação: "Na prática, a ausência desse pressuposto não influenciou a validade do matrimónio, já que as sanções eram apenas de natureza canónica" (Brigas, 2016b, p. 71).

Quando a vítima era menor de idade, contudo, haveria a presunção do não consentimento: “Nos crimes contra a honra da mulher, **o consentimento d'esta, sendo menor**, não exime da pena o auctor do delicto. O art. 341 do Cod. Pen, italiano deve ser invocado como argumento subsidiario (Acc. do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 18 de Novembro de 1904; Rev. de Direito II, pag. 212)” (Faria, 1913b, p. 374).

Todavia, há duas situações distintas: quanto ao consentimento para a classificação do delito, quanto ao consentimento para a realização do casamento que resultaria na extinção da punibilidade do criminoso sexual. Há, então, dois aspectos fundamentais para serem analisados: pelo viés criminal, e pelo viés cível.

Com relação à legislação portuguesa, o consentimento da vítima enquanto elemento de exclusão da punibilidade se aplicava nos casos expressamente previstos em lei, conforme previsão expressa do art. 29.º, n.º 5.º do Código Penal português de 1886. Nesse sentido, Caetano compreende que a fundamentação por essa opção legislativa não levava em consideração a finalidade da pena: “Esta doutrina perdia de vista o caráter público da punição: a pena aplica-se, não para vingar uma ofensa individual, mas por necessidade social em ordem à realização da Justiça” (Caetano, 1939, p. 299). No mencionado Código, como exemplo de aplicação havia a previsão do benefício aos crimes de estupro (art. 392.º), rapto de mulher virgem com menos de 18 anos (art. 396.º), dentre outros (Caetano, 1939, p. 229).

No âmbito criminal brasileiro, a presença ou a ausência do consentimento dos atos sexuais é a diferença entre a ação poder ou não ser enquadrada como crime (desde que se obedeça às regras da anterioridade da lei penal). Em consonância ao exposto, manifesta-se Araujo:

> Os antigos criminalistas, diz Pessina, e as leis antigas adoptaram o nome de *estupro* para designar em geral a contaminação duma pessoa, fazendo-a sujeitar-se ao desafogo da libidinagem. Si a pessoa que se sujeita aos actos de libidinagem doutrem, a isso presta se voluntariamente, há concurso de vontades que peccam perante a moral; e sómente quando não concorre a vontade da pessoa estuprada, apparece a criminalidade objectiva do estupro, porque então a pessoa soffre violência, *vim patitur,* e sem sua vontade em sua castidade corporea (Araujo, 1901, p. 319).

Enquanto questão moral, preocupam-se o Direito Natural e o Direito Canônico. Enquanto objeto de norma criminal positivada, em regra, os atos libidinosos praticados em particular por pessoas em igualdade de condições, conquanto consensuais, não deveriam interessar à punição estatal. Com relação a esses diferentes vieses,

> No Direito Romano, o estupro era punido mais pelo fundamento da offensa á religião e á moral do que sobre o do direito violado, por isso não se exigia a condição negativa

> da falta de consentimento da pessoa estuprada; e quando o constrangimento se unia ao estupro, o meio adoptado era uma razão de aggravação do delicto.
> Foi o Direito Germânico que pôz em relevo a violência como condição do delicto.
> Mas com o direito ecclesiastico surgiu de novo como razão de incriminação a impureza do facto em si mesmo.
> E sobre esta base até o século 18° (como servem de exemplos as Ordenações, do Liv. 5º nesta parte) os chamados *delicia carnis,* como o estupro, o incesto, a sodomia, a venera bestial foram punidos severamente pelos legisladores (Araujo, 1901, p. 318).

Afinal, extrapolando o âmbito particular, quando houver desigualdade entre as partes (ex. menoridade que dificulte a livre manifestação da vontade) e não existir esse consentimento, passa-se à possibilidade de interessar a repressão da conduta por meio do aparato estatal. Esse entendimento, todavia, especialmente acerca dos elementos necessários para configurar alguns crimes, foi se alterando em diferentes épocas e sociedades. Acerca da alteração dos entendimentos sobre manifestação da vontade nas relações sexuais e o bem juridicamente (penalmente) tutelado:

> A pureza das mulheres é para ella mesma um bem tão precioso; ella interessa tão essencialmente á moral publica, á honra, á segurança e á constituição mesma das familias, que a lei devia defendel-a, não somente contra as violências, mas ainda contra as *surpresas* de toda natureza. O art. 332 não definio o estupro, mas não o restringe no caso em que o culpado tenha usado de violência. A generalidade dos termos desta disposição permitte crer que ella considera que ha estupro todas as vezes que a mulher não tem consentido no acto brutal de que ella tem sido victima. A mulher que não está exposta sinão á violência physica ou moral pode ainda defender-se. Aquella que é *surprendida durante seu somno* ou adormecida por poções narcoticas não pode livrar-se. Ella não tem sinão a lei para salvaguarda e a affronta que ella soffre não é menos offensiva, não é menos um estupro que aquelle que é o resultado da violência" (Araujo, 1901, p. 321).

Alguns elementos devem ser analisados. Em primeiro lugar, acima do bem estar físico e psicológico, considerava-se como elemento essencial a proteção da honra dessas mulheres, visando, dentre outros resultados, a resguardar a constituição das famílias. Por isso, entende-se que este é o cerne para o incentivo, de certo modo, ao casamento entre a vítima e seu agressor: pelo lado da mulher, a proteção de sua honra; em contrapartida, o encorajamento de o criminoso se casar com a vítima para que não sofra as sanções decorrentes de sua conduta ilícita, já que haveria uma excludente de punibilidade.

Em segundo lugar, mesmo em 1901, já se reconhecia e havia preocupações com os diversos meios ardilosos pelos quais as mulheres poderiam ser enganadas, drogadas e aproveitadas em situações de difícil ou nenhuma resistência frente à agressão. Dentre essas situações,

> [...] são consideradas, em seu conteúdo e alcance ou effeitos, a violencia physica, a moral, a fraude, o somno, a incapacidade no consentimento e outras condicções semelhantes ou equiparaveis, como a menoridade de 16 annos, o abuso da autoridade

> publica ou privada e certos estados produzidos pela suggestão hypnotica e o uso de narcóticos, anesthesicos, etc. (Araujo, 1901, p. 322).

Interessante ponderação faz Noronha sobre consentimento, coação e a validade do casamento realizado com a finalidade de extinção da punibilidade de algum crime contra a honra. Segundo o autor, anular o casamento celebrado sob coação revelaria uma contradição entre o Direito Civil e o Direito Penal. Advertia o autor para não se confundir ausência de espontaneidade com ausência de liberdade. Embora o consentimento não fosse espontâneo, posto que motivado pelo desejo de evitar o processo ou a pena, isso não significaria que tivesse deixado de ser livre, no sentido jurídico do termo (Noronha, 2001, p. 379).

Segundo o autor, não haveria essa incongruência, pois a finalidade principal ainda seria a reparação da vítima, relegando o interesse do autor do crime em não cumprir pena ao segundo plano. Carvalho Filho também reforça a importância de não se presumir, por mais fortes indícios que existam, a vontade de se casar: o consentimento deveria ser manifestado expresso e formalmente, livre de qualquer sujeição ou coação (Carvalho Filho, 1955, p. 296).

Para isso, diversas circunstâncias deveriam ser levadas em consideração, como eventual flagrante desigualdade social entre as partes. Apesar de o ordenamento jurídico não vedar expressamente, como ocorria na legislação portuguesa, reconhecia-se que, na prática, seria cabível analisar "[...], ao prudente critério dos interessados e do juiz, circunstância proibitiva do casamento, não pela desigualdade em si, mas pelo constrangimento moral para a mulher que sòmente teria a perder, enquanto o seu sedutor, além de beneficiado com a liberdade, sòmente teria a lucrar" (Carvalho Filho, 1955, p. 297).

A análise dessas considerações exige cuidado para que a visão atual não influencie no julgamento, afinal, pode nos parecer que o maior benefício seria ao criminoso, o qual não cumpriria pena pelo crime e, dependendo do momento do casamento, nem mesmo prejudicaria seus antecedentes criminais; e não a vítima que, além de ter sofrido o crime praticado contra si, ainda seria, de certo modo, penalizada a relembrar esse ato ao se casar, inicialmente de modo indissolúvel em vida, com o agente que lhe fez esse mal ou com terceira pessoa visando evitar a responsabilização daquele criminoso. Nesse sentido, embora de modo menos incisivo, já reconhecia Carvalho Filho:

> O casamento do ofensor com a vítima envolve o processo e o fato que lhe deu causa em perpétuo silêncio. Nenhuma memória sobreviverá. A sociedade ter interêsse em esquecer, para que marido e mulher, que repararam, pelo casamento, o deslize de um instante, encontrem na vida conjugal, sem lembranças penosas, nem levianos julgamentos alheios, o que a vida lhes pode efetivamente outorgar de tranquilidade e ventura.
> Não fôra assim, seria incompleto o objetivo da isenção; liberava-se da pena o ofensor, ficava satisfeita, no seu direito à reparação, a ofendida; ambos, entretanto, viveriam

> sempre constrangidos pela perspectiva de referência ou reminiscências, que lhes recordassem, e recordassem aos outros as origens do seu lar, possivelmente feliz, na base da mútua confiança (Carvalho Filho, 1955, p. 292).

As considerações do autor refletem as diversas facetas em xeque que, em troca desse apaziguamento social, vítima e criminoso conviveriam diariamente com as consequências daquele crime. No caso do homem, acredita-se que de modo mais brando, pois trocou a pena criminal (desterro, prisão, detenção) pelo casamento, com uma esposa a qual a sociedade exigiria que cumprisse seu papel esperado que beneficiaria o marido.

Pela interpretação atual, parece-nos que além de a mulher ter sido a vítima dos crimes contra a honra, havia sua revitimização diariamente nesse casamento em que, por mais que houvesse um consentimento, acreditamos que não era o ideal, pois, em virtude do julgamento social, a mulher poderia se sentir compelida a se casar para substituir um mal por outro.

Pondera-se quantas dessas vítimas se casaram não pelo interesse do casamento com a pessoa, mas sim para que sua honra (violada) não fosse mais questionada publicamente por um ato para o qual ela não concordou. Mais ainda, questiona-se em quantos casos sequer houve a verdadeira manifestação da mulher ou qualquer manifestação de sua parte.

Mesmo com a leitura da doutrina, especialmente a partir do CP/1940, percebe-se a linha tênue entre se manter a justificação do suposto benefício às vítimas, mas compreendendo-se, também, o lado da mulher em suportar esse casamento posteriormente.

Essa discussão, inclusive, permite a ponderação de em que momento ou quais casos efetivamente poderia se considerar haver a manifestação livre da vontade das mulheres, ou seja, em que a vontade exteriorizada correspondia exatamente à vontade interna de realização do casamento, pois restou clara a importância desse instituto na vida das mulheres. Essa conclusão, contudo, cabe apenas às reflexões, pois não há como se negar o problema da comprovação do elemento não exteriorizado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo histórico-comparativo das normas auxilia na profunda compreensão de institutos, desde as características iniciais, passando por suas alterações, até se chegar à configuração atual (ou se passar pela sua extirpação do ordenamento jurídico).

Em um país reconhecido por sua ampla produção legislativa, e no contexto de revisão dessas normas, especialmente a partir da proposta de alteração do Código Civil, pesquisas de História do Direito fornecem materiais para fomentar discussões acadêmicas e para fundamentar essas discussões de modificação das leis, bem como embasamento para decisões judiciais que devem fundamentar a aplicação das regras. Dedicou-se o estudo ao direito material, não ao processual.

Reconhecido o potencial impacto dessa pesquisa e apresentado o ineditismo do tema e do modo como é abordado, realizou-se uma investigação pautada por fontes primárias, pautada especialmente na legislação e na doutrina, com eventuais menções a decisões jurisprudenciais.

Nesse recorte temporal desde Ordenações de d. Duarte até o Código Penal de 1940 e o Código Civil de 2002, percebemos que o casamento, tanto na história legislativa brasileira quanto na portuguesa, foi objeto de diferentes regulamentações por diferentes ramos (Direito Civil, Direito Penal, Direito Canônico), refletindo muitas mudanças da sociedade.

Após compreender a natureza jurídica do casamento como contrato civil e analisar os diferentes requisitos legais para reconhecer a validade e a eficácia desse ato, foi feito o estudo sobre os elementos que compõem o crime, o que é o poder punitivo do estado (punibilidade) e quais situações era possível afastar essa punição (extinção de punibilidade), e esse afastamento da sanção tinha como fundamento o casamento entre vítima e agressor ou terceiros.

Enquanto meio de extinção da responsabilização criminal, verificou-se a ocorrência para crimes de caráter sexual, especialmente aqueles cujo bem juridicamente tutelado era a honra ou a dignidade sexual, tendo por vítimas mulheres.

A classificação do tipo de mulher a que se referia trazia diferentes implicações: se era virgem, viúva honesta, religiosa/freira, frequentadora da Corte, concubina/barregã, prostituta ou escrava branca. Por esse recorte já percebemos que nem todas as mulheres eram juridicamente protegidas: não havia disposições específicas para mulheres negras (que, no início da vigência das normas, incluindo o CCrim/1830, eram geralmente escravas).

Por um lado, em alguns momentos o casamento era o fundamento para a punição (nos casos de adultério e bigamia, quando havia a violação do dever de fidelidade conjugal); já em outros, o instituto do casamento tinha efeito oposto: a sua realização levaria à extinção da

punibilidade (em crimes como estupro, rapto, defloramento, constrangimento a atos sexuais diversos da cópula carnal, etc.).

Por meio da análise histórico-normativa, pode-se afirmar que, no Brasil, desde as Ordenações Afonsinas, as quais em muitas ocasiões estudadas replicava o previsto nas Ordenações de D. Duarte, o rompimento da utilização da celebração de casamentos com a finalidade de se extinguir a punibilidade ocorreu apenas em 2005, por meio da revogação dos incisos VII e VIII do CP/1940, finalizando-se apenas em 2019 com a Lei nº 13.811, que modificou a redação do art. 1.520 do CC/2002. Com essas leis, suprimiu-se o fundamento da extinção de punibilidade por meio do casamento e não mais se permitiu exceções para a celebração de casamentos antes que os nubentes atingissem idade núbil.

Com relação à produção das normas no país, interessantes conclusões foram obtidas. Fica nítido após a independência (e que se reforça com a diferença de 14 anos para CP e CCC não se contradizerem) o descompasso entre os códigos civis e os criminais.

O primeiro Código Criminal data de 1830, apenas 8 anos após a independência do Imperio brasileiro. Vimos, então, que os primeiros crimes tipificados eram justamente aqueles contra o Governo. Em 1890 foi promulgado o segundo Código Penal, apenas um ano após a decretação da República. Mais uma vez, um novo regime de governo levou à suplantação do código anterior, com forte criminalização de questões imperiais e de atos contra o Estado. Já o atual Código Penal data de 1940, fruto de uma época ditatorial em que houve uma inversão dos crimes na parte geral de modo que se iniciava com a proteção dos menores (as pessoas individuais) antes de se chegar aos maiores (o Estado).

A codificação civil, por outro lado, foi muito mais lenta e não encontra respaldo a consideráveis momentos históricos ou políticos. Iniciou-se com a organização e atualização das normas das OF na *Consolidação das leis civis*, elaborou-se o *Esboço* e outros anteprojetos, mas a aprovação ocorreu apenas em 1916. Desse modo, reconhecimentos que no âmbito cível, a fonte jurídica mais duradoura foi a portuguesa, com as OF (além das atualizações com regras brasileiras por meio de decretos, alvarás, decisões, leis, etc.), e não os códigos brasileiros.

Reconhecida a importância de atualização dessas regras, na década de 1960 começou o segundo movimento de elaboração de anteprojetos, situação esta que culminaria com um novo Código Civil apenas em 2002, atualmente vigente, mas preso a muitas décadas anteriores. Por isso, atualmente, visa-se não suplantar o CC, mas atualizar os dispositivos, discussão que se encontra no PL n.º 4/32025.

Foi possível analisar as transições legislativas do abrandamento das penas - desde penas morte e de serem queimados vivos, a permissão de se matar a esposa pelo flagrante ou

notoriedade do adultério (reconhecido como excludente de ilicitude), açoitamento, desterro, degredo e perda dos bens e de cargos oficias, até que se passasse às penas de multa e de prisão (não mais de modo perpétuo).

Além disso, assim como se discriminavam as vítimas, foi possível analisar como a classe social dos homens também influenciava nas penas que lhes eram impostas: aos membros das classes sociais mais abastadas, penas mais brandas e geralmente de caráter pecuniário; àqueles de classes sociais inferiores, penas mais graves e muitas vezes ligadas a castigos corporais (morte, açoitamento).

Ainda com relação às sanções pecuniárias, inicialmente o valor era fixado com base no crime, e não nas condições financeiras do agente, o que ocasionava uma desproporcionalidade nas penas. Afinal, na prática, os mais ricos sentiriam menos o impacto econômico, que poderia corresponder a uma quantia extraordinária no caso da pessoa menos abastada.

Foi possível compreender qual era a fundamentação da extinção da punibilidade por meio do casamento: a forte moralidade social impunha deveres de condutas recatadas às mulheres, as quais, especialmente as livres, tinham sua boa reputação diretamente relacionadas à virgindade. Reconhecida a importância do matrimônio, ferir essa pureza era desonrar, o que poderia impedir que a mulher obtivesse um bom casamento por conta de um crime. Por isso, priorizava a lei reparar esse dano por meio do casamento e, subsidiariamente (nas Ordenações), com indenização por meio do pagamento do dote.

Ao criminoso, permitia-se um meio de não responder criminalmente pelo ato cometido, embora não tenha sido possível averiguar qual era a recepção da união perante a sociedade, se ainda havia certo julgamento, ou se o crime era relevado para se priorizar o reconhecimento do casal.

Havia uma ambiguidade nessa relação: apesar de se reconhecer que o casamento implicava ônus também ao marido, que não poderia dissolver aquele vínculo em vida e teria o dever de cuidar da esposa, como geralmente era o próprio agressor que casava com a vítima, podemos supor que, ao menos em algum momento, houve um interesse do autor pela mulher.

Todavia, parece-nos que o maior ônus recaía sobre as mulheres: além de serem vitimizadas pelo crime, ainda eram revitimizadas com a convivência indissolúvel com seu agressor (em regra). Reconhecemos, entretanto, que devemos analisar com cuidado a intepretação com a perspectiva atual de situações com diferentes pensamentos. Ainda assim, para que a mulher pudesse restabelecer sua honra (que, muitas vezes foi feita contra a sua vontade), ela deveria se submeter a uma condição duradoura que poderia relembrá-la diariamente do ocorrido.

A própria legislação, contudo, estabelecia punições às mulheres também quando estas participavam por vontade própria dos atos sexuais, caso em que a conduta desonrosa era o bem juridicamente tutelado – acreditamos que, possivelmente, para se evitar que mais pessoas cometessem os atos sexuais e libidinosos sem que houvesse uma entidade familiar, o que reforça a influência religiosa mesmo após a laicização do casamento.

Desse modo, há algumas questões em choque quando analisamos o tema. Por um lado, há a colisão entre o valor social atribuído ao matrimônio e à honra da mulher, em oposição e a dignidade da pessoa humana e seu efetivo consentimento livre e espontâneo. A dignidade dessas mulheres e o requisito do livre consentimento contrastavam com a realização do casamento não pela vontade de se relacionar de modo duradouro com aquela pessoa[1], mas muito provavelmente porque, sopesando as questões, parecia uma opção melhor o casamento e a restauração da dignidade na sociedade.

Ainda, percebemos embates entre a religião e a laicidade. Embora se encontre essa dualidade na análise criminal, especialmente em normas das Ordenações que explicitamente associavam certos crimes a pecado, a maior colisão entre essas esferas ocorreu com a regulamentação do casamento: inicialmente, por regras meramente religiosas; depois, regras iniciando o processo de laicização em consonância com a religião; posteriormente, um momento extremo de criminalização do casamento religioso contrário ou realizado antes do cível; finalmente, a primazia da laicidade, mas em harmonia com a religião: a celebração religiosa pode ser feita a qualquer tempo e, embora apenas o casamento civil produza efeitos perante terceiros, é possível atribuir esse caráter às cerimônias religiosas que observem as disposições legais. Após momentos extremos (totalmente religioso, ou totalmente laico), parece-nos que houve um meio termo entre esses casamentos.

Outra esfera diz respeito, ainda, a um tema que ainda é muito debatido, quanto à intervenção estatal na esfera privada. Isso porque a legislação criava uma situação em que a autonomia privada era cerceada pela opção legislativa – apesar de a norma reforçar ser fundamental a concordância das partes, essas uniões eram feitas porque em algum momento houve a intenção legislativa de se regulamentar a honra e se proporcionar uma alternativa ao poder punitivo estatal.

[1] Embora, nesse sentido, também possamos nos questionar que, mesmo nos casos em que não havia crime, qual seria a esfera de liberdade da manifestação da vontade da mulher quando o pai ou o responsável legal encontrasse um futuro marido? Vimos que, em diversas situações, o casamento sem o consentimento do pai poderia ocasionar consequências negativas à mulher, exceto quando se provasse que ela conseguiu um casamento melhor do que aquele que poderia ser ser arrumado por seu responsável.

Com relação à união estável, ou seja, uniões informais de pessoas que não possuem impedimento, mas que, por algum motivo não se casaram, convém tecer algumas notas. Em que pese diversas normas e decisões equipararem muitos dos efeitos jurídicos do casamento à união estável, acredita-se que essa união de fato não seria suficiente para se alegar como apta a excluir a punibilidade do casamento no período entre seu reconhecimento legislativo com a Constituição de 1988 e a revogação do instituto de extinção de punibilidade com a Lei n.º 11.106/ 2005.

Apesar das transformações jurídico-sociais que levaram à equiparação em muitos sentidos, defendemos não podem ser os institutos tratados como sinônimos – pelo menos não com essa finalidade. Afinal, união estável é situação de fato, que não altera o estado civil e não há, muitas vezes, o registro público dessa união. Desse modo, não seria considerado um esforo suficiente das partes com o fito de afastar o crime cometido.

Afinal, a configuração do casamento exige uma série de formalidades para seu reconhecimento e imposição social. Desse modo, no curto período de convivência desses dois institutos, acredita-se que não seria possível utilizar a união de fato como substitutivo ao casamento para se requerer a extinção da punibilidade dos crimes sexuais/contra a honra sexual.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Martim de. Introdução. *In*: ALBUQUERQUE, Martim de; NUNES, Eduardo Borges. **Ordenações Del-Rei Dom Duarte**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Codigo Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Primeiro Livro das Ordenações. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870a.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Codigo Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Quarto Livro das Ordenações. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870b.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Codigo Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Quinto Livro das Ordenações. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870c.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Codigo Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Segundo Livro das Ordenações. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870d.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Codigo Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal:** recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Terceiro Livro das Ordenações. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870e.

ARAUJO, João Vieira de. **O Codigo Penal interpretado**: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudencia e com referencias aos projectos de sua revisão: parte especial. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução: Luís Antero Reto; Augusto Pinheiro. 3. reimpr. São Paulo: Edições 70, 2016.

BARROSO, J. Liberato. **Questões práticas de direito criminal**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Edictor, 1866.

BENTHAM, Jérémie. Vue générale d'un corps complet de législation. *In*: BENTHAM, Jérémie. **Traités de législation civile et pénale**. Tome troisième. 3. ed. Paris: Rey et Gravier, 1830, p. 195-434.

BEVILAQUA, Achilles. **Codigo Civil brasileiro annotado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931.

BEVILAQUA, Achilles. **Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3639, de 3 de outubro de 1941) e Lei de Introdução ao Código do Processo Penal (Decreto-lei n.º 3931, de 11 de dezembro de 1941)**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, [1941].

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

BLOCH, Marc. **Apologia da história ou o ofício do historiador**. Edição anotada por Étienne Bloch. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar Editor, 2002.

BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho de. A fase nacional do Direito português: dos forais às leis gerais. *In*: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. [Constituição (1824)]. Constituição Politica do Imperio do Brazil. Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Manda observar a Constituição Politica do Imperio offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. *In*: BRASIL. **Colleccção das leis do Imperio do Brazil**. Parte 1ª. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886, p. 6-36.

BRASIL. [Constituição (1934)]. Decreto legislativo n. 6 – de 18 de dezembro de 1935. Emenda a Constituição Federal. **Diário do Poder Legislativo**, anno II, n. 198, p. [9253]-9272, dez. 1935. Disponível em: https://imagem.camara.leg.br/Imagem/d/pdf/DCD19DEZ1935.pdf. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html.Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário do Congresso Nacional**, ano I, n.º 16, p. [237]-257, 15 out. 1946.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição de 1967**. Constituição do Brasil decretada e promulgada pelo Congresso Nacional. Brasília, DF: Assembléia Constituinte, 1967. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1960-1969/constituicao-1967-24-janeiro-1967-365194-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Congresso Constituinte, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. CCJ aprova fim do crime de adultério. **Câmara dos Deputados**, 14 set. 2004. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/53768-ccj-aprova-fim-do-crime-de-adulterio/. Acesso em: 25 mar. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 177/2003. Modifica os artigos 216 e 231 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para suprimir o termo "mulher honesta". NOVA EMENTA: Altera os artigos 215, 216, 219, 220 e 231 e acrescenta o artigo 231 - A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal. **Câmara dos Deputados**, 14 fev. 2003. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104744. Acesso em: 14 nov. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 7119/2017. Confere nova redação ao artigo 1520 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, de modo a suprimir as exceções legais ao casamento infantil. **Câmara dos Deputados**, 15 mar. 2017. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2125584 PL 7119/2017. Acesso em: 27 mar. 2025.

BRASIL. **Codigo Civil brasileiro**: Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica pelo Dr. Paulo de Lacerda. Rio de Janeiro: Jacintho dos Santos, 1916.

BRASIL. **Codigo Criminal do Imperio do Brasil**: com huma taboa das materias Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de Émile Seignot-Plancher, 1831.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021.

BRASIL. Decisão n. 16, de 11 de Setembro de 1890. Declara extincta a attribuição, creada pelo decreto n. 3069, de 1863, de dispensar impedimentos para casamentos acatholicos. *In:* BRASIL. **Additamento ás decisões do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895a, p. 9.

BRASIL. Decisão n. 17, de 11 de Setembro de 1890. Trata dos casamentos acatholicos, dos seus effeitos e registro. *In:* BRASIL. **Additamento ás decisões do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895b, p. 10-11.

BRASIL. Decisão n. 30, de 13 de Outubro de 1890. E' vedado o casamento de padastro com enteada. *In:* BRASIL. **Additamento ás decisões do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895c, p. 29-20.

BRASIL. Decisão n. 5, de 16 de Julho de 1890. Da prova da idade para o casamento civil. *In:* BRASIL. **Additamento ás decisões do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895d, p. 2-3.

BRASIL. Decisão n. 8, de 25 de Julho de 1890. Sobre o registro do casamento religioso sem o civil, e das garantias deste e do registro de nascimentos e obitos. *In:* BRASIL. **Additamento ás decisões do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895e, p. 4-5.

BRASIL. Decreto – de 3 de novembro 1827. Declara em effectiva observancia as disposições do Concilio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia sobre matrimonio. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1827**. Parte primeira. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878, p. 83.

BRASIL. Decreto de 31 de Outubro de 1831. Marca a idade de vinte e um annos completos para os actos da vida civil. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brazil de 1831**. Primeira parte. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1875a, p. 177.

BRASIL. Decreto n. 3316 – de 11 de junho de 1887. Approva, na parte penal, o Regulamento acerca do registro dos nascimentos, casamentos e obitos, e autorisa o Governo a reformar o mesmo regulamento. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1887**. Parte I, Tomo XXXIV, – Parte II, Tomo L. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1887a, p. 2.

BRASIL. Decreto n. 9.886, de 7 de março de 1888. Manda observar o novo Regulamento para a execução do art. 2º da Lei n. 1829 de 9 de Setembro de 1870 na parte que estabelece o Registro civil dos nascimentos, casamentos e obitos, do accôrdo com a autorisação do art. 2º do Decreto n. 3316 de 11 de Junho do 1887 *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1888**. Parte II, Tomo LI. v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889, p. 248-269.

BRASIL. Decreto n.º 1.144, de 11 de setembro de 1861. Faz extensiyo os effeitos civis dos casamentos, celebrados na fórma das Leis do Imperio, aos das pessoas que professarem religião differente da do Estado, e determina que sejão regulados o registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e obitos das ditas pessoas, bem como as condições necessarias para que os Pastores de religiões toleradas possão praticar actos que produzão effeitos civis. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1861**. [Parte I]. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, p. 21-22.

BRASIL. Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. **Decretos do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brazil**. Primeiro fascículo: de 1 a 31 de janeiro de 1890. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890a, p. 168-184.

BRASIL. Decreto n.º 3.069, de 17 de abril de 1863. Regula o registro dos casamentos, nascimentos e obitos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1863**. Tomo XXVI, parte II. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1863, p. 85-97.

BRASIL. Decreto n.º 5.604, de 25 de abril de 1874. Manda observar o Regulamento desta data para execução do art. 2.º da Lei n.º 1829 de 9 de setembro de 1870, na parte em que estabelece o registro civil dos nascimentos, casamentos e obitos. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1874**. Tomo XXXVII, parte II. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1861, p. 434-449.

BRASIL. Decreto n.º 521, de 26 de junho de 1890. Prohibe cerimonias religiosas matrimoniaes antes de celebrado o casamento civil, e estatue a sancção penal, processo e julgamento applicaveis aos infractores. BRASIL. **Decretos do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brazil.** Sexto fascículo: de 1 a 30 de junho de 1890. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1896, p. 1416-1417.

BRASIL. Decreto n.º 907, de 29 de janeiro de 1852. Suspende a execução dos Regulamentos para a organisação do Censo geral do Imperio, e para o Registro dos nascimentos e obitos. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1852**. Tomo XV, parte II. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1853, p. 19.

BRASIL. Decreto nº 1 – de 15 de novembro de 1889. Proclama provisoriamente e decreta como fórma de governo da Nação Brazileira a Republica Federativa, e estabelece as normas pelas quaes se devem reger os Estados Federaes. *In*: BRASIL. **Decretos do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil**. Primeiro fasciculo: 15 de novembro a 31 de dezembro de 1889. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890b, p. 1-2.

BRASIL. Decreto nº 11, de 18 de janeiro de 1991. Aprova a Estrutura Regimental do Ministério da Justiça e dá outras providências. BRASIL. **Coleção das leis da República Federativa do Brasil**, v. 181, n. 1, jan./fev. 1991a, p. 233-250.

BRASIL. Decreto nº 4.505, de 9 de Abril de 1870. Dá Regulamento para a arrecadação do imposto do sello. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1870**. Tomo XXXIII, parte II. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1870a, p. 198-226.

BRASIL. Decreto nº 681, de 10 de julho de 1850. Manda executar o Regulamento do imposto do Sello, e de sua arrecadação. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1850**. Tomo XIII, parte II. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1851, p. 66-100.

BRASIL. Decreto nº 798, de 18 de junho de 1851. Manda executar o Regulamento do registro dos nascimentos e obitos. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1851**. Tomo XIV, parte II. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1852, p. 168-173.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Codigo Penal. *In*: BRASIL. **Coleção das leis de 1940**. v. VII. Actos do Poder Executivo. Decretos-lei de outubro a dezembro. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1941, p. 187-264.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *In*: BRASIL. **Coleção das leis de 1941**. v. VI. Atos do Poder Executivo. Decretos-leis de outubro a dezembro. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1942, p. 38-144.

BRASIL. Lei de 20 de Outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquella data em diante, c os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brazil**. Parte 1. Rio de Janeiro: Impensa Nacional, 1887b, p. 7-8.

BRASIL. Lei n. 2992 – de 25 de setembro de 1915. Modifica os arts. 266, 277 e 278 do Codigo Penal. *In*: BRASIL. **Collecção das leis da Republica dos Estados Unidos do Brazil de 1915**. Actos do Poder Legislativo. v. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917, p. 242-243.

BRASIL. Lei n.º 1.829, de 9 de setembro de 1870. Sanciona o Decreto da Assembléa Geral que manda proceder ao recenseamento da população do Imperio. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1870**. Tomo XXX, parte I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1870b, p. 89-90.

BRASIL. Lei n.º 2.040, de 28 de setembro de 1871. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nasceram desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1871**. Tomo XXXI, parte I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1871, p. 147-152.

BRASIL. Lei n.º 4.121 – de 27 de agôsto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. *In*: BRASIL. **Coleção das leis de 1962**. v. V. Atos do Poder Legislativo. Leis de julho a setembro. [Brasília, DF]: Departamento de Imprensa Nacional, 1962, p. 100-104.

BRASIL. Lei n.º 585, de 6 de setembro de 1850. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1850**. Tomo XI, parte I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1850, p. 279-284.

BRASIL. **Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977**. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1977a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6416.htm. Acesso em: 14 nov. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, ano CXXXIX, nº 8, seção 1, p. 1-74, 11 jan. 2002b.

BRASIL. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm. Acesso em: 14 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2025a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 26 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010**. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm. Acesso em: 26 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 14 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019**. Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm. Acesso em: 27 mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.382, de 27 de junho de 2022**. Dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp); altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 13.097, de 19 de janeiro de 2015, e 13.465, de 11 de julho de 2017; e revoga a Lei nº 9.042, de 9 de maio de 1995, e dispositivos das Leis nºs 4.864, de 29 de novembro de 1965, 8.212, de 24 de julho de 1991, 12.441, de 11 de julho de 2011, 12.810, de 15 de maio de 2013, e 14.195, de 26 de agosto de 2021. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14382.htm. Acesso em: 26 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *In:* BRASIL. **Coleção das leis de 1975**. v. V: leis de julho a setembro. Brasília, DF: Departamento de Imprensa Nacional, 1875b.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. *In:* BRASIL. **Coleção das leis de 1977**. v. I: atos do Poder Legislativo e atos do Poder Executivo (leis de janeiro a março). Brasília, DF: Departamento de Imprensa Nacional, 1977b, p. 355-366.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art263. Acesso em: 14 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2025b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em: 20 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm. Acesso em: 25 mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3° do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm. Acesso em: 25 mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.520, de 27 de novembro de 1997**. Revoga dispositivos do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, referentes ao exercício do direito de queixa pela mulher. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9520.htm. Acesso em: 22 nov. 2024.

BRASIL. **Mensagem nº 424, de 15 de maio de 2001**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2001/Mv424-01.htm. Acesso em: 14 nov. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Anexo IV [ao Decreto n.º 11, de 18 de janeiro de 1991]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 21 jan. 1991b, p. 1521-1531. Disponível em: https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=21/01/1991&jornal=1&pagina=9&totalArquivos=104. Acesso em: 09 abr. 2024.

BRASIL. Regulamento nº 2.713 de 26 de Dezembro de 1860. Manda executar o Regulamento do imposto do Sello, e de sua arrecadação. *In*: BRASIL. **Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1860**. Tomo XXIII, parte II. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1860, p. 1141-1182, p. 1159.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n.º 4, de 2025**. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Brasília, DF: Senado Federal, 2025c. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9889356&ts=1738439486311&disposition=inline. Acesso em: 11 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 779**. Número único: 0112261-18.2020.1.00.0000. Rel.: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 01 ago, 2023b. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690. Acesso em: 22 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 594**. Brasília, DF: STF, [1875c]. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula594/false. Acesso em: 24 jan. 2024.

BRIGAS, Míriam Afonso. A formação histórica do Direito português. *In*: MELLO, Alberto Sá e (Coord.). **O Direito em Portugal**. Madrid: Editorial Reus, 2017, p. 9-28.

BRIGAS, Míriam Afonso. Casamento. *In*: HOMEM, António Pedro Barbas (org.). **Grandes Realizações da História do Direito Português**. Lisboa: THD-ULisboa, 2016a, p. [19]-22.

BRIGAS, Míriam Afonso. **O Direito da Família na História do Direito Português (dos antecedentes ao século XVIII)**. Primeiras reflexões. v. 1. Lisboa: AAFDL, 2018.

BRIGAS, Míriam Afonso. O Título XXXVIII do Livro V das Ordenações Filipinas: "Do que matou sua molher, por achar em adultério" - Primeiras notas sobre o adultério na legislação e na doutrina nacionais do século XVII. **Scientia Iuridica**, t. LXVIII, n. 351, set./dez. 2019, p. 391-402.

BRIGAS, Míriam Cláudia de Sousa Silva Afonso. **As relações de poder na construção do direito da família português [1750-1910]**. Lisboa: AAFDL, 2016b.

BRÜGGER, Silvia Maria Jardim. Casamento e valores sociais: o triunfo do discurso amoroso. **Revista de Cultura Teológica**, n. 19, ano V, abr./jun. 1997, p. 39-54.

CAETANO, Marcello. **Lições de Direito Penal**: súmula das prelecções feitas ao curso do 4.º ano jurídico no ano lectivo de 1938-1939. Lisboa: Livraria Moraes, 1939.

CALMON, Paulo; COSTA, Arthur Trindade Maranhão. Redes e governança das políticas públicas. **RP3 - Revista de Pesquisa em Políticas Públicas**, n. 1, 2013. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/rp3/article/view/11989. Acesso em: 04 jul. 2025.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos. *In*: BRASIL. **Código Penal**: Decreto-lei n. 2.848 – 7-12-40. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1941.

CARVALHO, Carlos Augusto de. **Direito Civil brazileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899**. Rio de Janeiro- Livraria de Francisco Alves, 1899.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**. v. IV. Arts. 102 a 120. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Os delictos contra a honra da mulher**: adultério, defloramento, estupro, a seducção no Direito Civil. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha Editor, 1897.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito português**. 5. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2014.

COSTA, Edgard. **Repertorio de jurisprudencia criminal**: o codigo penal interpretado pela jurisprudencia dos tribunaes. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1916.

COSTA, Salustiano Orlando de Araujo. **Codigo Comercial do Imperio do Brazil anotado [...]**. 3. ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1878.

DÍAZ, Cristina. Aproximación histórica a las Escuelas Sabineana y Proculeyana. **Temas Socio-Jurídicos,** v. 17, n. 36, jun. 1999, p. 77-121.

DIDIER, José Joaquim d'Almeida. **Código Civil seguido de um repertorio alphabetico**. Porto: Imprensa Popular de José Lourenço de Sousa, 1867.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária Editôra, 1954.

FARIA, Antonio Bento de. **Annotações theorico-praticas ao Codigo Penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência, nacionais e estrangeiras. v. I, parte geral e appendice. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1913a.

FARIA, Antonio Bento de. **Annotações theorico-praticas ao Codigo Penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência, nacionais e estrangeiras. v. II, parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1913b.

FARIA, Bento de. **Código Penal brasileiro (comentado) (Decreto-lei n.º 2 848, de 7 de dezembro de 1940)**. 3. ed. V. VI: Parte especial. Arts. 213 a 285. Rio de Janeiro: Récord Editôra, 1961.

FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Anibal. **História do direito português**: súmula das lições proferidas pelo Marcelo Caetano ao curso do 1º ano jurídico de 1940-41 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: [s.l.], 1941.

FRAGOSO, Heleno C. Nota explicativa. *In*: HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**: v. I, t. I, arts. 1º ao 10. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Publicação autorizada pelo Governo. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

GARCEZ, Martinho (anot.). **Consolidação das leis civis por Augusto Teixeira de Freitas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4. reimp. São Paulo: Atlas, 2024.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuaes**: estupro, attentado ao pudor, defloramento e corrupção de menores. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1921.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais**: estupro, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores. 4. ed. Rio de Janeiro: Largo do Carioca, 1954.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. Introdução e parte geral. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

HERCULANO, Alexandre. **Estudos sobre o casamento civil**: por ocasião do opúsculo do Sr. Visconde de Seabra sobre este assumpto. Lisboa: Typographia Universal, 1866.

HOMEM, António Pedro Barbas. O Código de Seabra na história do direito civil. **Revista da Ordem dos Advogados**, a. 77, n.º 1-2, p. 45-61, jan.-jun. 2017.

HOMEM, António Pedro Barbas. **O movimento de codificação do Direito em Portugal**: aspectos gerais. Lisboa: AAFDL, 2007.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**. V. I, t. 2.º, arts 11 a 27. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

LEITE, Antonio S. J. **Competência da Igreja e do Estado sobre o matrimônio**. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1946.

MACHADO, Alcantara. **Para a história da reforma penal brasileira**. Separata de Direito. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.

MAGALHÃES, Antonio Carlos. Reafirmando nossa identidade. *In*: VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia**: feitas, e ordenadas pelo ilustríssimo e reverendíssimo D. Sebastião Monteiro da Vide. Brasília: Senado Federal, 2011.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. Atualização: João Bosco Medeiros. 9. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2023.

MELLO, Francisco Freire de. **Discurso sobre delictos e penas, e qual foi a sua proporçaõ nas differentes epocas da nossa jurisprudência**: principalmente nos tres seculos primeiros da Monarchia portugueza. Londres- T. C. Hansard, 1816.

MIRANDA, Pontes de. **Direito de Família**: exposição technica e systematica do Codigo Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. Tomo I: pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970a.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. Tomo IV: validade, nulidade e anulabilidade. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970b.

MORAES, Leite; SANTOS, Brasilio dos; MONTEIRO, João. Projecto n. 250-1893. Susbstitue o Codigo Penal publicado pelo decreto n. 847 de 11 de Outubro de 1890. Parecer da Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo,** 1984, v. II, p. [8]-118.

MORAIS, Teresa. **Leis gerais desde o início da monarquia até ao fim do reinado de Afonso III**: levantamento comparativo entre os Portugaliae Monumenta Historica*,* o Livro das Leis e Posturas *e* as Ordenações de D. Duarte. Separata de Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Gomes da Silva. Lisboa: FDUL, 2001, p. [799]-882.

NERY, Fernando. **Ruy Barbosa e o Codigo Civil ou o Codigo Civil brasileiro**: com apostillas de Ruy Barbosa, Clovis Bevilaqua, Carneiro Rineiro e outros: crítica e defesa. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.

NUNES, Eduardo Borges; ALBUQUERQUE, Martim de. Parecer do doutor «Velasco di Portogallo» sobre o beneplácito régio (Florença, 1454). **Do Tempo e da História**, vol. II, 1968, p. [97]-139.

PEREIRA, Maria da Conceição Meireles. Os esponsais - forma e significado no contexto da sociedade portuguesa de setecentos. **Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto**, v. 5, 1988, p. 189-210.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Fluminense, 1923.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Introdução ao estudo do Direito Romano**: as questões fundamentais. Reimpressão. Lisboa: AAFDL, 2023.

PIRAGIBE, Vicente. **Consolidação das leis penais**. Approvada e adoptada pelo Decr. n. 22.213 de 14 de Dezembro de 1932. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938.

PORTUGAL. Alvará de 12 de Setembro de 1564. Publica e recommenda a observancia do Sagrado Concilio Tridentino cm todos os Dominios da Manarchia Portugueza. *In*: ALMEIDA, Candido Mendes de. **Codigo Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Segundo Livro das Ordenações. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. [503]-507.

PORTUGAL. Decreto de 6 de Outubro de 1784. *In:* PORTUGAL. **Collecção da legislação portugueza desde a ultima compilação das Ordenações, redegida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva**: legislação de 1775 a 1790. Lisboa: Typografia Maigrense, 1828, p. 360-364.

PORTUGAL. Lei da Boa Razão. *In:* PORTUGAL. **Collecção da legislação portugueza desde a ultima compilação das Ordenações, redegida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva**: legislação de 1763 a 1774. Lisboa: Typografia de L. C. da Cunha, 1858, p. 407-415.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**: livro II. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**: livro IV. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999a.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**: livro V. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999b.

PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas**: Ordenaçoens do Senhor Rei D. Manuel, livro IV. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984a.

PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas**: Ordenaçoens do Senhor Rei D. Manuel, livro V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984b.

PUGSLEY, Gustavo de Revorêdo. Consolidação (ou criação?) das leis civis por Teixeira de Freitas: reflexões sobre a lei da boa razão. **RJLB**, Ano 9, nº 1, 2023, p. 575-591.

RAMOS JUNIOR, A. de Paula. **Commentario ao Codigo Criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia e Lithographia Carioca, 1875.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Clóvis Paulo da. Da celebração do casamento antes do Concílio Ecumênico de Trento, no séc. XVI - Apontamentos de História Jurídica. **Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara***,* Rio de Janeiro nº 20, p. 11-20, jul./dez. 1974.

ROMÃO, Miguel. Código Penal. *In*: HOMEM, António Pedro Barbas (org.). **Grandes Realizações da História do Direito Português**. Lisboa: THD-ULisboa, 2016, p. [23]-25.

SANTA CRUZ, Conde de. **Representação do Ex.mo e Rev.mo sr. Arcebispo da Bahia, Consde de Santa Cruz, dirigida a's Camaras Legislativas do Imperio do Brasil a'cerca da proposta do governo sobre o casamento civil**. Lisboa: Typographia de G. M. Martins, 1866.

SILVA, Antonio José da Costa e. **Codigo Penal**: Decreto-lei n.º 2848, de 7 de dezembro de 1940. v. I. arts. 1 a 74. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943.

SILVA, Antonio José da Costa e. **Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930.

SILVA, Antonio José da Costa e. **Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. v. II. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido. **Vocabulário jurídico**. Volume I - A-C. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1963a.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido. **Vocabulário jurídico**. Volume III - J-P. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1963b.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brazileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência). Belo Horizonte: Livr. Jacyntho, 1932.

SOARES, Oscar de Macedo. **Casamento civil**: Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890 commentado e anotado. 2. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1895.

SOARES, Oscar de Macedo. **Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Código Criminal do Império do Brasil**: annotado com as leis, decretos, avisos e portarias publicados desde a sua data até o presente... Recife: Typografia Universal, 1858.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de Direito Criminal**. 2. ed. Pernambuco: Livraria Economica de José Nogueira de Souza, 1872.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. **Codigo Criminal do Imperio do Brasil annotado**. Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1886.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. **Regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850 annotado**. Cidade de Minas: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1899.

VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia**: feitas, e ordenadas pelo ilustríssimo e reverendíssimo D. Sebastião Monteiro da Vide. Brasília: Senado Federal, 2011.

WIEDERIN, Ewald. **Strafrecht**: Die Zukunft des Verwaltungs strafrechts. Wien: Manzsche, 2006.