

DESCRIMINALIZAÇÃO DA BIGAMIA

Lidiane de Araújo Lourenço

Discente do curso de Direito – FITL/AEMS.

Najla Regina Rocha de Lima Fukagawa

Discente do curso de Direito – FITL/AEMS.

Patrícia Cristina Costa Ferreira

Discente do curso de Direito – FITL/AEMS.

Daniela Borges Freitas

Mestre em Teoria do Estado e Direito pela Fundação Eurípedes Soares da Rocha.

Professora do curso de Direito – FITL/AEMS.

RESUMO

No presente trabalho será examinado o crime de Bigamia com uma visão voltada a descriminalizá-lo, sob o ponto de vista da atual conjuntura. Como esse tipo penal vem sofrendo quando confrontado com o princípio da intervenção em que o Direito Penal deve ser tratado como *ultima ratio*. De acordo com a maioria dos doutrinadores, a bigamia é de natureza subsidiária, por isso, este só pode punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções, se forem indispensáveis para a vida em comum, bastando assim os meios de direito civil ou direito público, retirando o direito penal. E, por fim, se concluirá a respeito da descriminalização da bigamia, observando as reformas jurídicas que vêm ocorrendo, inclinando pela revogação desse delito como aconteceu com o delito de adultério.

PALAVRAS-CHAVE: Casamento; “*Última Ratio*”; Descriminalização; Bigamia; Bens jurídicos; Falsidade ideológica;

INTRODUÇÃO

Procura-se demonstrar, no decorrer deste trabalho, a relevância da temática proposta, em virtude da existência do Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal, por ser um ramo do direito em que os bens jurídicos a serem tutelados pelo legislador são os mais importantes para o harmonioso convívio social.

Sendo assim, quando as relações sociais puderem ser tuteladas por outros ramos do Direito, o legislador deve observar quais deverão ser abstraídos da tutela Penal, sem prejuízo da coletividade. No caso da bigamia, que no Brasil, ainda é considerada crime, além de estar na esfera penal, também é tutelada em outros ramos do ordenamento jurídico, como por exemplo, o Direito Civil.

A bigamia só ocorre quando um indivíduo celebra novo matrimônio, já sendo casado sob a égide da lei. O crime só é configurado quando os dois casamentos

forem constituídos nos mesmos trâmites legais, e no mesmo espaço de tempo. Na esfera civil, para que se configure o impedimento para casar-se, os dois casamentos deverão ser constituídos nos mesmos trâmites legais, e no mesmo espaço de tempo, ou seja, em nada difere da tutela penal, vez que ambos procuram proteger a organização jurídica matrimonial, consistente no princípio monogâmico, que é adotado, como regra, nos países ocidentais.

É oportuno trazer a baila neste artigo, a discrepância do Estado em tutelar concomitantemente, na esfera penal e civil, pois assim, o crime de bigamia deixa de ser a “*ultima ratio*”, ou seja, “a última linha de defesa” da coletividade na proteção dos seus bens jurídicos mais importantes, já que é amplamente tutelado pelo Direito Civil. Sem dúvida, este tema possibilitará arguir se esse tipo penal se efetiva no meio social e quiçá levar a reflexão dos legisladores para uma reavaliação desse delito que vem se caracterizando como letra morta.

1 CASAMENTO

1.1 Conceito

Casamento é a comunhão de vida entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituírem família.

Segundo Clóvis Bevilacqua:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por eles suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e interesses, e comprometendo-se a criar e a educar a prole, que de ambos nascer.

O Código Civil, em seu artigo 1.511, o define como uma “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

1.2 Natureza jurídica

Há diversas correntes doutrinárias a respeito da natureza jurídica do casamento. A concepção clássica ou individualista, diz que o casamento é uma relação puramente contratual, em que a validade e eficácia decorrem do acordo de vontades, assim como acontece nos contratos em geral.

Já a doutrina institucionalista ou supra individualista, assevera que o casamento é uma “instituição social”, refletindo uma situação jurídica com regras impostas pelo Estado, cabendo às partes, apenas, a faculdade de aderir, pois, a adesão produz automaticamente os efeitos das regras preestabelecidos pelo legislador.

A terceira, eclética, incorpora as doutrinas anteriores, considerando o casamento um contrato especial do direito de família, em que os nubentes aderem a uma instituição pré-organizada, e assim alcançando o estado matrimonial.

Nesse sentido, Pontes de Miranda, diz que:

Por meio de contrato faz-se o casamento, mas contrato de direito de família; no caso de celebração confessional, conforme a concepção do seu direito matrimonial. Mas o registro civil é que em verdade lhe dá existência jurídica e os efeitos civis; e tais efeitos não são, de regra, contratuais — resultam do instituto mesmo.

Assim, a natureza de negócio jurídico do casamento está intimamente ligada à liberdade de casar-se, e, também, na de não se casar, ou seja, é um ato de autonomia privada.

1.3 Habilitação para o casamento

Para que o casamento seja habilitado, os interessados devem apresentar os documentos exigidos pela lei civil, requerendo ao oficial do registro do distrito de residência de um dos nubentes, que lhes expeça certidão de que se acham habilitados para se casarem.

A finalidade do processo de habilitação é comprovar que os nubentes preenchem os requisitos que a lei estabelece para o casamento. É por meio dele que as partes demonstram, com a apresentação dos documentos exigidos, estarem em condições de casarem-se.

Os requisitos essenciais do casamento são: diferença de sexo, consentimento e celebração na forma da lei. Assim, a ausência dos requisitos para o casamento, o torna inexistente. Contudo, presente tais requisitos, o casamento poderá existir, mas não será válido, pois são exigidos outros requisitos para torná-lo válido.

Para que o casamento exista e seja válido, é essencial que reúna as condições impostas pela lei, que costumam apresentar-se sob a forma negativa e são designadas como impedimentos. Esses impedimentos são, portanto, circunstâncias ou situações de fato ou de direito, expressamente especificadas na lei, que vedam a realização do casamento, como no caso do impedimento resultante de casamento anterior.

1.4 Impedimento resultante de casamento anterior

O sistema que vigora no Brasil é o monogâmico, ou seja, relacionamento matrimonial com apenas um cônjuge, com isso, não podendo casar as pessoas casadas (CC, art. 1.521, VI). Sendo assim, a não observação desse impedimento acarreta a nulidade do segundo casamento, respondendo ainda o infrator pelo crime de bigamia, punido com pena que varia de dois a seis anos de reclusão. O impedimento não decorre do fato de a pessoa já ter sido casada, mas por ser casada.

Os Tribunais tem se manifestado no seguinte sentido:

TJRJ, 4ª Câm. Cív., DGJ 41, rel. Des. Marden Gomes. Restando demonstrado, de forma cabal, celebração de seu casamento com a autora da ação anulatória, correta é a sentença que, proclamando a existência de impedimento dirimente absoluto, declara a anulação do vínculo matrimonial. TJDF, Remessa de Ofício 2000.01.011853-5, 1ª T., rel. Des. Camanho de Assis, DJU, 7-8-2002. Certidão de nascimento confeccionada com o fito exclusivo de propiciar segundo casamento. Bigamia caracterizada, estando, porém demonstrada a boa-fé do outro cônjuge. Correta a sentença que proclama a nulidade do segundo casamento e declara a putatividade do casamento em relação ao cônjuge não impedido.

De se ver que os Tribunais compreendem que o Direito Civil tem capacidade suficiente para dirimir as questões em torno do casamento, não restando ao Direito Penal necessidade de intervenção.

2 O CRIME DE BIGAMIA

A bigamia é tipificada no código Penal Brasileiro como crime e está disposto no artigo 235, §1º:

Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

O núcleo familiar é onde podemos encontrar todos os parâmetros para a formação de um indivíduo saudável, feliz psiquicamente e fisicamente. Assim, o legislador formulou o referido artigo tendo por objetivo, tutelar a instituição do casamento e a organização familiar. O casamento, entre homem e mulher, desde tempos remotos, sempre foi a pedra fundamental para se construir uma sociedade conjugal onde desvios de comportamento e imoralidade traziam prejuízos para o seio familiar. A ideia era blindar, atrás de uma sanção penal, aquilo que se considerava sagrado, o casamento.

Desse modo é pressuposto para que exista o crime de bigamia, o verbo “contrair” novo casamento e que o indivíduo seja casado e que o primeiro casamento a época da celebração esteja vigente. É importante trazer a luz que só comete o crime quem já possui um casamento civil válido, portanto não se deve considerar as relações advindas de união estável.

O crime de bigamia tem por elemento subjetivo o dolo, ou seja, a vontade livre e espontânea de contrair novas núpcias, estando ciente de que é casado e para tanto, omite a informação a fim de que seja satisfeita a sua vontade. Ainda que o casamento seja nulo ou anulável, é considerado vigente até que tais vícios sejam declarados em ação competente, aí então, deixa de existir a bigamia, e também deixará de existir, se o segundo for anulado por motivo que não a bigamia como dispõe artigo 235, §2º, CP: “Art. 235: §2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime”.

Este inciso refere-se à extinção do delito de bigamia, pois diz que se o primeiro for anulado e o segundo subsistir não há delito, e se por qualquer motivo que não seja a bigamia o segundo for anulado o delito se extingue.

Nesse tipo de delito os indivíduos, homem ou mulher, figuram como sujeito ativo ao contrair, sendo casado, novo matrimônio. Trata-se de crime de concurso necessário.

O §1º do artigo 235, CP também traz outra situação em que aquele que não é casado, contrai matrimônio com quem é, sabendo da circunstância também

comete crime e é punido com reclusão ou detenção de 1(um) a 3(três) anos. Portanto, havendo a ciência do fato, aquele responderia pelo *caput* na modalidade de concurso de pessoas. O legislador previu nesse caso especial uma pena mais branda mesmo que a solteira, viúva, ou divorciada contraia núpcias com quem sabe ser casado.

É possível ainda a participação de terceiros, mediante auxílio, instigação ou induzimento ao erro. Nesse caso, tanto como no *caput* quanto no §1º, o partícipe sofrerá pena mais branda, pois não foi este quem efetivamente causou o dano mencionado na infração penal de bigamia.

O cônjuge do primeiro casamento e o indivíduo do segundo casamento, que não tinha conhecimento do impedimento do consorte e contraiu matrimônio, figuram como sujeito passivo assim como o Estado.

Para surtir efeitos na esfera penal, no caso da bigamia, é necessário que se consuma, ou melhor, não bastam apenas os preparativos dos trâmites necessários para a realização, mas sim a celebração do segundo casamento, pois se trata de um crime instantâneo com efeitos permanentes.

De acordo com Magalhães Noronha citado por Fernando Capez, “até a consumação, os atos são *preparatórios* (assim, o processo de habilitação) ou *executivos*, que se iniciam com o ato da celebração. Principiado este e até que haja o pronunciamento da vontade dos contraentes, está-se na fase de execução, podendo o agente ser interrompido por motivos estranhos à sua vontade, como se, antes de responder ao celebrante, é obstado por outrem, que exhibe a sua certidão de casamento. Assim têm julgado os nossos tribunais” (JESUS, 1999 apud CAPEZ, 2012, p. 372).

Ressalva esse autor que os atos preparatórios podem constituir crime de falsidade.

3 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA (ÚLTIMA RATIO)

A função do Direito Penal é preservar os bens jurídicos estabelecidos pelo legislador como mais importante ao harmonioso convívio social, sendo como uma forma de disciplinar a conduta do indivíduo e não o indivíduo em si. O Direito Penal é o ramo do direito destinado não a intervir na vida das pessoas diariamente, assim sendo, sua intervenção deve ser sempre de natureza excepcional ou mínima,

devendo ser aplicadas as regras penais somente quando as demais normas do ordenamento jurídico forem ineficientes para reger o caso concreto.

Este princípio baseia-se na ideia de ser o Direito Penal a *ultima ratio*, “a última linha de defesa” da coletividade na proteção dos seus bens jurídicos mais importantes, não se prestando a proteger toda e qualquer relação social.

Quando as relações sociais podem ser tuteladas por outros ramos do ordenamento jurídico, o legislador deve observar quais deverão ser abstraídos da tutela Penal, sem prejuízo da coletividade. Nesse sentido a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 8º determinou que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias.

3.1 Aplicação do princípio da intervenção mínima ao crime de bigamia

No caso do crime de Bigamia, existem formas de tutelar tal situação no ordenamento civil, acarretando pouca aplicabilidade prática no dia-a-dia do Direito Penal, pois a manifestação da bigamia já é tutelada no âmbito civil, seja com a nulidade do segundo casamento, seja com a manifestação de direito indenizatório a título de perdas e danos por parte de quem seja lesado pelo pretenso bigamo.

O Código Civil em seu artigo 1.521, VI, traz como impedimento, o casamento de pessoas já casadas. Assim como traz o Código Penal em seu artigo 235. “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento”. Se o Direito Penal deve intervir apenas quando os demais ramos mostrarem-se incapazes de aplicar uma sanção à determinada conduta reprovável, no caso do Crime de Bigamia, o Direito Penal, então, não tem tido a sua atuação como *ultima ratio*.

Para se ilustrar essa intervenção desnecessária do Direito Penal sobre uma matéria já tutelada por outro ramo do Direito, é preciso analisar os sujeitos passivos do Crime de Bigamia, que segundo a doutrina são: o Estado e a família, e, secundariamente o primeiro casamento e o contraente do segundo, desde que de boa-fé. Assim, percebe-se que são os mesmo sujeitos passivos quanto à infração ao requisito impeditivo para o casamento trazido no Código Civil.

Trata-se de crime que é de interesse direto do Estado, sendo as partes envolvidas as que devem buscar auxílio do Judiciário para dirimir a pendenga. Desse modo, não se consideraria o Estado como sujeito passivo do crime de bigamia.

Sendo assim, os maiores interessados são os próprios indivíduos que contraem o matrimônio, tornando desnecessária a intervenção do Estado no âmbito penal por já ser protegido no âmbito civil.

CONSIDERAÇÕES

Com tudo o que foi exposto, é possível constatar que o crime de Bigamia está desatualizado em relação à atual conjuntura, assim como o adultério que, antes era crime e hoje retirado do código penal, por entender o legislador que não mais se fazia necessário tipificar essa conduta como ilícito penal, pois existem formas de se reger tal situação prevista no ordenamento civil. Da mesma forma, ocorre com o crime de Bigamia, que não deveria ser tutelado pelo direito penal, deixando este para outros ramos. Portanto, conforme mencionado anteriormente, o princípio da *ultima ratio* deve ser efetivado para este campo do Direito, ou seja, o Direito Penal só entra em ação quando nenhuma outra solucionar o ilícito. Assim, a Bigamia pode ser resolvida em outra esfera do direito como o Direito Civil, pois onde os meios do Direito Civil ou do Direito Público resolvem por completo a situação, o Direito Penal deve retirar-se.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Volume 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**, volume 5 – 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção sinopses jurídicas; v.2).

_____. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.